VOLUME 2

Thiago Oliveira Moreira - Coordenador
Yara Maria Pereira Gurgel - Coordenadora

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

AUTORES:

Anabela Paula Brízido
Beatriz Peixoto Nóbrega
Claudia Loureiro
Claudio Moreno
Daniela Bucci
Elenilde Medeiros Diniz
Érica Canuto
Felipe Simor de Freitas
Guilherme Brandão Gomes
Hermínia Boracini Bichinim Costa Silva
Karinne Benassuly de Melo
Lavínia Cavalcante da Silva
Luana Olímpio Maia
Luís Felipe Sanchez y Sanches
Maria Luiza Favacho Furlan
Mariana Liberato Pinheiro
Monica Teresa Costa Sousa
Natalia Mascarenhas Simões Bentes
Paulo Máximo de Castro Cabacinha
Sergio Alexandre de Moraes Braga Junior
Tatiana Cardoso Squeff
Thiago Oliveira Moreira
Vitor Rocha e Silva

PREFÁCIO:

Siddharta Legale

POLIMATIA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE
Vol. 2

Coordenadores

Thiago Oliveira Moreira
Yara Maria Pereira Gurgel

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE
Vol. 2

POLIMATIA

Natal, 2022

M838d

Moreira, Thiago Oliveira
Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade / Thiago Oliveira Moreira & Yara Maria Pereira Gurgel – 1. Ed. – Natal – RN: Polimatia, 2022.
418 p.: il. EBOOK PDF

Inclui Bibliografia
ISBN 978-65-84539-04-4

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

CDD: 341.481
CDU: 342.7/49

As opiniões externadas nas contribuições deste livro são de exclusiva responsabilidade do autor.

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

CONSELHO CIENTÍFICO

Erivaldo Moreira Barbosa
(Universidade Federal de Campina Grande)
Fabio da Silva Veiga
(Universidade Lusófona do Porto - Portugal)
Fabrício Germano Alves
(Universidade Federal do Rio Grande do Norte)
José Carlos de Medeiros Nóbrega
(European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück - Alemanha)
José Orlando Ribeiro Rosário
(Universidade Federal do Rio Grande do Norte)
José Noronha Rodrigues
(Universidade dos Açores - Portugal)
Juan Manuel Velázquez Gardeta
(Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea - Espanha)
Orione Dantas de Medeiros
(Universidade Federal do Rio Grande do Norte)
Ricardo Sabastián Piana
(Universidad Nacional de La Plata)
Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani
(Universidade Federal do Sul da Bahia)
Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira
(Centro Universitário Unieuro)
Robson Antão de Medeiros
(Universidade Federal da Paraíba)
Thiago Oliveira Moreira
(Universidade Federal do Rio Grande do Norte)
Valfredo de Andrade Aguiar Filho
(Universidade Federal da Paraíba)
Yanko Marcius de Alencar Xavier
(Universidade Federal do Rio Grande do Norte)

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....11

APRESENTAÇÃO.....15

SOBRE OS COORDENADORES.....17

SOBRE OS AUTORES.....19

PARTE I
PROTEÇÃO GLOBAL E GERAL DOS DIREITOS HUMANOS

A esterilização compulsória de mulheres imigrantes sob a perspectiva eugênica.....27

Claudio Cesar Machado Moreno
Claudia Loureiro

A proteção de mulheres migrantes nos Sistemas Global e Regional de Direitos Humanos: uma análise a partir dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....45

Natalia Mascarenhas Simões Bentes
Maria Luiza Favacho Furlan

O preocupante julgado da Corte Internacional De Justiça do caso aplicação da Convenção Internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial e o possível enfraquecimento da proteção dos Direitos Humanos.....69

Paulo Máximo de Castro Cabacinha

Os principais aspectos da tutela dos Direitos Humanos dos trabalhadores marítimos diante dos casos de abandono de tripulações.....87

Hermínia Boracini Bichinim Costa Silva
Sergio Alexandre de Moraes Braga Junior

PARTE II
PROTEÇÃO REGIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

***A palavra, toque e gesto que não consigo partilhar… eis a minha condição.* Algumas reflexões sobre as pessoas idosas, com um quadro severo de demências, à luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do regime do maior acompanhado em Portugal**.....109

Anabela Paula Brízido
Guilherme Brandão Gomes

A proteção das pessoas com deficiência no âmbito das relações de consumo: um estudo à luz do Sistema Interamericano.....145

Karinne Benassuly de Melo

A violência contra a mulher na internet e os parâmetros de proteção fornecidos pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos: Velha história com uma nova cara?.....167

Daniela Bucci

Categorizando violações contra pessoas não heterossexuais e não cisgêneras na Rússia: uma análise dos casos submetidos à Corte Europeia de Direitos Humanos.....191

Felipe Simor de Freitas
Tatiana Cardoso Squeff
Vitor Rocha e Silva

Violação de direitos de grupos vulneráveis a partir do Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....231

Monica Teresa Costa Sousa

PARTE III
IMPACTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Direitos Humanos e Antirracismo: A Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância e seus impactos para o Brasil.....251

Luana Olímpio Maia
Thiago Oliveira Moreira

La desaparición forzada de personas y la (in)aplicabilidad de los tratados internacionales sobre el tema en Brasil: un análisis del caso Edgar de Aquino Duarte.....279

Elenilde Medeiros Diniz
Thiago Oliveira Moreiraa

La inconvencionalidad de la competencia de jurisdicción militar de la Unión para juzgar a civiles.....311

Luís Felipe Sanchez Y Sanches
Thiago Oliveira Moreira

O Diálogo Interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo à luz do pensamento de Vicki Jackson.....341

Lavínia Cavalcante da Silva
Thiago Oliveira Moreira

O (necessário) controle de convencionalidade e o crime de desacato: sua incompatibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.....363

Mariana Liberato Pinheiro
Thiago Oliveira Moreira

Partial Compliance das recomendações no Caso Maria da Penha Fernandes – análise do artigo 4 do relatório de nº 54/2001 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....393

Beatriz Peixoto Nóbrega
Érica Canuto

PREFÁCIO

Recebi o convite para prefaciar o volume 2, *Direito internacional dos direitos humanos e pessoas em situação de vulnerabilidade* da Coletânea como uma grande honra e alegria, tendo em vista que os Profs Thiago Oliveira Moreira e Yara Gurgel são fundamentais para compreensão e para luta em prol dos direitos humanos no Brasil contemporâneo.

O professor Thiago Moreira é, sem dúvida, um dos professores mais experientes e relevantes na área de direitos humanos em nosso país. Temos mantido um diálogo profundo nos últimos anos, de modo que tenho aprendido diretamente na fonte e não apenas a partir da leitura dos seus livros. É animador ver a nossa antiga nota de rodapé se tornar um amigo querido. Admiro muito a incansável trajetória de Thiago que é, por assim dizer, mestre "ao quadrado", ou seja, ele fez dois mestrados. No primeiro, escreveu um sobre aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira na dissertação pela UFRN, enquanto, no segundo, sobre o Estado Constitucional cooperativo do Peter Häberle na Universidade do País Vasco. Em breve, será também "doutor ao quadrado". Na Universidade do país Basco, ele escreveu uma tese brilhante a respeito *A Concretização dos Direitos Humanos dos migrantes na jurisdição brasileira*[1], que é um dos melhores e mais exaustivos trabalhos na temática. Quanto ao segundo doutorado, deixarei o suspense. Sem *spoiler* por ora.

Yara Maria Gurgel, por sua vez, é Professora Associada da também Universidade Federal do Rio Grande do Norte, com larga e densa experiência nas áreas de Direito Constitucional, Trabalho e Direitos Humanos. Possui título de Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Sua tese tratou do princípio da igualdade e não discriminação nas relações do trabalho, sob a orientação da Profa. Flávia Piovesan, que é uma das maiores referências e que possui uma

1 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileiro*. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

produção acadêmica e um trabalho incansáveis de uma vida dedicada aos direitos humanos na teoria e na prática, por exemplo, por meio da rede do *ius constitutionale commune latino-americano*. Espero que, aos poucos, possamos estreitar o diálogo, tendo em vista o belo trabalho de promoção dos direitos humanos que a Profa Yara vem fazendo.

A experiência, o compromisso e a parceria entre os dois professores tornam-se motores fundamentais, tanto devido ao diálogo com uma rede nacional de professores que possuem uma produção de elevada qualidade, como Daniela Bucci, Cláudia Loureiro e Tatiana Squeff, quanto pelo belíssimo trabalho de fomentar a produção acadêmica dos alunos de graduação, mestrado e doutorado. Este segundo volume da coletânea é apenas uma pequena amostra disso, uma pontinha do *iceberg* do dos trabalhos de orientação e pesquisa no âmbito do Grupo de Pesquisa *Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade*.

O livro está dividido em três partes principais:

(i) Primeira – *proteção global e geral dos direitos humanos*;

(ii) Segunda – *o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*; e

(iii) Terceira – *Impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil*.

A primeira parte, dedicada *à proteção global dos direitos humanos*, conta com quatro artigos: "A esterilização compulsória de mulheres imigrantes sob a perspectiva eugênica", de Claudio Cesar Machado Moreno e Claudia Loureiro; "A proteção de mulheres migrantes nos Sistemas Global e Regional de Direitos Humanos: uma análise a partir dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e da Corte Interamericana de Direitos Humanos", de Natalia Mascarenhas Simões Bentes e Maria Luiza Favacho Furlan; "O preocupante julgado da Corte Internacional De Justiça do caso aplicação da Convenção Internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial e o possível enfraquecimento da proteção dos Direitos Humanos", de Paulo Máximo de Castro Cabacinha; e "Os principais aspectos da tutela dos Direitos Humanos dos trabalhadores marítimos diante dos casos de abandono de tripulações", de Hermínia Boracini Bichinim Costa Silva e Sergio Alexandre de Moraes Braga Junior.

A segunda, a respeito do *sistema interamericano de direitos humanos,* possui cinco artigos: "A palavra, toque e gesto que não consigo partilhar… eis a minha condição. Algumas reflexões sobre as pessoas idosas, com um quadro severo

de demências, à luz Da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do regime do maior acompanhado em Portugal", de Anabela Paula Brízido e Guilherme Brandão Gomes; "A proteção das pessoas com deficiência no âmbito das relações de consumo: um estudo à luz do Sistema Interamericano", de Karinne Benassuly de Melo; "A violência contra a mulher na internet e os parâmetros de proteção fornecidos pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos: Velha história com uma nova cara?", de Daniela Bucci; "Categorizando violações contra pessoas não heterossexuais e não cisgêneras na Rússia: uma análise dos casos submetidos à Corte Europeia de Direitos Humanos", de Felipe Simor de Freitas, Tatiana Cardoso Squeff, e Vitor Rocha e Silva; e "Violação de direitos de grupos vulneráveis a partir do Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos", de Mônica Teresa Costa Sousa.

A terceira parte trata dos *impactos do direito internacional dos direitos humanos no Brasil,* por meio de seis artigos: "Direitos Humanos e Antirracismo: A Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância e seus impactos para o Brasil", de Luana Olímpio Maia e Thiago Oliveira Moreira; "La desaparición forzada de personas y la (in) aplicabilidad de los tratados internacionales sobre el tema en Brasil: un análisis del caso Edgar de Aquino Duarte", de Elenilde Medeiros Diniz e Thiago Oliveira Moreira; "La inconvencionalidad de la competencia de jurisdicción militar de la Unión para juzgar a civiles", de Luís Felipe Sanchez Y Sanches e Thiago Oliveira Moreira; "O Diálogo Interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo à luz do pensamento de Vicki Jackson", de Lavínia Cavalcante da Silva e Thiago Oliveira Moreira; "O (necessário) controle de convencionalidade e o crime de desacato: sua incompatibilidade no ordenamento jurídico brasileiro", de Mariana Liberato Pinheiro e Thiago Oliveira Moreira; e "Partial Compliance das recomendações no Caso Maria Da Penha Fernandes – análise do artigo 4 do relatório de n° 54/2001 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos", de Beatriz Peixoto Nóbrega e Érica Canuto.

O presente livro, portanto, possui um brilho triplo: institucional, temático e pedagógico. Em termos institucionais, o livro promove o diálogo entre os sistemas global, regional e nacional. Em termos de conteúdo, a promoção dos direitos humanos dos grupos vulneráveis no atual contexto de crise econômica, social e sanitária da COVID-19. Em termos pedagógicos, há uma integração entre professores de diversos Estados da federação, bem como o estímulo a formação de novos estudantes como eventuais defensores de direitos humanos. O livro merece

ser lido e relido, por aqueles não desistiram nem cansaram de lutar por um mundo de mais direitos para mais humanos.

Rio de Janeiro, 11 de fevereiro de 2022

Siddharta Legale
Professor de Direito constitucional e Direitos Humanos da FND-UFRJ
e do Mestrado em direito constitucional (PPGDC-UFF)
Coordenador do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos.
Pós-doutor e doutor pela UERJ
Mestre e Bacharel pela UFF
Advogado

APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que se apresenta o livro O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE – Vol. II. Trata-se de uma obra que conta com 15 (quinze) artigos científicos, de autoria de professores e pesquisadores de várias universidades, bem como de discente da graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

O presente livro decorre das atividades do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN), do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN, bem como da disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos, que foi oferecida no semestre 2021.1, ao Curso de Direito da UFRN, na qualidade de componente curricular optativo.

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

Alguns pontos precisam ser destacados. Inicialmente, pensando em tentar promover a internacionalização da obra, há dois artigos escritos em espanhol. Além disso, o primeiro capítulo da segunda parte da obra é de autores portugueses, vinculados à Universidade Nova de Lisboa.

Com efeito, cabe ressaltar que dos 23 (vinte e três) autores, 15 (quinze) são mulheres, o que demonstra a preocupação do coordenador e da coordenadora em ampliar o espaço da produção científica feminina no âmbito jurídico. Sem embargo, a obra buscou integrar pesquisadores de programas de pós-graduação de 06 (seis) instituições de ensino superior brasileiras (CESUPA, UFMA, UFMG,

UFPA, UFRN e UFU), bem como atender aos requisitos do Qualis Livros, da CAPES.

Com efeito, registra-se o agradecimento ao Prof. Dr. Siddharta Legale (UFRJ), pelo honroso prefácio; a Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI), por apoiar a presente iniciativa; ao Departamento de Direito Privado da UFRN, que abriga a disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos; ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UFRN, por sempre apoiar a pesquisa e produção científica; ao Colegiado do Curso de Direito da UFRN, que aceitou incluir a mencionada disciplina no rol dos componentes curriculares optativos do citado Curso; ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN; ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, na pessoa da Profa. Dra. Tatiana Squeff; ao IBEROJUR (Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos), por também apoiar a presente iniciativa; ao Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte (OBDI); e, por fim, aos autores e autoras que contribuíram para o presente livro, em especial, aos que integram o Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN).

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

Em nome dos coordenadores,

Prof. Dr. Thiago Oliveira Moreira
Professor Adjunto da UFRN (Graduação e Pós-Graduação)
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU)
Mestre em Direito pela UFRN
Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN
Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN
Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade

SOBRE OS COORDENADORES

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

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

SOBRE OS AUTORES

Anabela Paula Brízido
Doutoranda em Direito da NOVA School of Law e Investigadora do CEDIS.

Beatriz Peixoto Nóbrega
Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Advogada.

Claudia Loureiro
Estágio de Pesquisa Pós-Doutoral em Direito em andamento pela Nova School of Law– Lisboa; Estágio de Pesquisa Pós-Doutoral em Direitos Humanos concluído pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Estágio de Pesquisa Pós-Doutoral em Direito Internacional e Comparado concluído pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora do Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Membro da Nova Refugee Legal Clinic – Lisboa; Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Biodireito e Direitos Humanos – UFU. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/8808192737927290. E-mail:crmloureiro@gmail.com.

Claudio Cesar Machado Moreno
Mestre em Direito pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Professor de Direito Civil e Direito Internacional Privado da UEL - Universidade Estadual de Londrina. Professor de Direito Civil, Direito Internacional e Direitos Humanos da Universidade Pitagoras-Unopar e da Universidade Uniderp-Anhanguera. Coordenador do Programa de Formação Complementar em Refúgio, Asilo Político e Migrações da UEL. Currículo lattes http://lattes.cnpq.br/3549947656974130. E-mail: cmoreno@uel.br.

Daniela Bucci
Doutora e mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coord. Observatório de Direitos Humanos do Grande ABC (ODHUSCS) da Universidade Municipal de São Caetano do Sul/SP (USCS). Pesquisadora NETI/USP, coordenando o subgrupo das Cortes Internacionais de Direitos Humanos. CV: http://lattes.cnpq.br/0786892225874329. E-mail: daniela.bucci.db@gmail.com.

Elenilde Medeiros Diniz
Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Discente-Pesquisadora no Grupo de Pesquisa (CNPq/UFRN) Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1367718316789074. E-mail: elenilde1992@gmail.com.

Érica Canuto
Pós-doutoranda em Democracia e Direitos Humanos IGC/CDH Coimbra. Doutora em Ciências Sociais UFRN. Mestre em Direito UFBA e em Ciências Sociais UFRN. Promotora de Justiça. Professora da graduação e Pós-Graduação da UFRN.

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

Guilherme Brandão Gomes
Doutorando em Direito da NOVA School of Law e Investigador do CEDIS.

Hermínia Boracini Bichinim Costa Silva
Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e integrante do grupo de pesquisa "Constituição Federal Brasileira e sua Concretização pela Justiça Constitucional". Lattes: http://lattes.cnpq.br/4491259128663987. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5153-3489. E-mail: herminia_boracini@hotmail.com.

Karinne Benassuly de Melo
Graduanda do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do grupo de pesquisa intitulado 'Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia'. E-mail: karinbenassuly@hotmail.com.

Lavínia Cavalcante da Silva
Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Discente-Pesquisadora no Grupo de Pesquisa (CNPq/UFRN) Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Coordenadora Geral do grupo potiguar de ação integrada em Arbitragem POTIARB. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2188395143636478. E-mail: lavinia.cavalcante.109@ufrn.edu.br.

Luana Olímpio Maia
Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq/UFRN) Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade Lattes: http://lattes.cnpq.br/8942741121669280. E-mail: luanaolimpio7@gmail.com.

Luís Felipe Sanchez Y Sanches
Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Monitor Voluntário da disciplina de Direito Internacional Público. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7664417405555157.

Maria Luiza Favacho Furlan
Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Pós-graduanda lato sensu na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), na especialização em "Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global". Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA (2019). Membro do grupo de pesquisa (Cnpq/UFPA) Filosofia Prática: Investigações em política, ética e Direito (FILPED). Membro da Liga Acadêmica Jurídica do Pará (LAJUPA) e integrante do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional dos Direitos Humanos (NEADIDH). Membro da Comissão de Relações Internacionais da Ordem dos Advogados do Brasil Seção Pará – OAB/PA.

Mariana Liberato Pinheiro
Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq/UFRN) Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9591639365275565. Email: mariana.liberato.072@ufrn.edu.br. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4497-6430.

Monica Teresa Costa Sousa
Doutora em Direito (UFSC). Professora Associada na UFMA. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (FAPEMA). Docente permanente nos cursos de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDir/UFMA) e Cultura e Sociedade (PGCult/UFMA). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA/DPG CNPq). Professora Visitante na Universidade de Valencia (Espanha).

Natalia Mascarenhas Simões Bentes
Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Professora da graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Membro do grupo de pesquisa Mineração, Sustentabilidade, Equidade e Desenvolvimento Regional. Sócia proprietária do escritório Simões, Bentes & Medeiros Advocacia Internacional.

Paulo Máximo de Castro Cabacinha
Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especializações em Direito Internacional e Estudos Diplomáticos pelo CEDIN/Faculdade Milton Campos. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Professor universitário na Faculdade Estácio-Doca em Belém/PA.

Sergio Alexandre de Moraes Braga Junior
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1998). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1995). Professor titular da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e Professor Associado

II da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Lattes: http://lattes.cnpq.br/8429436981406857. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8716-7468. E-mail: s.alexandre.prof@gmail.com.

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

Thiago Oliveira Moreira
Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Doutor e Mestre em Direito pela Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN). Lattes: http://lattes.cnpq.br/8030681636075210. https://orcid.org/0000-0001-6010-976X. E-mail: thiago.moreira@ufrn.br.

Vitor Rocha e Silva
Graduando em relações internacionais na Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisador de iniciação científica voluntária DIRPE/PIVIC Nº 159/2020 da Universidade Federal de Uberlândia, onde também participa do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional – GEPDI/CNPq.

PARTE I

PROTEÇÃO GLOBAL E GERAL DOS DIREITOS HUMANOS

A esterilização compulsória de mulheres imigrantes sob a perspectiva eugênica

Claudio Cesar Machado Moreno[1]
Claudia Loureiro[2]

1 INTRODUÇÃO

A esterilização compulsória de mulheres imigrantes é uma das formas de exploração mais graves a que as mulheres vulneráveis estão expostas em razão do movimento migratório a que se submetem. A prática tornou-se evidente com as recentes denúncias de esterilização compulsória das mulheres imigrantes nos centros de detenção dos EUA. Embora os fatos tenham se tornado evidentes agora, a ideia não é recente e tem intrínseca relação com os ideais eugênicos que foram propagados nos EUA e, depois, aperfeiçoados no contexto do holocausto.

---

1 Mestre em Direito pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Professor de Direito Civil e Direito Internacional Privado da UEL – Universidade Estadual de Londrina. Professor de Direito Civil, Direito Internacional e Direitos Humanos da Universidade Pitagoras-Unopar e da Universidade Uniderp-Anhanguera. Coordenador do Programa de Formação Complementar em Refúgio, Asilo Político e Migrações da UEL. *Currículo lattes* http://lattes.cnpq.br/3549947656974130. E-mail: cmoreno@uel.br.

2 Estágio de Pesquisa Pós-Doutoral em Direito em andamento pela Nova School of Law – Lisboa; Estágio de Pesquisa Pós-Doutoral em Direitos Humanos concluído pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Estágio de Pesquisa Pós-Doutoral em Direito Internacional e Comparado concluído pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora do Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Membro da Nova Refugee Legal Clinic – Lisboa; Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Biodireito e Direitos Humanos – UFU. *Currículo lattes*: http://lattes.cnpq.br/8808192737927290. E-mail:crmloureiro@gmail.com.

Nesse contexto, o trabalho tem o objetivo geral de estudar a esterilização compulsória de mulheres imigrantes nos centros de detenção americanos. Por sua vez, o objetivo específico do artigo é abordar a relação da esterilização compulsória de mulheres imigrantes com a eugenia.

O trabalho concluirá que as mulheres imigrantes perfazem um grupo vulnerável à exploração decorrente da migração e que a esterilização compulsória é uma das vertentes da exploração que reflete as ideias eugênicas enraizadas no contexto da sociedade americana.

O trabalho será realizado com o método dedutivo, com o procedimento documental, com abordagem doutrinária, jurisprudencial e legislativa. Sob essa perspectiva, o artigo pretende analisar o problema da vulnerabilidade das mulheres imigrantes às práticas eugênicas.

Para consolidar a proposta apresentada, inicialmente o artigo abordará a vulnerabilidade das mulheres imigrantes sob o olhar da teoria da interseccionalidade. Em seguida, o trabalho discorrerá a respeito do instituto jurídico da eugenia e, depois, analisará a esterilização compulsória das mulheres imigrantes como prática eugênica.

Como referencial teórico, o artigo acompanhará a tese da eugenia liberal de Habermas, a tese da interseccionalidade de Kimberle Crenshaw, a tese da colonialidade do gênero, de Maria Lugones e as ideias de Martha C. Nussbaum.

2 VULNERABILIDADE DAS MULHERES IMIGRANTES: UM OLHAR INTERSECCIONAL

As mulheres imigrantes pertencem a um grupo vulnerável exposto a diversos níveis de exploração em decorrência do movimento migratório. O simples fato de ser mulher já denota a fragilidade e a vulnerabilidade das mulheres ao tráfico de pessoas, à exploração sexual, a violações em relação aos seus direitos reprodutivos, bem como à discriminação de gênero.

Maria Lugones[3] analisou a relação interseccional[4] entre raça, classe, gênero e sexualidade e concluiu que mulheres não brancas são vítimas da colonialidade do poder e da colonialidade de gênero. Ela expandiu a tese da colonialidade do poder de Aníbal Quijano[5] para o viés da colonialidade de gênero e constatou que as mulheres de cor são vítimas de dominação racial e da colonialidade do poder e inferiorizadas pelo capitalismo global, propondo uma perspectiva epistemológica a partir da análise interseccional entre raça, classe, gênero e sexualidade.

Nesse sentido, é interessante destacar que a situação das mulheres imigrantes deve ser analisada de acordo com as teorias da colonialidade de gênero e da interseccionalidade. Assim, compreender a problemática da esterilização compulsória desse grupo vulnerável exige uma análise interseccional de todas as circunstâncias que incidem sobre as mulheres imigrantes, ou seja, gênero, raça, classe e sexualidade.

Por isso, é salutar apresentar uma perspectiva de vulnerabilidade, conjugada com a insterseccionalidade:

> 'Vulnerability' is used here as a categorical tag the precedes the application of the intersectionality lens. As we will see, what is considered in legal texts and guidelines as a 'vulnerable individual' may turn out to be a resilient and skilled agent, who needs be provided with autonomy and freedom, rather than just protection and shelter. What makes the difference is indeed the concrete situation in which a given person is actually immersed, that is, her or his 'position of vulnerability'. Such 'position' influences more or less compellingly his or her choices. Rightly, Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council on preventing and combating

3 LUGONES, Maria. Colonialidad y género. *Tabula Rasa*. Bogotá, Colômbia, nº 9, pp. 73-101, julio-deciember 2008. Disponível em: https://www.revistatabularasa.org/numero-9/05lugones.pdf. Acesso em: maio de 2019.

4 CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, v. 1989, Iss. 1, Article 8. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8. Acesso em: 30 ago. 2019.

5 QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In:* QUIJANO, Aníbal. A colonialidade do saber: eurocentrsimo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. *CLACSO:* Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociais, p. 117-142, 2005. Disponível em http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 8 set 2021.

> trafficking in human beings and protecting its victims (Trafficking Directive 2011), points out in Article 2.2 that '[a] position of vulnerability means a situation in which the person concerned has no real or acceptable alternative but to submit to the abuse involved.' This clarification, on one hand rejects any essentialist interpretation of vulnerability as inevitably associated to some category of persons, namely women. On the other, it also separates the situation of vulnerability from those, closer to notions of necessity or duress, that exclude any agency of the victim of a coercive act of trafficking, or any ability to understand and/or pursue his or her own best interest. This being said, however, gender is crucial in contextualising vulnerability. Indeed, any situation of vulnerability is compounded by gendered dynamics, that influence power relations, ethnic and race segmentation, economic dependency, etc. Intersectionality has also another characteristic, that turns out to be particularly relevant in the analysis of the normative discourse and of public policies addressing migration. Crenshaw (1991) accurately distinguishes between structural and political intersectionality, stressing that the latter emerges as intersecting groups (for example, in our case, women and migrants) are the target of legislative and policy patterns that pursue conflicting agendas (for example, tough measures against irregular migration, and women-friendly legislation on sexual offences). A failure to acknowledge and tackle this actual or potential discrepancy may have as an outcome a generalised mismatch, endangering the whole spectrum of measures supposedly governing the issue[6].

Nesse sentido, a vulnerabilidade das mulheres imigrantes está caracterizada quando a elas não é dado o direito de consolidar a sua autodeterminação, com o exercício da autonomia da vontade, que deve ser precedida do consentimento informado a respeito do procedimento ao qual serão submetidas, no caso, a histerectomia para realização da esterilização. Ao se submeterem à jurisdição do Estado que as abriga, as mulheres são destituídas de sua autodeterminação e

6 DEGANI, P., DE STEFANI, P. Addressing Migrant Women's Intersecting Vulnerabilities. Refugee Protection, Anti-trafficking and Anti-violence Referral Patterns in Italy. *Peace Human Rights Governance*, v. 4, n. 1, pp. 113-152, 2020. Disponível em https://phrg.padovauniversitypress.it/system/files/papers/PHRG-2020-1-5.pdf. Acesso em: 7 set. 2021.

submetidas à autoridade do ente estatal, perdendo a sua condição de sujeito de direitos, sendo tratadas como objeto do direito e coisificadas.

Assim, quando o Estado não oportuniza a manifestação da vontade da mulher envolvida no procedimento que diz respeito a um direito reprodutivo, pratica ato ilícito, de violação de um direito humano.

A situação das mulheres imigrantes necessita ser analisada de acordo com a perspectiva racial. As teorias racistas fizeram parte do processo de autolegitimação da expansão colonial europeia e da ausência de freios e contrapesos ao imperialismo[7]. Nesse sentido, raça é uma construção histórica e social e não biológica, uma das formas de se classificar a hierarquizar pessoas e sociedades.

O pensamento difundido no período da expansão colonial europeia estabeleceu as ideias de que a humanidade está dividida em raças, cuja diversidade é dada por características biológicas, o que justifica a afirmação de que existem raças superiores e inferiores e que aquelas têm o direito de dominar estas[8].

Nesse sentido, as mulheres imigrantes pertenceriam às raças inferiores de deslocados que se dirigem ao Norte Global rico em busca de condições dignas de sobrevivência e que, por serem uma raça inferior, estariam sujeitas ao tratamento dispensado pelo Estrado de destino, raça superior.

Além da contextualização da raça, a situação das mulheres imigrantes também se relaciona com a identidade de gênero que busca condições para alcançar os princípios da igualdade e da não discriminação, tema que ficou em destaque com a Opinião Consultiva nº 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No documento, ficou consignado que o direito à igualdade e à não discriminação são normas cogentes, que devem ser seguidas, observadas e respeitadas pelos Estados, independentemente de sua vontade e que a identidade de gênero é um tema que perpassa que viés colonial e que se distancia das teorias binárias a respeito da classificação de gênero, abarcando outras realidades, que não podem ser esgotadas, nem quantificadas[9].

---

7 LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr./jun. 2004, p. 68 Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/948. Acesso em: 8 set 2021.

8 BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade e outros escritos morais. São Paulo: UNESP, 2002, pp. 123, 127, 128.

9 CtIDH. *Parecer Consultivo nº 24/2017 solicitado pela República da Costa Rica*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

Assim, o saber colonial se expandiu sob a perspectiva da subalternização das mulheres e dos corpos femininos.

Para além dessas questões, pode-se, ainda, estabelecer uma relação entre a situação vulnerável das mulheres imigrantes nos centros de detenção americanos com as teses eugenistas propagadas pelos EUA, conforme será feito a seguir.

3 EUGENIA

3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

No mês de setembro de 2020, a enfermeira Dawn Wooten[10], que trabalhou no Centro de Detenção do Condado de Irwin (ICDC), na Geórgia, denunciou que várias cirurgias realizadas em mulheres resultaram na esterilização de imigrantes. A enfermeira também afirmou que os cuidados de prevenção e combate à Covid-19 são rotineiramente ignorados e que os imigrantes detidos lá não são testados.

Wooten declarou que várias detentas disseram que fizeram a cirurgia de retirada do útero sem saber qual a razão e, também, se referiu aos médicos como colecionadores de úteros.

Contrariamente ao relato da enfermeira, o Serviço de Imigração diz que, desde 2018, só duas cirurgias de remoção de útero foram realizadas na unidade, mas que todas as denúncias estão sendo investigadas.

Apesar da imediata relação dos casos com os direitos reprodutivos das mulheres, a situação tem conexão com o tema da eugenia nos EUA, como será analisado.

A eugenia pode ser apresentada como o movimento para criar seres humanos melhores nos EUA, o que influenciou, posteriormente, os ideais propagados pelo regime nazista, de Hitler, na Alemanha.

Em 1890, no Vilarejo de Cold Spring Harbour, foi fundado o laboratório de investigação genética, pouco tempo depois de Charles Darwin publicar a teoria da evolução e seleção natural. Nesse contexto, havia o incentivo à prática da reprodução seletiva e, se um ser humano fosse considerado indigno de transmitir a sua hereditariedade a gerações futuras, era vítima de esterilização compulsória.

10 A notícia pode ser conferida em https://www.esquerdadiario.com.br/Mulheres-imigrantes-sofrem-esterilizacoes-forcadas-em-centros-de-detencao-nos-EUA. Acesso em: 8 set. 2021.

Daniel Kevles, historiador da ciência, da Universidade de Yale, afirma que tudo começou com Francis Galton[11], primo de Darwin, em meados de 1800, na Inglaterra. Galton, um estudioso da herança biológica, acreditava que na possibilidade de produção de seres humanos melhores de acordo com os estudos de hereditariedade e a essa ideia de reprodução seletiva deu-se o nome de eugenia.

As ideias de Galton começaram a se disseminar pelo mundo e se enraizaram nos EUA, onde a população branca e bem-educada da classe média temia os efeitos que a Revolução Industrial estavam gerando, com o deslocamento dos camponeses para as cidades em busca de trabalho nas fábricas. Além disso, os americanos começaram a se preocupar com o aumento da imigração para os EUA e as ideias eugenistas se consolidaram para evitar a reprodução de pessoas indesejadas, bem como para evitar a entrada de imigrantes inadequados em território americano, o que poderia prejudicar a evolução da nação.

Nesse sentido, intensificou-se a eugenia negativa nos EUA, com o controle de quem poderia se reproduzir, bem como de quem poderia adentrar ao território americano, a fim de evitar misturas indesejadas na população.

Já em 1910, o laboratório criado próximo às imediações de Nova York, coletava, processava e arquivava informações sobre famílias consideradas aptas à reprodução. A teoria de Galton, amplamente aceita nos EUA, resultou em limpezas étnicas e em esterilizações forçadas, práticas autorizadas por leis promulgadas em meados de 1920.

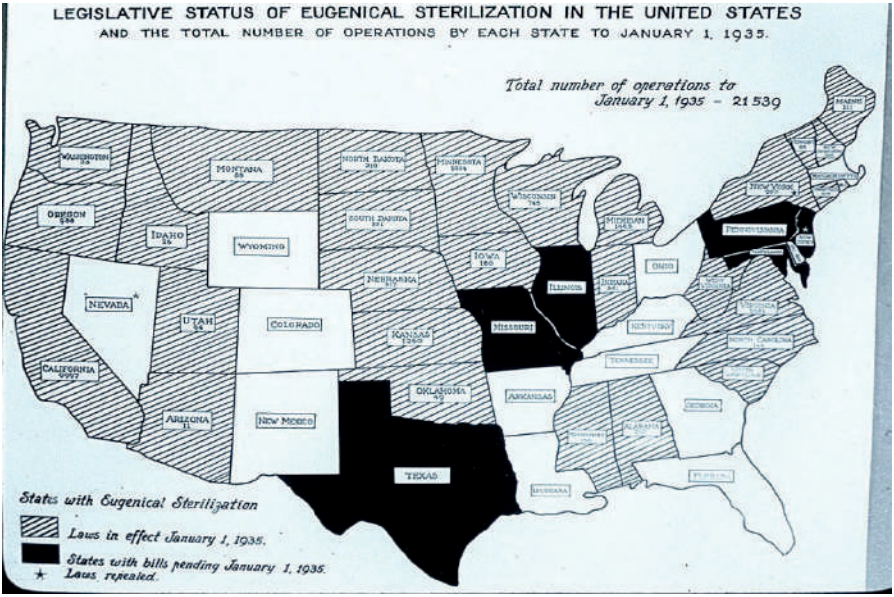
Não bastasse isso, em 1927, o caso Bucks vs. Bell[12], julgado pela Suprema Corte dos EUA, considerou a esterilização por eugenia constitucional, ao julgar o caso de Carrie Buck, portadora de deficiência, autorizando a esterilização para que ela não tivesse filhos. No julgamento ficou consignada a ideia de que a sociedade não pode permitir que os degenerados se reproduzam. Após esse caso, a eugenia se intensificou nos EUA, atingindo cegos, surdos, epiléticos, pobres, negros e latinos com a genetização das condições humanas indesejadas como forma de promoção da saúde pública e da melhoria da raça e, assim, as leis eugênicas proliferaram.

---

11 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição*: ética na era da engenharia genética. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

12 Michael J. Sandel, *op. cit*.

A título de ilustração, um quadro a respeito da situação legislativa das esterilizações forçadas nos EUA[13]:



Além disso, a reportagem feita por uma revista americana reflete a propaganda eugenista preconizada pelo Estado e pela sociedade americana: Uma revista do começo do século 20 exibe a manchete: 'Devemos reproduzir ou esterilizar os defeituosos?[14]

13 FERREIRA, Mary. *Da Califórnia (1909) a Geórgia (2020)*: as denúncias de violações aos direitos reprodutivos de mulheres negras e imigrantes nos Estados Unidos. Disponível em: https://revistaafirmativa.com.br/3480-2/. Acesso em: 8 set. 2021.

14 A imagem foi retirada da reportagem disponível em https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39625619. Acesso em: 8 set. 2021.

Percebe-se, assim, que a eugenia era um ideal protagonizado pelas instituições públicas e amplamente aceito pela sociedade estadunidense.

3.1 DA EUGENIA COMPULSÓRIA A EUGENIA LIBERAL: O QUE ESPERAR?

Após a explanação a respeito do histórico da eugenia nos EUA, é relevante trazer à tona as ideias de Habermas[15] a respeito da necessidade de imposição de limites às intervenções terapêuticas e de aperfeiçoamento a fim de que elas sejam compatíveis com a dignidade humana, uma vez que não se pode dispor livremente da vida humana para fins de seleção, devido à intangibilidade da pessoa, que é ordenada moralmente e garantida juridicamente.

A linha que demarca o limite entre a prevenção do nascimento de uma criança doente e o aperfeiçoamento do patrimônio hereditário é tênue e pode

15 HABERMAS, Jurgen. *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

transitar entre prevenção e eugenia, o que exige legislação adequada para prevenir o avanço do neoliberalismo globalizado que propicia o afrouxamento do paradigma moral.

A proteção jurídica refere-se ao direito a uma herança genética sem interferência artificial para evitar que o home projete outro homem, influenciando o deslocamento da fronteira entre o acaso e a decisão, o que pode acarretar consequências na sustentabilidade do genoma humano e em sua diversidade, que é essencial para a humanidade[16].

Além disso, práticas eugênicas que propiciam a instrumentalização da vida humana, produzida de acordo com critérios seletivos de raça, por exemplo, relativizam a dignidade humana e causam impacto na intangibilidade da vida humana, que conjuga o direito à identidade pessoal e o direito à integridade física em uma rede de relações de reconhecimento legitimamente regulada para propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa.

Tudo isso caminha para a reflexão a respeito da necessidade de autocompreensão adequada da espécie humana diante dos novos horizontes decorrentes do desenvolvimento da biotecnologia que impôs a tecnização da natureza humana influenciando a compreensão dos seres humanos livres e moralmente iguais.

Assim, leis que autorizam a prática da eugenia não podem mais ser compatibilizadas com a autocompreensão ética da espécie humana nem influenciar a distinção categorial entre o sujeito e o objeto como proteção aos direitos fundamentais dos quais as pessoas desfrutam.

As intervenções eugênicas, sejam positivas ou negativas, precisam ser analisadas sob a linha divisória entre moralidade, ética e normatividade, pois submetem as pessoas a intervenções de terceiros, afastando a autocompreensão espontânea do indivíduo de ser autor de sua própria vida, gerando um relacionamento assimétrico entre a pessoa programada e o programador.

Para Sandel[17], a engenharia genética teria a finalidade de aprimorar geneticamente a raça humana. Quando James Watson e Francis Crick descobriram a estrutura em dupla hélice do DNA, isso abriu as possibilidades de intervenções genéticas nos seres humanos que podem ter a finalidade de cura ou de melhoramento.

16 Jurgen Habermas, *op. cit.*, p. 36-39.

17 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição*: ética na era da engenharia genética. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

Ambos os cientistas, não veem problema ne engenharia e no melhoramento genéticos, desde que decorram da autodeterminação dos indivíduos, de sua autonomia da vontade e do seu consentimento informado. Assim, a esterilização forçada, seja ela conduzida por políticas estatais ou pelo mercado é inaceitável, pois desconsidera a posição do indivíduo enquanto titular do direito de construir a sua própria história genética.

Na comparação entre a velha eugenia e a nova eugenia liberal, em que aquela era propagada por um projeto centralizado por eugenistas autoritários e com o aparato do Estado e esta, por sua vez, preconizada pela neutralidade do Estado, é preciso assinalar que ambas recaem sobre a mesma problemática da discriminação e da violação ao princípio da igualdade, uma vez que, nas políticas autoritárias, os excluídos eram o alvo e, na eugenia liberal, as técnicas estarão disponíveis apenas para um número reduzido de pessoas, que podem pagar pelas técnicas de engenharia genética.

Assim, a eugenia vai consolidando a discriminação, a diferença e as desigualdades sociais, promovendo, cada vez mais, a exclusão dos desfavorecidos e dos grupos vulneráveis.

A esterilização compulsória de mulheres imigrantes fere, portanto, a autodeterminação do ser humano e impede que elas desenvolvam o seu projeto de vida de acordo com a sua autodeterminação.

Com base nas considerações feitas a respeito da eugenia, é importante abordar a prática da esterilização forçada como prática eugênica, conforme será feito a seguir.

4 ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA COMO PRÁTICA EUGÊNICA

Por todo o mundo, mulheres pobres e estigmatizadas pela sociedade são consideradas inaptas para a reprodução e, por isso, são forçadas e coagidas a procedimentos de esterilização irreversíveis.

A esterilização forçada ocorre quando uma pessoa é esterilizada sem o seu consentimento ou sem o seu conhecimento, o que configura violação aos direitos humanos bem como tortura, tratamento degradante, desumano e cruel.

A propósito do tema, é interessante destacar que: “Forced sterilization is a method of medical control of a womans’ fertility without the consent of a woman.

Essentially involving the battery of a woman – violating her physical integrity and security, forced sterilizatrion constitutes violence against women"[18].

Nesse sentido, a esterilização forçada é marcada pelas seguintes características: afeta mais as mulheres marginalizadas; governos e hospitais não possuem política de consentimento e procedimentos para proteção dos direitos dos pacientes; os médicos nem sempre são responsabilizados por violações éticas e por violações aos direitos humanos[19].

A prática de esterilização forçada também está ligada a questão social e, por isso, pode ser compreendida através da tese da interseccionalidade que propicia uma análise multidimensional das causas que estão relacionadas com a esterilização. Sendo assim, mulheres pobres, marginalizadas, negras, indígenas e imigrantes estão mais expostas à prática, devido à sua vulnerabilidade.

Em algumas culturas, a esterilização, que causa a infertilidade da mulher, pode acarretar consequências graves da inserção da mulher perante a sociedade em que vive, inclusive com a sua exclusão do ambiente familiar.

Além disso, a esterilização compulsória viola os direitos humanos da mulher que tem o direito a realizar o planejamento familiar de acordo com a sua autonomia, além de ferir o direito ao projeto de vida do ser humano de desenvolver sua personalidade e suas capacidades [20] de acordo com a sua autodeterminação.

Sobre o direito ao projeto de vida, é interessante destacar que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos já se pronunciou a respeito de referido direito através da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Loayza Tamayo v. Peru[21].

---

18 United Nations Special Rapporteur on Violence Against Women. Disponível em https://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/SRWomen/Pages/Mistreatment.aspx. Acesso em: 8 set. 2021.

19 Open Society Foundations. *Against her will*. Forced and coerced sterilization of women worldwide. Disponível em https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/62505651-2c58-4c12-a610-46499e645a2c/against-her-will-20111003.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

20 NUSSBAUM, Martha. *Women and human development*. The capabilities approach. New York: Cambridge University Press, 2000.

21 CtIDH. *Caso Loayza Tamayo v. Peru*. 1997. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

Além disso, no caso Artavia Murillo e outro v. Costa Rica[22], a Corte Interamericana de Direitos Humanos também se pronunciou a respeito do direito fundamental ao planejamento familiar, ressaltando que os seres humanos são livres para decidir a respeito da composição familiar que queiram adotar em suas vidas.

A propósito, em 1994, a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD) – Cairo / Egito – "Plano de Ação de Cairo"[23] estabeleceu que:

> § 7.3. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobrea reprodução, livre de discriminação, coerção.

Aliás, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apreciou pela primeira vez um caso de esterilização forçada ocorrida na Bolívia, nº 12.655, no dia 23 de abril de 2015 [24]. O procedimento foi feito numa mulher, logo após uma cirurgia de cesariana, sem o consentimento informado dela e sem tratar-se de um caso de emergência. A Comissão considerou que a prática feriu a integridade física e psicológica da mulher, o acesso à informação, a igualdade, a liberdade e o direito de constituir família, estabelecendo penalidades aos responsáveis.

Nesse sentido, a esterilização compulsória de mulheres imigrantes é uma grave violação dos direitos humanos das mulheres, o que tem respaldo tanto no Sistema Global, como no Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos.

A esterilização de mulheres imigrantes nos centros de detenção dos EUA reflete uma longa história de esterilização de mulheres por parte do governo americano, em especial de mulheres negras, latinas e indígenas, o que se coaduna

22 CtIDH. *Caso Artavia Murillo e outros v. Costa Rica*. 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

23 Disponível em: https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

24 CIDH. *Caso 12.655*. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12655NdeRes.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

com o ideal eugenista do início do século XX, que entendia que a esterilização de pessoas vulneráveis poderia curar a pobreza.

Além disso, a esterilização forçada de imigrantes nos EUA evita que as mulheres tenham descendentes nascidos no território americano e que façam jus à cidadania americana, como consequência. Ademais, a prática evitaria a mistura entre cidadãos americanos e imigrantes.

Como foi possível perceber, a esterilização forçada de mulheres imigrantes nos EUA, analisada sob a perspectiva interseccional entre raça, gênero e sexualidade, viola os direitos humanos das mulheres tanto no que diz respeito à sua integridade física, como moral, além de representar um grave desrespeito ao princípio da dignidade humana.

5 CONCLUSÃO

O trabalho analisou a esterilização forçada de mulheres imigrantes nos centros de detenção dos EUA sob a perspectiva da vulnerabilidade e da interseccionalidade, bem como sua relação com a eugenia, o que permitiu concluir que as mulheres imigrantes são particularmente vulneráveis a esse tipo de prática.

A vulnerabilidade das mulheres imigrantes esterilizadas sem o seu consentimento ficou constatada com a falta de consentimento ou de conhecimento a respeito da prática realizada, o que impossibilitou a elas o ato de escolha.

Além disso, a esterilização compulsória de mulheres imigrantes também pode ser analisada sob a perspectiva interseccional, o que possibilitou conhecer a relação entre a falta de reconhecimento dos direitos reprodutivos da mulher vulnerável com a sua raça e com o direito à igualdade de gênero.

Assim, foi ressaltado na pesquisa que a necessidade de expansão do colonialismo eurocêntrico gerou o fenômeno denominado de colonialidade de gênero, que refletiu a subalternização da mulher aos mecanismos de poder consolidados sob o viés patriarcal.

Ademais, a subalternização dos corpos femininos, com a esterilização compulsória, reflete a classificação dos seres humanos no mundo em raças, ainda como consequência do pensamento eurocentrado.

A prática executada nos centros de detenção dos EUA tem intrínseca relação com as teorias eugenistas arraigadas no pensamento estadunidense na década de 20, o que começou com a disseminação das ideias de Galton nos EUA.

A respeito, foi possível constatar que a esterilização forçada das mulheres imigrantes nos centros de detenção americanos é feita com propósitos eugenistas de impedir que pessoas indesejadas se reproduzam no seio da sociedade americana, bem como para impedir a miscigenação entre nacionais e imigrantes.

A prática reflete especialmente na autodeterminação das mulheres vulneráveis, bem como na sua autocompreensão enquanto espécie humana em não ter o direito de escolher o seu destino de seu próprio corpo, por serem previamente programadas por terceiros, o que viola o direito humano ao projeto de vida.

Assim, a esterilização das mulheres imigrantes nos EUA deve ser analisada pela lente de aumento da interseccionalidade a fim de elucidar os motivos que, normalmente, ficam esquecidos no contexto das violações de direitos humanos, ou seja, a análise deve abordar a questão racial, de gênero e migratória a fim de que todas as situações de vulnerabilidade incidentes sobre referidas mulheres sejam conhecidas, analisadas, visibilizadas e abordadas em políticas públicas destinadas à erradicação da prática eugênica.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: UNESP, 2002.

CIDH. *Caso 12.655*. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12655NdeRes.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, v. 1989, Iss. 1, Article 8. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8. Acesso em: 30 ago. de 2019.

CtIDH. *Parecer Consultivo nº 24/2017 solicitado pela República da Costa Rica*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

CtIDH. *Caso Loayza Tamayo v. Peru.* 1997. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

CtIDH. *Caso Artavia Murillo e outros v. Costa Rica*. 2012. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

DEGANI, P., DE STEFANI, P. Addressing Migrant Women's Intersecting Vulnerabilities. Refugee Protection, Anti-trafficking and Anti-violence Referral Patterns in Italy. *Peace Human Rights Governance*, v. 4, n. 1, pp. 113-152, 2020. Disponível em: https://phrg.padovauniversitypress.it/system/files/papers/PHRG-2020-1-5.pdf. Acesso em: 7 set. 2021.

FERREIRA, Mary. *Da Califórnia (1909) a Geórgia (2020)*: as denúncias de violações aos direitos reprodutivos de mulheres negras e imigrantes nos Estados Unidos. Disponível em https://revistaafirmativa.com.br/3480-2/. Acesso em: 8 set. 2021.

HABERMAS, Jurgen. *O futuro da natureza humana.* A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LAFER, Celso. Parecer – O caso Ellwanger: Anti-semitismo como crime da prática do racismo. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr./jun. 2004, p. 68 Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/948. Acesso em: 8 set 2021.

LUGONES, Maria. Colonialidad y género. *Tabula Rasa*. Bogotá, Colômbia, nº 9, pp. 73-101, julio-deciember 2008. Disponível em: https://www.revistatabularasa.org/numero-9/05lugones.pdf. Acesso em: maio de 2019.

NUSSBAUM, Martha. *Women and human development.* The capabilities approach. New York: Cambridge University Press, 2000.

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. *Against her will. Forced and coerced sterilization of women worldwide.* Disponível em https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/62505651-2c58-4c12-a610-46499e645a2c/against-her-will-20111003.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: QUIJANO, Aníbal. A colonialidade do saber: eurocentrsimo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. *CLACSO*: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociais, p. 117-142, 2005. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 8 set 2021.

SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição*: ética na era da engenharia genética. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

A proteção de mulheres migrantes nos Sistemas Global e Regional de Direitos Humanos: uma análise a partir dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Natalia Mascarenhas Simões Bentes[1]
Maria Luiza Favacho Furlan[2]

1 INTRODUÇÃO

A temática das migrações internacionais tem ganhado ainda mais relevo nos últimos anos, seja pelo aumento vertiginoso do número de pessoas em situação de deslocamento ou, ainda, pelas notícias veiculadas na mídia, que expõem a vulnerabilidade a que se sujeitam os migrantes em diversos locais do mundo.

---

1 Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Professora da graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Membro do grupo de pesquisa Mineração, Sustentabilidade, Equidade e Desenvolvimento Regional. Sócia proprietária do escritório Simões, Bentes & Medeiros Advocacia Internacional.

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Pós-graduanda lato sensu na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), na especialização em "Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global". Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA (2019). Membro do grupo de pesquisa (Cnpq/UFPA) Filosofia Prática: Investigações em política, ética e Direito (FILPED). Membro da Liga Acadêmica Jurídica do Pará (LAJUPA) e integrante do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional dos Direitos Humanos (NEADIDH). Membro da Comissão de Relações Internacionais da Ordem dos Advogados do Brasil Seção Pará - OAB/PA. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em pesquisa relacionada às áreas: Direito Internacional, Direitos Humanos, Gênero e Deslocamentos Humanos.

De acordo com o Relatório Anual "Tendências Globais", elaborado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), publicado em 18 de junho de 2020, ao fim de 2019 havia 79,5 milhões de migrantes e refugiados no mundo[3], registrando um crescimento significativo em comparação a 2018, quando foram registrados 70,8 milhões de pessoas em situação de deslocamento forçado.

Ao traçar um perfil sociodemográfico dos indivíduos, um dos recortes analisados pelo relatório refere-se ao gênero dos migrantes. Em relação aos refugiados, homens entre 25 a 49 anos representam 14% da população e mulheres 12%, ao passo que, na mesma faixa etária, 27% dos migrantes internacionais são homens e 23% são mulheres. Um fato que destoa desta análise diz respeito aos apátridas e aos deslocados internos, em que se verificou que 51% e 52% destes, respectivamente, são mulheres.

Importa ressaltar que tais informações possuem relevância para além do aspecto quantitativo, ensejando reflexão qualitativa acerca da participação de mulheres nos fluxos migratórios, para que seja analisado em que medida o marcador de gênero diferencia as trajetórias de mulheres das vivências migratórias masculinas, muitas vezes interpretadas por estudos acadêmicos como universais[4], o que ocasiona a invisibilização da participação feminina como sujeitos ativos deste processo.

No âmbito do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou, em 2015, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, que inclui a realização de 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS, e das 169 metas a eles referentes, com vistas à erradicação da pobreza e à promoção de uma vida digna a todas as pessoas, no presente e no futuro.

Em relação à migração e a gênero, os ODS tratados neste artigo serão, precipuamente, os ODS nº 5 e 10, que se referem à igualdade de gênero e à redução das desigualdades, e de maneira transversal o ODS nº 17, que trata dos mecanismos de parceria e meios de implementação das medidas da Agenda 2030 da ONU.

---

3 ONU. Organização das Nações Unidas. *Global Trends.* Forced displacement in 2019. 2020. Disponível em: https://www.unhcr.org/5ee200e37/#_ga=2.35933922.358744472.1597937662-559421989.1571535074. Acesso em: 8 dez. 2020.

4 CAVALCANTI, Leonardo *et al. Dicionário Crítico de Migrações Internacionais*. Brasília: Universidade de Brasília, 2017.

Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já debateu estes temas em diversos documentos, sendo analisados neste trabalho os Cadernos de Jurisprudência nº 2 e 4, a partir da associação entre direitos humanos e mulheres e pessoas em situação de migração e refúgio. Pretende-se estudar as balizas interpretativas adotadas pelo sistema regional de proteção de direitos humanos em sua jurisprudência, bem como se estas diretrizes dialogam com a legislação e as políticas públicas brasileiras voltadas à inclusão social de mulheres migrantes.

Nesta perspectiva, a problemática suscitada é: em que medida há legislação ou políticas públicas para a proteção da mulher migrante no Brasil? Para responder a esta questão, o método de abordagem utilizado foi o método dedutivo, pois partiu-se de uma premissa geral de definição e contextualização das migrações de mulheres, em direção a premissas específicas, que seriam a existência ou não de legislação e de políticas públicas para mulheres migrantes na realidade brasileira.

Como métodos de procedimento, adotou-se a pesquisa bibliográfica como ferramenta para a inclusão do marco teórico sobre gênero e sobre a questão das migrações internacionais, à luz de autores e autoras que tratam sobre esta temática e; ainda, a pesquisa documental, com a análise de relatórios da ONU, dos Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável e os Cadernos de jurisprudência da Corte Interamericana, para alcançar os objetivos propostos e formular uma conclusão.

A título ilustrativo, o artigo se estruturará em três seções, excetuadas a introdução e as considerações finais. A primeira tratará da categorização da mulher migrante e de sua dupla vulnerabilização na gestão dos fluxos migratórios, pautando-se no aumento numérico das mulheres nos fluxos migratórios, bem como na sua invisibilização nos estudos sobre migração e nas políticas públicas.

Além disso, promover-se-á um diálogo entre esta categorização e os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável nº 5 e 10, buscando-se demonstrar o entendimento do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos sobre este assunto.

Na segunda seção, será analisada a proteção da mulher migrante no Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, a partir do estudo dos Cadernos de Jurisprudência nº 2 e 4 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, visando demonstrar que, ainda que a Corte não trate desta interseção de maneira direta, interpretativamente assegura a proteção das mulheres migrantes e de seus direitos nos locais de origem e de destino.

Em seguida, discute-se a realidade brasileira, no que diz respeito à (in) existência de legislação e de políticas públicas direcionadas a mulheres migrantes. Os objetos aclarados referem-se à Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) e à política do "Auxílio Emergencial" previsto em tempos de pandemia, e seus respectivos alcances, o que enseja a conclusão de que enquanto o Brasil não promover políticas públicas e legislações cuja finalidade seja a garantia de direitos às mulheres migrantes, o enfrentamento desta questão será incompleto e ineficaz.

2 A CARACTERIZAÇÃO DA MULHER MIGRANTE E SUA DUPLA VULNERABILIDADE À LUZ DOS OBJETIVOS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL Nº 5 E 10 DA AGENDA 2030 DAS NAÇÕES UNIDAS

"A migração em massa não é de forma alguma um fenômeno recente"[5]. Desde os primórdios das civilizações, a migração tem acompanhado a História humana, moldando-se e transformando-se até os dias atuais, notadamente marcados pelo avanço da globalização econômica, das desigualdades sociais e da necessidade de afirmação dos direitos humanos pelos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos.

Ocorre que, as situações de vulnerabilidade a que se sujeitam os migrantes do século XXI ensejam novos desafios no que diz respeito à garantia de sua dignidade e de seus direitos, tal qual Catherine Wenden explica ao tratar do fenômeno das "novas migrações", caracterizadas por uma nova configuração dos fluxos migratórios clássicos, do perfil dos indivíduos envolvidos neste processo, seus locais de origem e destino, ressaltando que não obstante estas modificações, os fatores para migração estão longe de desaparecer, haja vista que são estruturais[6].

Dentre estas causas, há, por exemplo, as defasagens nos índices de desenvolvimento humano, as crises políticas, a falta de esperança nos países pobres, o incentivo da mídia, as mudanças climáticas e ainda, a consciência de que é possível mudar o rumo da própria vida por meio das migrações internacionais.

5 BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta.* Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 58.

6 WENDEN, Catherine Withol de. As novas migrações. *Revista Internacional de Direitos Humanos.* Disponível em: http://sur.conectas.org/as-novas-migracoes/. Acesso em: 16 nov. 2020.

Ao mencionar a redistribuição das migrações no mundo, Wenden destaca que 51% dos migrantes internacionais são mulheres. Catarino e Morokvasic[7], por sua vez, já salientavam em 2005, que a representação feminina nas migrações já registrava 47% dos migrantes internacionais no ano 1960 e 49% em 2000.

De acordo com o documento *Global Migration Indicators* (2018), publicado pela Organização Internacional para as Migrações (OIM), em 2017, dos 258 milhões de migrantes internacionais, 124.8 milhões eram mulheres, representando 48.8% do total de migrantes internacionais, que deixaram seus países de origem de maneira voluntária ou forçada[8].

Além disso, o Relatório "Tendências Globais", elaborado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados e divulgado em junho de 2020, acena para números alarmantes: 52% dos deslocados internos e 51% dos apátridas, no ano de 2019, eram mulheres[9].

Não obstante todas estas informações, a participação feminina nos fluxos migratórios tem sido historicamente invisibilizada nos estudos sobre migração e, de maneira ainda mais prejudicial a estes sujeitos, na elaboração de políticas migratórias nos países que recebem estas mulheres, dada a precariedade do acolhimento a elas oferecido.

Como consequência, as razões e as características de mobilidade demarcada pelo gênero não são adequadamente enfocadas[10], à medida em que há uma universalização das vivências migratórias, por meio da utilização de termos neutros como "os migrantes", que supostamente abrangeriam a totalidade destes indivíduos, sem a realização de uma análise de gênero sobre o fenômeno, ainda que as mulheres sejam, há tempos, numericamente expressivas neste processo.

---

7 CATARINO, C; MOROKVASIK, M. Femmes, genre, migration et mobilités. Revue Européenne des Migrations Internationales. *Poitiers*, v. 21, p. 7-27, 2005.

8 OIM. Organização Internacional de Migração. *Global Migration Indicators 2018.* 2018. Disponível em: https://publications.iom.int/books/global-migration-indicators-2018#:~:text=Description%3A,we%20know%20about%20migration%20today.&text=The%20report%20aims%20to%20provide,in%20the%20Sustainable%20Development%20Goals. Acesso em: 8 dez. 2020.

9 ONU. Organização das Nações Unidas. *Global Trends. Forced displacement in 2019.* 2020. Disponível em: https://www.unhcr.org/5ee200e37/#_ga=2.35933922.358744472.1597937662-559421989.1571535074. Acesso em: 8 dez. 2020.

10 CHANT, S; RADCLIFFE, S. Migration and Development: the importance of gender. *In*: CHANT, S: *Gender and migration in developing countries.* London; New York, 1992.

Deve-se refletir, ainda, sobre como a inserção do marcador de gênero diferencia as trajetórias femininas das trajetórias masculinas, tendo em vista a somatória das violências que recaem sobre os corpos migrantes femininos, advindas tanto de sua classificação enquanto migrantes ou refugiadas, quanto da violência de gênero, que intensifica suas opressões.

Como violência de gênero, Lisboa oferece o seguinte conceito:

> [...] um padrão específico de violência que se amplia e reactualiza na proporção directa em que o poder masculino é ameaçado. Podendo revestir-se de diversas formas, tanto físicas, como psicológicas, económicas, sexuais ou de discriminação sociocultural, esta forma de violência é considerada, nacional e internacionalmente, como uma das mais graves violações do direito à vida, segurança, liberdade, dignidade e integridade física e mental daquelas que são as suas vítimas, e, por consequência, um entrave ao funcionamento de uma sociedade democrática, baseada no Estado de direito[11].

Como exemplos desta violência, tem-se desde a exposição destas mulheres à violência sexual, ao tráfico humano para exploração sexual, à imposição de casamentos arranjados de mulheres e meninas, ao trabalho escravo, à ausência de políticas públicas de moradia, emprego e saúde, destinadas especificamente às mulheres migrantes e a suas necessidades.

Além disso, em busca da construção de um conceito de violência de gênero na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos, à luz dos institutos da discriminação e da violência sexual contra mulheres, Sá Neto e Gurgel pontuam outra definição acerca da violência de gênero, a partir da análise dos principais instrumentos normativos internacionais de direitos humanos e sobre os direitos das mulheres.

Os autores concluem que a violência de gênero se pauta na afirmação da superioridade masculina e que dela decorrem cenários de invisibilização e subvaloração de homens e mulheres, sendo tal violência "construída a partir dos símbolos que representam o masculino e o feminino em um plano hierárquico e

11 LISBOA, Manoel (coord.). BARROSO, Zélia. PATRÍCIO, Joana. LEANDRO, Alexandra. *Violência e Género* – Inquérito Nacional sobre a Violência Exercida contra Mulheres e Homens. p. 32. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/56714/1/Viol_ncia_e_G_nero.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

que outorguem significantes superiores ao associado ao masculino"[12], em âmbito político, jurídico e social, tal qual se vê no contexto migratório.

Por esta razão, não se trata apenas de dar visibilidade às mulheres enquanto sujeitos de direitos, participantes do processo e protagonistas de suas histórias, afastando-as da qualidade de dependentes e meras acompanhantes, mas sim, sobre refletir a maneira pela qual os padrões migratórios são organizados e naturalizados e que constroem as relações afetivas, laborais, econômicas e políticas, daí a necessidade de se discutir acerca da dupla vulnerabilização das mulheres em situação de deslocamento.

Nesta perspectiva, Rosa:

> Se o Estado de origem se torna hostil à sobrevivência de mulheres fazendo com que partam, os locais de trânsito e destino nem sempre oferecem melhores condições. A sobreposição das categorias "mulher" e "migrante" produz uma dupla exclusão que acaba condicionando sua vivência em um cenário de vulnerabilidade, pois são vítimas das mesmas desigualdades e discriminações que incidem sobre as mulheres locais, somadas às opressões por ocupar a condição de sujeito migrante. Embora fuja do escopo desse trabalho, não podemos deixar de mencionar que parte dessas mulheres estão incluídas também em outros grupos identitários afetados por preconceito de classe, religioso, racial, identidade de gênero e/ou sexualidade. A violência contra as mulheres configura-se como uma das mais evidentes manifestações da desigualdade de gênero. De acordo com o estudo realizado pela ONU através da ACNUR, *Initial Assessment Report: Protection Risks for Women and Girls in the European Refugee and Migrant Crisis* (UNHCR, 2016), o risco de violência, extorsão, exploração, tráfico de seres humanos e órgãos, é constante para mulheres e homens. No entanto, são as mulheres as mais vulneráveis, sendo, com frequência, alvo de violência sexual impetrada pelos próprios atravessadores durante os percursos migratórios

12 SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de; GURGEL, Yara Maria Pereira. A construção do conceito de violência de gênero no direito internacional dos direitos humanos a partir dos institutos da discriminação e da violência sexual contra a mulher. *Derecho y Cambio Social*, Perú, v. 39, n. 12, p. 1-22, 01 jan. 2015. Trimestral. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5460650. Acesso em: 10 jul. 2021.

> ou no Estado de destino, em troca de alimento e abrigo. De acordo com o estudo, meninas e adolescentes também são alvo de violência sexual e tráfico de pessoas para trabalhos forçados, incluindo escravização sexual[13].

Desta forma, a dupla vulnerabilização originada pela sobreposição das violências de gênero e derivadas da própria condição de migrante ratificam a importância desta temática sob dois pontos de vista: primeiro, em relação aos estudos sobre migração, no sentido de realizar o recorte de gênero quando da análise de dados estatísticos e; segundo, no viés das políticas públicas para inclusão social de mulheres migrantes que, pautando-se nos dados sobre mulheres migrantes, sejam capazes de implementar medidas que considerem suas particularidades.

Ciente das inúmeras desigualdades existentes em contexto global, os Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) reuniram-se em 2015 para definição da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, que inclui a realização de 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS, e das 169 metas a eles referentes, com vistas à erradicação da pobreza e à promoção de uma vida digna a todos os indivíduos do planeta.

No que diz respeito à interseção entre gênero e migrações, os ODS nº 5 e 10 merecem atenção especial. Primeiramente, o ODS nº 5, atinente à igualdade de gênero, que possui como premissa geral alcançar a igualdade de gênero e empoderar mulheres e meninas.

Destaca-se que esta temática é transversal a todos os outros Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável, enquanto condição de possibilidade para o exercício de outros direitos, uma vez que a igualdade de gênero tem efeitos multiplicadores em outros aspectos da vida social.

Nesta linha:

> Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável visam intensificar estas realizações, não apenas nas áreas de saúde, educação e trabalho, mas especialmente no combate às discriminações e violências baseadas no gênero e na promoção do empode-

13 ROSA, Rita de Cassia Quadros da. HILLESHEIM, Betina. WEBER, Douglas Luís. HOLDERBAUN, Leticia Silva. Gênero, migração e vulnerabilidade: corpos de mulheres em deslocamento. p. 8. *Revista Eletrônica Científica da UERGS.* Disponível em**:** http://revista.uergs.edu.br/index.php/revuergs/article/view/1935. Acesso em: 20 nov. 2020.

> ramento de mulheres e meninas para que possam atuar enfaticamente na promoção do desenvolvimento sustentável, por meio da participação na política, na economia, e em diversas áreas de tomada de decisão[14].

Especificamente em relação ao debate avençado, as metas 5.1, 5.2 e 5.5 são extremamente relevantes, porquanto direcionam-se, respectivamente, a: acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda a parte; eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos; e garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública.

Por outro lado, o ODS nº 10, ao tratar da redução das desigualdades, visa reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles. Foca também no desafio contemporâneo das migrações e fluxos de pessoas deslocadas entre países e regiões devido a conflitos, eventos climáticos extremos ou perseguições.

Assim como o anterior, o ODS nº 10 e o alcance de suas metas são estruturantes para a realização dos demais objetivos. As metas ora sublinhadas referem-se a 10.7 e 10.c, que se preocupam em facilitar a migração e a mobilidade ordenada, segura, regular e responsável de pessoas, inclusive por meio da implementação de políticas de migração planejadas e bem geridas, bem como até 2030, reduzir para menos de 3% os custos de transação de remessas dos migrantes e eliminar "corredores de remessas" com custos superiores a 5%.

De modo transversal, o ODS nº 17 (parcerias e meios de implementação) também versa sobre a questão migratória, ao buscar a cooperação entre a comunidade internacional para efetivação dos 17 Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável. Por fim, a meta 17.18 salienta a pretensão de reforçar o apoio ao desenvolvimento de capacidades para os países em desenvolvimento, inclusive para os países de menor desenvolvimento relativo, até 2020, para aumentar significativamente a disponibilidade de dados de alta qualidade, atuais e confiáveis, que, entre outros fatores, analisem o gênero e o *status* migratório dos indivíduos, fato de extrema

14 ONU. Organização das Nações Unidas. *Plataforma Agenda 2030*: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável. 2015. Disponível em: http://www.agenda2030.org.br/ods/5/. Acesso em: 7 dez. 2020.

importância para os estudos sobre migração e para a implementação de políticas migratórias que considerem tais informações.

3 A PROTEÇÃO DA MULHER MIGRANTE A PARTIR DA ANÁLISE DOS CADERNOS DE JURISPRUDÊNCIA Nº 2 E 4 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Preliminarmente à análise dos cadernos de jurisprudência supracitados, faz-se necessária uma introdução à estrutura da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ela é uma das três cortes regionais de proteção dos direitos humanos, juntamente com a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Ademais, a Corte IDH integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cuja atribuição principal é a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, exercendo função contenciosa e consultiva.

No que diz respeito aos Cadernos de Jurisprudência nº 2 e 4, cumpre dizer que neste artigo, haverá uma inversão no estudo dos mesmos para fins didáticos e de construção do argumento, iniciando-se com o Caderno nº 4 (direitos humanos e mulheres) e após, o Caderno nº 2 (pessoas em situação de migração e refúgio).

O Caderno nº 4 foi atualizado em 2018 e busca publicizar as principais jurisprudências e os entendimentos da Corte IDH em relação às mulheres e seu tratamento no âmbito do sistema interamericano. Na primeira seção do documento, trata-se de aspectos gerais relacionados às mulheres, particularmente relacionados às funções e aos estereótipos que lhes são atribuídos, reforçando a situação de discriminação estrutural que vivenciam, bem como a violência de gênero, a violência sexual e o impacto peculiar sofrido por mulheres indígenas e deslocadas.

O conceito da categoria gênero enquanto condição social prevista no art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos e na Opinião Consultiva nº 24/17, bem como a proibição de discriminação em razão do gênero são claramente expressos no trecho:

> *En lo que respecta la expresión de género, este Tribunal ya ha señalado que es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corres-*

> *ponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima . La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría. Al igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. En consecuencia, de conformidad con lo anterior, se puede considerar que la prohibición de discriminar con base en la identidad de género, se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o auto-percibida, también se debe entender en relación a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no. En ese sentido, se debe entender que toda expresión de género constituye una categoría protegida por la Convención Americana en su artículo 1.1*[15][16].

Além disso, o documento cita diversas situações de discriminação pautadas nos estereótipos sobre gênero, que incluem discussões jurisprudenciais sobre casamentos arranjados, maternidade impositiva, aborto, esterilização compulsória e violências perpetradas contra defensoras dos direitos humanos.

15 Tradução livre: No que diz respeito à expressão de gênero, este Tribunal já indicou que é possível que uma pessoa seja discriminada pela percepção que os outros têm sobre sua relação com um grupo ou setor social, independentemente de isso corresponder à realidade ou com a autoidentificação da vítima. A discriminação por percepção tem por efeito ou finalidade impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais da pessoa que é objeto de tal discriminação, independentemente de essa pessoa se identificar ou não com uma determinada categoria. Como outras formas de discriminação, a pessoa é reduzida à única característica que lhe é imputada, independentemente de outras condições pessoais. Consequentemente, de acordo com o anterior, pode-se considerar que a proibição de discriminar com base na identidade de gênero é entendida não apenas no que diz respeito à identidade real ou autopercebida, mas deve ser entendida também em relação à identidade percebida externamente, independentemente de essa percepção corresponder à realidade ou não. Nesse sentido, deve-se entender que todas as expressões de gênero constituem uma categoria protegida pela Convenção Americana em seu artigo 1.1.

16 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 4*: Derechos Humanos Y Mujeres. 2018. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Desktop/Caderno%20sobre%20g%C3%AAnero.pdf. Acesso em: 7 dez. 2020.

Sobre a construção social de estereótipos e a maneira pela qual o estereótipo de gênero é imposto a mulheres e meninas, o posicionamento da Corte Interamericana considera que:

> *La Corte reitera que el estereotipo de género se refiere a una pre--concepción de atributos, conductas ocaracterísticas poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales*[17][18].

A ideia de que existem papéis de gênero, ou seja, atividades, competências e comportamentos que são especificamente direcionados a homens e mulheres em razão do gênero definem, entre outros fatores, as possibilidades e as dificuldades enfrentadas pelos indivíduos, transformando-se em trajetórias de vida que conferem destinos diferenciados a homens e mulheres, em todas as searas de suas vidas.

Como consequência disso, tem-se a perpetuação da lógica de dominação masculina e a hierarquia de gênero, que associa aos estereótipos lançados sobre as mulheres a condição de subordinação e inferioridade[19], fato vislumbrado inclusive nas migrações.

---

17 Tradução livre: No Tribunal reitera que o estereótipo de gênero se refere a uma pré-concepção de atributos, comportamentos ou características possuídas ou papéis que são ou deveriam ser desempenhados por homens e mulheres, respectivamente, e que é possível associar a subordinação das mulheres a práticas baseadas em estereótipos de gênero socialmente dominantes e socialmente persistentes. Nesse sentido, sua criação e utilização passa a ser uma das causas e consequências da violência de gênero contra a mulher, condições que se agravam quando se refletem, implícita ou explicitamente, nas políticas e práticas, em particular no raciocínio e a linguagem das autoridades estaduais.

18 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 4*: Derechos Humanos Y Mujeres. 2018. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Desktop/Caderno%20sobre%20g%C3%AAnero.pdf. Acesso em: 7 dez. 2020.

19 BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades:* os limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

Além disso, percebe-se que, a partir destes estereótipos reproduzidos socialmente, aliado às inúmeras formas de violência de gênero incidentes sobre mulheres e meninas, há a formação de um novo padrão migratório que se baseia em motivações diversas das masculinas (majoritariamente econômicas), permeado por violações das próprias subjetividades, causadas por violência sexual, tráfico humano para a exploração sexual, violência doméstica, experiências de abuso no seio familiar, entre outras violações, dificilmente associadas às migrações masculinas[20].

Embora no Caderno nº 4 não haja menção específica à categoria "mulher migrante", interpretativamente, é possível estabelecer uma correspondência entre a ideia de estereótipo e o contexto de políticas públicas para a inclusão social de mulheres migrantes. Isto porque, diante da ausência de políticas públicas específicas neste sentido e, considerando a noção de dupla vulnerabilização já citada, mulheres migrantes ficam à sua própria sorte, o que reflete diretamente no agravamento da violência de gênero refletida no raciocínio e na linguagem das autoridades estatais.

Um tópico do documento trata da situação de mulheres em situação de deslocamento por conflito armado, com particular afetação de mulheres. No julgamento do caso do Massacre de Mapiripán vs. Colômbia, em 2005, a Corte IDH reconheceu a vulnerabilidade acentuada de mulheres e crianças neste contexto:

> *Los motivos y las manifestaciones de la vulnerabilidad acentuada en los desplazados han sido caracterizadas desde diversas perspectivas. Dicha vulnerabilidad es reforzada por su proveniencia rural y se han determinado graves repercusiones psicológicas en las personas afectadas. Este problema afecta con especial fuerza a las mujeres, quienes principalmente son cabezas de hogar y representan más de la mitad de la población desplazada. En general, las mujeres, los niños y los jóvenes son los grupos más afectados por el desplazamiento. La crisis del desplazamiento interno provoca a su vez una crisis de seguridad, dado que los grupos de desplazados internos se convierten en un nuevo foco o recurso de reclutamiento para [los] propios grupos paramilitares, de narcotráfico y de la guerrilla. […] En el mismo sentido: Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de Septiembre de*

20 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DA MULHER, DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE (ASBRAD). Direitos Humanos e Gênero no cenário da migração e do tráfico internacional de pessoas. *Cadernos Pagu*, nº 31, jul./dez. 2008, p. 251-273.

> *2005, párr. 175; Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia 1 de julio de 200659, párr. 125.106, 212*[21].

Auxiliando nesta interpretação construtiva da categoria mulheres migrantes, o Caderno de Jurisprudência nº 2 foi atualizado em 2020 e tem por objetivo fornecer informações acerca do entendimento jurisprudencial da Corte IDH sobre pessoas em situação de refúgio e migração.

No primeiro ponto, o documento realiza uma breve conceituação dos institutos relacionados à migração, a partir da Opinião Consultiva nº 18/2003. Afirma-se, por exemplo, as distinções entre emigrar (deixar um Estado com o propósito de se deslocar a outro e nele se estabelecer) e imigrar (chegar a outro Estado com a intenção de nele residir), além de outras definições, comumente confundidas nos estudos sobre migração.

A Opinião Consultiva nº 18/2003 prevê que as políticas migratórias devem respeitar os direitos humanos universalmente reconhecidos aos migrantes, em particular mulheres e crian**ças,** tratando-os com humanidade e atentando-se às garantias legais, sendo objetivas, proporcionais e razoáveis, como instrumento de proteção das vulnerabilidades intrínsecas ao fluxo migratório, independentemente do *status* jurídico do indivíduo.

Ao mencionar a situação de vulnerabilidade e de violação de (muitos) direitos em que se encontram as pessoas migrantes e refugiadas, a Corte IDH ponderou que:

> *Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de*

21 Tradução livre: As razões e manifestações da elevada vulnerabilidade dos deslocados têm sido caracterizadas a partir de diferentes perspectivas. Esta vulnerabilidade é reforçada pela sua origem rural e foram constatadas graves repercussões psicológicas nas pessoas afetadas. Esse problema afeta principalmente as mulheres, que são principalmente chefes de família e representam mais da metade da população deslocada. Em geral, mulheres, crianças e jovens são os grupos mais afetados pelo deslocamento. A crise do deslocamento interno, por sua vez, provoca uma crise de segurança, à medida que os grupos deslocados internamente se tornam um novo foco de recrutamento ou recurso para os próprios grupos paramilitares, do narcotráfico e da guerrilha. […] No mesmo sentido: Caso do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia. Sentença de 15 de setembro de 2005, par. 175; Caso Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Sentença de 1º de julho de 200659, par. 125,106, 212.

> *vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado*[22][23].

A situação de vulnerabilidade a que se sujeitam os migrantes surge no momento em que decidem ou são obrigados a deixarem seus locais de origem, acompanhando-os durante sua trajetória, até os locais de destino, em que, lamentavelmente, persistem. A perda do lugar de origem e da identidade, os entraves na gestão do próprio percurso migratório, bem como "os esforços para solucionar as amarras e os labirintos das normas nacionais e internacionais" [24] que deveriam garantir sua proteção, configuram situações que conduzem os migrantes a violações de direitos humanos, quando inexistentes políticas públicas adequadas para o seu acolhimento.

Nesta perspectiva, é possível perceber que mesmo que os Cadernos de Jurisprudência nº 2 e 4 não mencionem, de maneira clara e direta, a interseção entre mulheres e migrações, há um diálogo entre ambos os documentos, os quais se coadunam no entendimento de que as mulheres necessitam de proteção específica quando em situação de migração e deslocamento, eis que experimentam este processo de forma diversa e mais suscetível a violências.

---

22 Tradução livre: Os migrantes geralmente estão em uma situação de vulnerabilidade, como sujeitos de direitos humanos, em condição individual de ausência ou diferença de poder no que diz respeito a não migrantes (nacionais ou residentes). Esta condição de vulnerabilidade tem uma dimensão ideológica e se apresenta em um contexto histórico diferente para cada Estado, e é mantida por situações de jure (desigualdades entre nacionais e estrangeiros nas leis) e de facto (desigualdades estruturais). Esta situação leva a estabelecimento de diferenças no acesso de um e de outro aos recursos públicos administrados pelo estado.

23 CORTE INTERAMERCANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 2*: Personas En Situación De Migración O Refugio. 2020. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Desktop/Caderno%20sobre%20ref%C3%BAgio%20e%20migra%C3%A7%C3%A3o%20.pdf. Acesso em: 7 dez. 2020.

24 LUSSI, Carmen. Vulnerabilidade. *In*: CAVALCANTI, Leonardo *et al*. *Dicionário Crítico de Migrações Internacionais*. Brasília: Universidade de Brasília, 2017. p. 726.

Portanto, busca-se salvaguardar os direitos humanos das mulheres em contexto de deslocamento, com vistas a protegê-las da violência de gênero e dos processos de vulnerabilização e marginalização social nos locais de destino.

4 A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA PROTEÇÃO DA MULHER MIGRANTE: LEGISLAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Em atenção à problemática proposta – em que medida há legislação ou políticas públicas para a proteção da mulher migrante no Brasil? –, passa-se à análise da realidade brasileira. Tal direcionamento é importante, à medida que, segundo dados da OIM[25], em 2017, os continentes mais procurados por mulheres para migrações foram a Europa, a Oceania e a América (continente em que se localiza o Estado Brasileiro).

Além disso, o fato de o país possuir um dos piores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) do mundo, segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano 2014[26], e ser um dos mais desiguais do planeta, marcado por disparidades sociais e pela pobreza extrema, são aspectos que contribuem para a rejeição e discriminação destinadas aos migrantes, haja vista que supostamente, ao conceder-lhes direitos e acesso a serviços básicos, o Estado estaria os retirando dos seus cidadãos, enquanto os estrangeiros estariam "roubando" direitos e acesso a serviços básicos dos nacionais.

Como consequência, há a desumanização dos migrantes e a naturalização da retirada dos seus direitos tanto pelos Estados quanto pelos indivíduos, sob as óticas pública e privada.

Sobre isto, Bauman:

> Acostumados a usar nossas características (verdadeiras ou supostas) como o parâmetro pelo qual se mede e avalia a humanidade de outras pessoas, nós – "os normais" –, "acreditamos

25 OIM. Organização Internacional de Migração. *Global Migration Indicators 2018*. 2018. Disponível em: https://publications.iom.int/books/global-migration-indicators-2018#:~:text=Description%3A,we%20know%20about%20migration%20today.&text=The%20report%20aims%20to%20provide,in%20the%20Sustainable%20Development%20Goals. Acesso em: 8 dez. 2020.

26 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Ranking IDH Global 2014*. 2015. Disponível em: https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html. Acesso em: 8 dez. 2020.

> que a pessoa com estigma não é exatamente humana. O resultado direto disso é uma recusa cega à aceitação social e a alienação de pessoas categorizadas como anômalas. As pessoas estigmatizadas são repelidas, expulsas, banidas do grupo a que poderiam aspirar – e ainda, abertamente ou no fundo de seu coração, aspiram –, mas do qual foram excluídas e ao qual foram impedidas de retornar – depois de serem, além disso, para piorar ainda mais as coisas, pressionadas a reconhecer e aceitar o veredito público de sua imperfeição e, portanto, inferioridade: seu fracasso autoimposto em atingir um padrão do qual se declara oficialmente depender o visto de entrada no grupo desejado[27].

A receptividade para mulheres migrantes ainda é mais hostil na realidade brasileira. Isto porque as mesmas não possuem acesso à saúde (já que muitas vezes indocumentadas e tementes de deportação), políticas de empregabilidade e creches ou escolas para seus filhos, sendo obrigadas a suportar um fardo demasiadamente pesado para sobrevivência.

Diante da ausência de políticas públicas, estas mulheres recorrem às redes migratórias informais, marcadas por vínculos de parentesco, amizade ou origem comum, articulando-se e agregando-se para que alcancem, conjuntamente, objetivos comuns inerentes à migração[28].

No âmbito legislativo, a Lei nº 13.445/2017 (Lei Brasileira de Migração) substituiu o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980) e, como diploma em vigor, visa tratar os migrantes sob o viés dos direitos humanos, em consonância com os Tratados e Convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, ao contrário do olhar securitário da legislação anterior.

Desta lei, muitas conquistas relevantes para os direitos dos migrantes devem ser exaltadas, a despeito da previsão de igualdade de tratamento e oportunidades aos migrantes e seus familiares, a proibição de criminalização das migrações e a garantia de acesso a serviços públicos de saúde, assistência e previdência social, na tentativa de promover medidas mais inclusivas que afastassem os estigmas de "problema" e de anormalidade das pessoas em deslocamento.

---

27 BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta.* Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 66.

28 SOARES, Weber. Rede migratória. *In*: CAVALCANTI, *et. al. Dicionário Crítico de Migrações Internacionais.* Brasília: Universidade de Brasília, 2017.

Ocorre que, a Nova Lei de Migração não trouxe aspectos relacionados ao gênero, mais uma vez pautando-se na crença de vivências universalizadas e comuns a "todos" os migrantes, fato que reforça o estereótipo do migrante masculino, jovem e por motivações econômicas como padrão. Em breve pesquisa em sítio eletrônico, em consulta à referida lei, verificou-se que não há qualquer menção aos termos "gênero", "mulher" ou "mulheres" em suas disposições, o que acena à invisibilização e ao silenciamento das mulheres migrantes na legislação nacional[29].

Em 2020, com o avanço da pandemia de COVID-19, no Brasil, o Governo Federal instituiu o programa do Auxílio Emergencial, com o objetivo de prestar ajuda financeira às pessoas em situação de vulnerabilidade social e econômica em decorrência da pandemia. Este auxílio consistiu no pagamento de R$ 600,00 (seiscentos reais), pagos a trabalhadores informais e pessoas desempregadas e, no pagamento em dobro (R$ 1.200,00) a mulheres que fossem mães e chefes de família.

Além disso, este benefício foi aplicado também a migrantes residentes no país, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos de maneira geral. Às mulheres migrantes, há, inclusive, página na Internet criada pelo ACNUR com orientações para a solicitação do Auxílio Emergencial durante a pandemia[30].

Portanto, na perspectiva legislativa, é imperioso reconhecer que o Brasil falha em articular conjuntamente as categorias de gênero e de migrações, o que repercute na ausência de amparo legal para as pretensões e os direitos de mulheres migrantes, uma vez que a lógica adotada é universalizante, supostamente neutra e, portanto, excludente.

No que diz respeito às políticas públicas, embora não se vislumbre um direcionamento das mesmas às mulheres migrantes de forma específica – como seria se fosse garantido o direito à saúde com profissionais que falassem seus idiomas, programas como "Minha Casa, Minha Vida" com regras especiais para estas mulheres –, entende-se que o seu favorecimento por políticas públicas gerais já pode ser considerado um avanço, um pontapé inicial até que políticas particularmente destinadas a estas mulheres sejam elaboradas e implementadas.

---

29 BRASIL. Regulamento Institui a Lei de Migração**.** *Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017.* Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm. Acesso em: 8 dez. 2020.

30 ONU. Organização das Nações Unidas**.** *Informações para mulheres refugiadas ou migrantes*. Disponível em: https://help.unhcr.org/brazil/coronavirus-auxilio-financeiro-emergencial/informacoes-para-mulheres-refugiadas-ou-migrantes/. Acesso em: 7 dez. 2020.

Assim, enquanto as categorias de migração e gênero não forem analisadas de maneira conjunta, dada sua complexidade, tanto as legislações quanto as políticas públicas nacionais permanecerão equivocadas e incapazes de fornecerem respostas efetivas às demandas das mulheres migrantes, qualificadas enquanto sujeitos de direitos e não meras acompanhantes de fluxos masculinos de migração.

5 CONCLUSÃO

Em linhas conclusivas, o presente artigo buscou analisar em que medida o Estado brasileiro possui legislação ou políticas públicas para a proteção da mulher migrante, pautando sua argumentação em três pontos principais. O primeiro deles referiu-se à categorização da mulher migrante e à exposição da dupla vulnerabilização a que está sujeita nos locais de origem e destino, em que se compreendeu que "o gênero não é apenas uma variável a ser medida, mas um conjunto de relações sociais que organiza padrões migratórios"[31].

À luz do somatório de opressões originadas na interseção entre gênero e migrações, ocasionadas sobretudo pela violência de gênero imposta aos corpos de mulheres e meninas, exemplificadas pelo sofrimento de violência sexual e tráfico humano para exploração sexual, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e seus 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável, elaborados pelo Sistema Global de Proteção dos Direitos, estabeleceu metas que auxiliam na compreensão da temática e no enfrentamento da crise migratória, especialmente os ODS nº 5 e 10, no tocante à igualdade de gênero e à erradicação da discriminação.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme tratado na segunda seção, os Cadernos de Jurisprudência nº 2 e 4 versam sobre mulheres e pessoas em situação de migração, estabelecendo um diálogo que acena à necessidade de proteção dos Estados para mulheres em situação de migração e deslocamento, na tentativa de obstar processos de vulnerabilização e marginalização social baseadas na violência de gênero. Há, ainda, no que diz respeito às reparações e políticas públicas, a essencialidade de se pensar medidas com recorte de gênero, sob pena de ineficácia.

31 ASSIS, Gláucia de Oliveira. Mulheres migrantes no passado e no presente: gênero, redes sociais e migração internacional. *Revista Estudos Feministas*, [s.l.], v. 15, n. 3, p.745-772, dez. 2007. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/s0104-026x2007000300015. Acesso em: 8 dez. 2020.

Ademais, no que diz respeito à realidade brasileira, constatou-se que a inserção do Brasil enquanto país subdesenvolvido, com baixos marcadores de desenvolvimento humano e com pobreza e desigualdades extremas, asseveram a rejeição institucionalizada aos migrantes, em virtude da compreensão de que os mesmos irão "roubar" acessos e oportunidades dos nacionais, fato que em certa medida naturaliza a mitigação de direitos dos migrantes, tanto pelo Estado quanto pelos próprios indivíduos no âmbito das relações privadas.

Contudo, em resposta à problemática ventilada, depreendeu-se que, no âmbito legislativo, pela análise da Lei nº 13.445/2017, inexiste preocupação com a utilização de recortes de gênero, uma vez que o referido diploma se baseia em uma lógica universalizante das vivências migratórias, com a utilização do "neutro" masculino, considerado suficientemente legítimo para representar todos os migrantes[32], não obstante já se tenha demonstrado a qualificação das mulheres enquanto sujeitos autônomos neste processo, desvinculando-se da noção de que as mesmas são meras acompanhantes dos fluxos masculinos.

No âmbito das políticas públicas, o enfoque foi dado ao programa do "Auxílio Emergencial", instituído pelo Governo Federal em tempos de pandemia de COVID-19 no Brasil, cujo alcance foi estendido aos migrantes, de modo geral, e às mulheres migrantes de maneira específica, quando demonstrada sua vulnerabilidade social e econômica e, de maneira dobrada, caso fossem chefes de família.

Diante disto, entende-se que o favorecimento a este público ocorreu de maneira transversal, um mero pontapé inicial, o que não isenta o Poder Público de elaborar e implementar políticas específicas de inclusão de mulheres migrantes – a exemplo de benefícios para a aquisição de imóvel pelo programa "Minha Casa, Minha Vida" a mulheres migrantes ou profissionais bilíngues nos serviços de saúde, como já sugerido.

Portanto, conclui-se que a legislação e as políticas públicas brasileiras ainda caminham a passos lentos no que diz respeito à complexidade e à dinâmica que as novas migrações femininas impõem, precisando adequar-se aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável previstos na Agenda 2030 da ONU e às balizas interpretativas adotadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso

32 CATARINO, C; MOROKVASIK, M. Femmes, genre, migration et mobilités. Revue Européenne des Migrations Internationales. *Poitiers*, v. 21, p. 7-27, 2005.

queiram ser instrumentos eficazes à proteção dos direitos humanos de mulheres migrantes.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Gláucia de Oliveira. Mulheres migrantes no passado e no presente: gênero, redes sociais e migração internacional. *Revista Estudos Feministas,* [s.l.], v. 15, n. 3, p.745-772, dez. 2007. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/s0104-026x2007000300015. Acesso em: 8 dez. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DA MULHER, DA INFÂNCIA E DA
JUVENTUDE (ASBRAD). Direitos Humanos e Gênero no cenário da migração e do tráfico
internacional de pessoas. *Cadernos Pagu*, p. 251-273, nº 31, jul./dez. 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta.* Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades:* os limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. Regulamento Institui a Lei de Migração**.** *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.* Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm. Acesso em: 8 dez. 2020.

CATARINO, C; MOROKVASIK, M. *Femmes, genre, migration et mobilités. Revue Européenne des Migrations Internationales. Poitiers, v. 21, p. 7-27, 2005.*

CAVALCANTI, Leonardo et al. *Dicionário crítico de migrações internacionais.* Brasília: Universidade de Brasília, 2017.

CHANT, S; RADCLIFFE, S. Migration and Development: the importance of gender. *In*: CHANT, S. *Gender and migration in developing countries.* London; New York, 1992.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 4*: Derechos Humanos Y Mujeres. 2018. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Desktop/Caderno%20sobre%20g%C3%AAnero.pdf. Acesso em: 7 dez. 2020.

CORTE INTERAMERCANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 2*: Personas En Situación De Migración O Refugio. 2020. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Desktop/Caderno%20sobre%20ref%C3%BAgio%20e%20migra%C3%A7%C3%A3o%20.pdf. Acesso em: 7 dez. 2020.

LISBOA, Manoel (coord.). BARROSO, Zélia. PATRÍCIO, Joana. LEANDRO, Alexandra.
Violência e género – Inquérito Nacional sobre a Violência Exercida contra Mulheres e Homens. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/56714/1/Viol_ncia_e_G_nero.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

LUSSI, Carmen. Vulnerabilidade. *In*: CAVALCANTI, Leonardo *et al*. *Dicionário crítico de migrações internacionais.* Brasília: Universidade de Brasília, 2017.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Ranking IDH Global 2014*. 2015. Disponível em: https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html. Acesso em: 8 dez. 2020.

OIM. Organização Internacional de Migração. *Global Migration Indicators 2018.* 2018. Disponível em: https://publications.iom.int/books/global-migration-indicators-2018#:~:text=Description%3A,we%20know%20about%20migration%20today.&text=The%20report%20aims%20to%20provide,in%20the%20Sustainable%20Development%20Goals. Acesso em: 8 dez. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Global Trends.* Forced displacement in 2019. 2020. Disponível em: https://www.unhcr.org/5ee200e37/#_ga=2.35933922.358744472.1597937662-559421989.1571535074. Acesso em: 8 dez. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Informações para mulheres refugiadas ou migrantes*. Disponível em: https://help.unhcr.org/brazil/coronavirus-auxilio-financeiro-emergencial/informacoes-para-mulheres-refugiadas-ou-migrantes/. Acesso em: 7 dez. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Plataforma Agenda 2030*: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável. 2015. Disponível em: http://www.agenda2030.org.br/ods/5/. Acesso em: 7 dez. 2020.

ROSA, Rita de Cassia Quadros da. HILLESHEIM, Betina. WEBER, Douglas Luís. HOLDERBAUN, Leticia Silva. Gênero, migração e vulnerabilidade: corpos de mulheres em deslocamento. *Revista Eletrônica Científica da UERGS.* Disponível em: http://revista.uergs.edu.br/index.php/revuergs/article/view/1935. Acesso em: 20 nov. 2020.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de; GURGEL, Yara Maria Pereira. A construção do conceito de violência de gênero no direito internacional dos direitos humanos a partir dos institutos da discriminação e da violência sexual contra a mulher. *Derecho y Cambio Social*, Perú, v. 39, n. 12, p. 1-22, 01 jan. 2015. Trimestral. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5460650. Acesso em: 10 jul. 2021.

SOARES, Weber. Rede migratória. *In*: CAVALCANTI, *et. al*. *Dicionário crítico de migrações internacionais.* Brasília: Universidade de Brasília, 2017.

WENDEN, Catherine Withol de. As novas migrações. *Revista Internacional de Direitos Humanos.* Disponível em: http://sur.conectas.org/as-novas-migracoes/. Acesso em: 16 nov. 2020.

O preocupante julgado da Corte Internacional De Justiça do caso aplicação da Convenção Internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial e o possível enfraquecimento da proteção dos Direitos Humanos

Paulo Máximo de Castro Cabacinha

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por base analisar a decisão da Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso Aplicação da Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (CERD) (Qatar *vs.* Emirados Árabes), e suas possíveis consequências em relação à proteção dos direitos humanos.

Em um primeiro momento a demanda posta em julgamento será contextualizada, assim como a decisão da CIJ de não julgar o mérito do processo, diante de uma interpretação restritiva das normas da CERD, em especial diferenciando os termos de "origem nacional" e "nacionalidade" para afastar sua competência *ratione materiae*.

Posteriormente, analisar-se-á a decisão proferida em face de precedentes do próprio tribunal e à luz de julgados análogos, em especial o caso Diallo, quando a CIJ faz um diálogo com um comitê especializado para a interpretação e supervisão de um tratado de direitos humanos, bem como com tribunais internacionais dos sistemas regionais europeu e americano.

Destacar-se-á que a postura da CIJ, afastou-se no caso CERD, de decisões não apenas do comitê especializado para a sua supervisão, como também de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos, contribuindo para uma fragmentação da proteção internacional dos direitos humanos.

Por fim, serão feitas algumas considerações acerca da chamada interpretação evolutiva no contexto da interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos, à luz da natureza das obrigações inseridas nesses instrumentos internacionais.

Parte-se da hipótese que a decisão da CIJ de não julgar o mérito não apenas enfraqueceu a proteção dos direitos humanos no caso concreto, como também em uma visão sistêmica, pois deixou de contribuir para a formação de *standards* fortes de proteção dos direitos humanos, como também possibilitou uma fragmentação na interpretação de um tratado universal de proteção desses direitos.

A metodologia será estritamente a de revisão documental e jurisprudencial, tendo por base a decisão em comento, julgados análogos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO QATAR *VS.* EMIRADOS ÁRABES

Em 5 de junho de 2017 os Emirados Árabes Unidos, sob a premissa de que o Qatar estaria insistentemente atentado contra a segurança e a estabilidade da região, bem como descumprindo com seus compromissos internacionais, proibiu a entrada em suas fronteiras de cidadãos catarenses; determinou a saída de todos os nacionais do Qatar, em 14 dias, dos Emirados Árabes por precauções de segurança nacional; baniu os cidadãos emiradenses de viajarem ou permanecerem no Qatar, ou de transitar entre os territórios. No mesmo dia os Emirados Árabes determinaram a saída dos diplomatas catarenses do país no prazo de 48 horas, bem como o fechamento do espaço aéreo e marítimo para todos catarenses, no prazo de 24 horas, e o banimento de qualquer meio de transporte indo ou vindo do Qatar para os Emirados Árabes.

No dia seguinte, 6 de junho de 2017, o governo dos Emirados Árabes determinou restrições às empresas de mídia do Qatar, em que qualquer tipo de expressão de simpatia ao Qatar ou objeção às medidas impostas seriam consideradas crimes puníveis com prisão. Ademais, determinou o bloqueio de diversos sites de empresas catarenses, como a Al Jazeera Media Network.

A justificativa do governo emiradense foi a de que as autoridades catarenses falharam em cumprir o Acordo de Riyadh e seu acordo complementar, de 2014, ao continuar financiar grupos terroristas, em especial a Irmandade Islâmica, bem como manter apoio a ideologias do Daesh e da Al Qaeda de forma

direta e indireta em seus meios de comunicação, em violação à declaração assinada na Cúpula Estados Unidos-Islã, em Riyadh, em 21 de maio de 2017, para conter o terrorismo na região e considerando o Irã um Estado apoiador ao terrorismo.

Em março de 2018 o Qatar enviou comunicação ao Comitê de Eliminação de Discriminação Racial (Comitê CERD), com base no artigo 11 do tratado internacional, requerendo que sejam tomadas medidas para que os Emirados Árabes acabem com as medidas de 5 de junho de 2017. Em resposta o Qatar requereu o arquivamento da reclamação, por falta de competência do Comitê.

Em junho de 2018 o Estado do Qatar apresentou perante a Corte Internacional de Justiça uma ação contra os Emirados Árabes Unidos, alegando a violação da Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 1965 (CERD).

Em agosto de 2019 (após a apresentação do caso à CIJ) o Comitê CERD publicou decisão acerca da admissibilidade da comunicação catarense, requisitando a formação de Comissão de Conciliação, que faria os bons ofícios entre os estados, em busca de uma solução amigável entre as partes, com base na CERD.

Sobre a jurisdição da CIJ, o Qatar argumentou a existência de uma disputa sobre a interpretação e aplicação da CERD, e que as partes não foram capazes de chegar a um consenso, não obstante as tentativas de negociação do Qatar.

A base da ação foi a alegação de que os atos práticos pelo governo emiradense violaram os artigos 2, 4, 5 6 e 7 da CERD por serem medias discriminatória aos catarenses baseadas em sua origem nacional. Para o governo do Qatar, a definição e discriminação racial, está contida no parágrafo primeiro do artigo 1 da CERD que inclui a discriminação com base em origem nacional. Portanto, o Qatar sustenta que "nacionalidade" deve ser equiparada ao termo "origem nacional".

Ademais, o governo do Qatar alegou ainda que o bloqueio de suas empresas de mídia é fundado em bases discriminatórias, e que a CERD se estenderia à discriminação racial sobre instituições, o que incluiria corporações.

O Qatar alegou também que a CERD não se aplica apenas às distinções por ela protegidas, mas a fatos, propósitos ou efeitos de discriminação racial. Assim sendo, as medidas impostas pelos Emirados Árabes, por serem explicitamente baseadas na nacionalidade catarense, tem o propósito ou efeito de nulificar ou enfraquecer direitos e liberdades dos cidadãos do Qatar em razão de sua origem nacional, em razão de sua herança e cultura. Isso faz com que de tais medidas surjam "discriminações indiretas".

Ainda sob a noção de "discriminação indireta" o governo do Qatar alegou que as medidas do governo emiradense violaram a CERD porque, de forma injustificada, trouxeram impactos desiguais aos indivíduos de origem catarense em razão de sua herança e cultura.

O Qatar sustentou também que as medidas discriminatórias dos Emirados Árabes incluiriam a imposição de penas a pessoas que compartilhem das tradições e culturas caterenses ou suas roupas. Nesse sentido discriminariam pessoas que mesmo não sendo cidadãos do Qatar, se identificam com a cultura do país.

Os Emirados Árabes, por sua vez, apresentaram duas preliminares de incompetência do tribunal. A primeira em razão da jurisdição *ratione materiae* da disputa entre os Estados, sob o fundamento de que os atos objeto da disputa não estão abarcados pela CERD. A segunda porque o Qatar não teria satisfeito os requisitos formais dispostos no artigo 22 da CERD.

Para os Emirados Árabes há uma distinção entre os termos nacionalidade e origem nacional e que as medidas de expulsão e de proibição e viagem foram fundadas na nacionalidade catarense. Afirmou que o Qatar buscou confundir os termos ao usá-los de forma indistinta em suas manifestações escritas e sustentação oral.

Alegou ainda que as restrições às empresas de mídia catarense não devem ser analisadas com base em alegações de supressão da liberdade de expressão, pois não seriam baseadas em discriminação racial, mas sim na convicção de que o Qatar apoia o terrorismo, o extremismo e a intervenção.

Por fim o governo dos Emirados Árabes sustenta que aceita a alegação de que discriminações disfarçadas a grupos protegidos vão de encontro com o objetivo da CERD, porém, não seria esse o caso. A lide em julgamento estaria limitada às discriminações diretas baseadas na nacionalidade, não se estendendo às discriminações indiretas. Para os emiradenses o Qatar apresentou alegações sobre discriminações indiretas porque sua alegação de discriminação direta com base em origem nacional não se sustentou.

Para a Corte, a apresentação do caso não se deu de forma clara pelo Qatar quando o Estado deixou de demonstrar expressamente como se deram as discriminações indiretas através das medidas de "proibição de viagem" e "expulsão". O tribunal entendeu que não há preclusão para o Qatar refinar os argumentos apresentados na ação (inicialmente em sede de memoriais à contestação) ou avançar em novos argumentos, em resposta àqueles feitos pelos Emirados Árabes.

Ao analisar a primeira objeção preliminar a CIJ entendeu que o termo "origem nacional", previsto no artigo 1º, parágrafo 1º da CERD, deve ser interpretado com base nos artigos 31 e 32 da Convenção sobre Direitos dos Tratados de Viena (CDTV). Assim sendo a Corte analisou primeiro o termo com base nas regras gerais de interpretação dos tratados, previstas no artigo 31 para se houver necessidade, em razão de ambiguidade, obscuridade ou resultado manifestamente absurdo, utilizar os meios subsidiários do artigo 32 da Convenção.

Para a Corte um tratado deve ser interpretado com base em seu texto. Na definição de discriminação racial prevista na convenção estão prescritos os termos origem étnica ou nacional. Tais termos referem-se à origem, denotando uma pessoa ligada a um grupo étnico ou nacional em seu nascimento. Já o termo nacionalidade diz respeito a um atributo jurídico inserido na discricionariedade do Estado e que pode mudar durante sua vida. Para o tribunal, os demais atributos previstos na definição de discriminação racial também são inerentes ao nascimento, como raça cor ou descendência (§ 81).

Ademais, para a Corte os parágrafos 2 e 3 da CERD deixam claro que a convenção exclui de seu objeto a diferenciação entre cidadãos e não-cidadãos, possibilitando aos Estados-parte adotarem medidas que restrinjam direitos de não-cidadãos de entrar no Estado ou lá residir, inclusive com base na nacionalidade.

Em relação ao propósito da convenção, o Tribunal, valendo-se do preâmbulo da convenção ressalta que o tratado foi redigido em um contexto de descolonização, buscando extirpar qualquer tipo de teoria que viesse a justificar uma discriminação racial estabelecendo hierarquia entre os grupos sociais com base em características reais ou advindas como sua origem, ou seja, nascimento.

Assim sendo a convenção buscou condenar qualquer tentativa de legitimação de discriminação racial por invocação de superioridade de um grupo social sobre o outro. Não teve, com isso, a intenção de abarcar qualquer diferenciação entre pessoas baseada em sua nacionalidade, mesmo porque a maioria dos países tem legislação nesse sentido (§ 87).

Para a Corte, mesmo que seja desnecessária a análise dos meios suplementares de interpretação, ao se analisar as tratativas preparatórias (*travaux préparatoires*) da Convenção é possível aferir que o objetivo do termo "origem nacional" não coincide com as ideias de nacionalidade ou cidadania. O tratado fora redigido em três estágios. No primeiro pela Subcomissão sobre a Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias, no segundo pela Comissão de

Direitos Humanos e no terceiro pelo Terceiro Comitê da ONU. Pelos escritos da Subcomissão, o tema foi discutido, para que o termo nacionalidade pudesse ser inserido no texto, mas não para eliminar todas as formas de distinções entre nacionais e estrangeiros. Porém, em razão do dissenso entre os membros, na primeira versão do rascunho o termo não foi inserido. Nos demais estágios verificou-se que o termo "origem nacional" tinha um sentido próprio claro, que exclui a nacionalidade de seu âmbito. Para a Corte, como as emendas dos Estados Unidos e da França não foram aprovadas, não é possível aceitar a alegação do Qatar de que o termo origem nacional abranja a nacionalidade. (§ 96).

A Corte destacou que não obstante levar em consideração a prática do Comitê CERD na interpretação do tratado, ela não está, no exercício de sua função judicial, vinculada à interpretação de outros órgãos que não a sua. Portanto, ainda que o Comitê tenha interpretação em sentido contrário, ao aplicar as normas costumeiras de interpretação dos tratados, mantém-se a conclusão de que os termos nacionalidade e origem nacional são distintos (§ 101).

Ademais a Corte apontou que em relação aos Tribunais Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, normalmente o termo origem nacional é interpretado com base no artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e não na CERD. Assim sendo, a jurisprudência desses tribunais, baseados em instrumentos jurídicos distintos, seriam de pouca ajuda para a intepretação do termo "origem nacional" previsto na CERD (§ 104).

Com esses argumentos a Corte Internacional de Justiça concluiu não ter competência para adentrar ao mérito do caso, pois as normas dos Emirados Árabes não são atinentes a origem nacional, mas sim à nacionalidade, que não integra o objetivo da CERD (§ 105).

Para a CIJ a CERD ao mencionar indivíduos ou grupos de indivíduos não está se referindo a corporações de mídia. O termo instituições refere-se ao coletivo de pessoas ou associações que representam indivíduos ou grupo de indivíduos. Logo, as medidas de bloqueio dos Emirados Árabes não violaram a CERD (§ 108).

Por fim, para a Corte, as medidas adotadas pelos Emirados Árabes podem causar efeitos secundários às pessoas nascidas no Qatar ou aos parentes catarenses, ou membros de cidadãos catarenses residindo nos Emirados Árabes, mas isso não configura discriminação racial no sentido da CERD. E mesmo que tais medidas pudessem configurar discriminações indiretas, elas deveriam ser provadas por fatos que o Qatar não foi capaz de fazer.

Portanto, a Corte por onze votos favoráveis a seis contra, concluiu que não tem competência ratione materiae para julgar a demanda, com base no artigo 22 da CERD, restando prejudicada a análise das demais objeções preliminares.

3 AS CONTRADIÇÕES DO JULGADO EM RELAÇÃO AO *CASO DIALLO*

O uso da CIJ de seus próprios julgados na visão clássica de Hersch Lauterpacht[1] se dá não em razão do uso de uma doutrina de precedentes vinculantes, mas pelo fato de que o tribunal considera suas decisões pretéritas um *bom direito*. A utilização de seus precedentes gera certeza e estabilidade que são a essência da administração da justiça.

Na prática, a CIJ é recorrente na utilização de seus próprios julgados para confirmar posições jurídicas, levando Gabrielle Kaufmann-Kohler[2] a cunhar o termo da doutrina do *stares decisis de facto* (*de facto stare decisis doctrine*).

A Corte Internacional de Justiça, no julgamento do *caso Diallo* (República da Guiné *vs.* República Democrática do Congo, julgado em 30 de novembro de 2010), fundamentou que a interpretação feita pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU ao artigo 13 do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966, apesar de não vincular formalmente o tribunal, *tem um grande peso interpretativo*, pois esse órgão internacional foi criado para supervisionar a aplicação do tratado. Ademais, para o tribunal, a interpretação do Comitê é importante para que os Estados alcançarem a maior clareza e a coerência essencial na aplicação do direito internacional, bem como para fins de segurança jurídica, seja aos indivíduos em relação aos direitos garantidos, seja aos Estados em suas obrigações internacionais (§ 66).

Não foi a primeira vez em que o tribunal se vale de uma interpretação de um órgão não-judicial em uma tomada de decisão. Na Opinião Consultiva sobre as consequências jurídicas da edificação de um muro no território ocupado da Palestina (caso do Muro), de 2004, a CIJ já havia, inclusive, se reportando ao próprio Comitê de Direitos Humanos da ONU, sobre a interpretação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (§ 109).

Tal posição, no entanto, não foi seguida no caso CERD. Afinal, o Comitê CERD editou a Resolução XXX, de 2005, que prevê expressamente que diferenças

1 LAUTERPACHT Hersch. *The Development of International Law by the International Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 14.

2 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? *In*: *Arbitration International*, v. 23, n. 3, 2007. p. 358.

de tratamento baseadas na nacionalidade ou imigração constituem discriminações contrárias aos objetivos e propósitos da Convenção[3].

A CIJ, afastando-se de suas decisões pretéritas, em momento algum expôs qualquer argumentação material plausível para se afastar da interpretação do Comitê criado para supervisionar a aplicação da CERD. Esse é, inclusive um argumento objeto do voto dissidente do juiz Bandhari.

Houve, como ressalta Álvaro Rueda Rodríguez-Vila[4], não apenas a desconsideração da interpretação do órgão com competência para uma interpretação razoável do tratado, como também o afastamento pela Corte de sua jurisprudência. Paolo Palchetti[5] destaca que até a opinião consultiva sobre o *caso do Muro*, a CIJ utilizava precedentes externos apenas de forma marginal e não em relação aos pontos centrais de suas decisões. Tanto na opinião consultiva, quanto no *caso Diallo*, o tribunal parecia ter mudado de postura em relação a outros órgãos internacionais, em razão da proliferação de órgãos julgadores no Direito Internacional.

A CIJ, se recusou ainda a fazer um chamado diálogo judicial com os tribunais internacionais dos sistemas de proteção regional dos direitos humanos, acerca da interpretação do termo "origem nacional". Enquanto no *caso Diallo* a CIJ reconhece expressamente a contribuição das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (§ 68) na interpretação de conceitos análogos em seus instrumentos próprios, movendo-se, segundo ensina Antônio Augusto Cançado Trindade[6], de uma posição inter-estatal para um plano intra-estatal, no caso CERD o tribunal afirmou que o diálogo não seria importante, exatamente por esses tribunais se basearem em seus instrumentos regionais.

---

3 Dispõe a Resolução XXX de 2005, do Comitê CERD: "4. Sob a Convenção, diferenças de tratamento baseadas na cidadania ou *status* imigratório constituirão discriminação se o critério de tal tratamento dessa diferenciação, julgado à luz dos objetivos e propósitos da Convenção, não para alcançar um objetivo legítimo ou não forem proporcionais no alcance desse objetivo. Diferenciações incluídas no âmbito do artigo 1º parágrafo 4, da Convenção, relacionadas a medidas especiais, não são consideradas discriminatórias". (tradução nossa).

4 RODRÍGUEZ-VILA, Álvaro Rueda. Nationality and National Origin under the CERD. *Opinio juris*, 26.03.2021. Disponível em: http://opiniojuris.org/2021/03/26/nationality-and-national-origin-under-the-cerd/. Acesso em: 12 ago. 2021.

5 PALCHETTI, Paolo. The Authority of the Decisions of International Judicial or Quasi-judicial Bodies in the Case Law of the International Court of Justice: Dialogue or Competition? *In*: *Gaetano Morelli Lectures Series*, v. 2. Roma, 2018. p. 107-121.

6 CANSADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os Tribunais Internacionais e a realização da justiça.* Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

Laurence Burgogue-Larsen[7] aponta a importância do diálogo judicial horizontal entre os tribunais internacionais para a formação de um *ius comune* real e efetivo em matéria de direitos humanos em uma escala universal. Afinal, como destaca Geir Ulfstein a discriminação racial não é apenas um debate legal, mas também algo de politicamente supersensível[8].

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva nº 24/17, manifestou-se expressamente sobre o artigo 1.1 da CERD[9]. O tribunal enfatizou que o objetivo central da CERD é evitar qualquer tipo de discriminação, independentemente de sua origem. Essa interpretação, trazida ao caso CERD, incluiria a nacionalidade como incluída na ideia de origem nacional, permitindo a análise do mérito pela CIJ.

A Terceira Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, deparou-se com situação análoga ao julgar o Caso Kurić e outros v. Eslovênia[10], em que pessoas provenientes de outros Estados da Ex-Iugoslávia, residentes na Eslovênia, foram impedidos de adquirirem a nacionalidade, bem como perderam seu *status* de residentes permanentes (como estrangeiros) no novo Estado. O tribunal não apenas utilizou a CERD em sua fundamentação no caso, como ainda se remeteu à decisão proferida pelo Comitê CERD que considerara a situação eslovena como uma forma de discriminação racial com base no critério de nacionalidade.

---

7 BURGOGUE-LARSEN, Laurence. *El Diálogo Judicial*: Máximo Desafío de los tiempos jurídicos modernos. Ciudad de México: Porruá, 2013. p. XXI.

8 ULFSTEIN, Geir. Who is the Final Interpreter in Human Rights: the ICJ v CERD? *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law,* 22.02.2021. Disponível em: https://www.ejiltalk.org/who-is-the-final-interpreter-in-human-rights-the-icj-v-cerd/. Acesso em: 12 ago. 2021.

9 *63. A este respeito, o Tribunal estabeleceu que o artigo 1.1 da Convenção é uma norma de caráter geral cujo conteúdo se estende a todas às disposições do tratado, e estabelece a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades nele reconhecidos sem qualquer discriminação. Ou seja, independentemente da origem ou da forma que assuma, qualquer tratamento que possa ser considerado discriminatório em relação ao exercício de qualquer um dos direitos garantidos na Convenção é, per se, incompatível com a mesma. A violação pelo Estado da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, por meio de qualquer tratamento diferente que possa resultar discriminatório, ou seja, que não persiga fins legítimos, seja desnecessário e/ou desproporcional, gera responsabilidade internacional. É por isso que existe uma ligação indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio da igualdade e da não discriminação*. (Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva nº 24/17. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Publicado em 24.11.2017).

10 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Kurić and others v. Slovenia.* j. 13/07/2010. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99915. Acesso em: 19 ago. 2021.

4 O RISCO DE FRAGMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL

Em famoso discurso proferido à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, o então presidente da CIJ Gilbert Guillaume demonstrou preocupação acerca da proliferação de novas cortes internacionais[11] e a possível fragmentação do Direito Internacional, cabendo aos juízes um constante diálogo judicial, para evitar a inconsistência entre as decisões.

Como explica Délber Lage[12], as discussões sobre a fragmentação do direito internacional se pautam em três pilares: a justaposição de jurisdições internacionais que contribui para a criação e consolidação de regimes autônomos (*self-contained regimes*); a especialização funcional desses órgãos; e a forte influência dos Estados em sua dinâmica de funcionamento, gerando *forum shoppings*.

Nas palavras de Pierre-Marie Dupuy[13], a unidade do Direito Internacional enquanto sistema depende da percepção dos juízes dos diversos órgãos decisivos (jurisdicionais ou não) de falar a língua comum do vocabulário do Direito Internacional, ainda que eles detenham competência especializada.

Ocorre que, enquanto os órgãos regionais e o próprio Comitê CERD, através de um diálogo recíproco tiveram a sensibilidade de chegarem a um resultado comum, em que identificaram que a nacionalidade pode ser considerada inserida como um critério de discriminação racial, a CIJ, fechada ao diálogo com os demais órgãos, foi o único tribunal que se afastou desse resultado.

Vê-se, portanto, que ao invés de contribuir para a formação de *standards* fortes na proteção dos direitos humanos, a CIJ acabou por fragmentar e, por isso, enfraquecer a proteção dos direitos humanos em matéria de discriminação racial.

---

11 GUILLAUME, Gilbert. *The proliferation of international judicial bodies*. 2000. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/press-releases/1/3001.pdf. Acesso em: 1 set. 2021.

12 LAGE, Délber Andrade. *A jurisdicionalização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 160.

13 DUPUY, Pierre-Marie. A Doctrinal Debate in the Globalization Era: On the Fragmentation of International Law. *European Journal of Legal Studies*, n. 1, v. 1. p. 28.

5 A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AFASTAMENTO DO TEXTUALISMO ESTRITO EM PROL DA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DO *EFFET UTILE*

A interpretação dos tratados gera grande debate na doutrina. Ian Brownlie é assertivo ao afirmar que *assim como na interpretação das leis, a escolha de uma regra, por exemplo o do efeito útil ou da interpretação restritiva, pode, num caso concreto, implicar uma escolha preliminar do significado em vez de um guia de interpretação*[14].

Malcolm N. Shaw[15] identifica pelo menos três abordagens de interpretação. A primeira, chamada de objetiva, busca a interpretação do tratado com base em seu texto estrito analisado apenas os termos utilizados. A segunda, de natureza subjetiva, visa a intenção das partes ao ratificarem o acordo. Já a terceira, de natureza teleológica, enfatiza o objeto e o propósito do tratado, em detrimento do significado estrito de seus termos. Antonio Remiro Brotóns[16] explica que enquanto em uma interpretação teleológica os termos do tratado deverão ser compreendidos com base nas circunstâncias do momento de sua aplicação, levando-se em consideração necessidade social, nas abordagens objetiva e subjetiva, que são as tradicionais, buscam interpretar o texto de acordo com a *verdadeira vontade das partes*.

Martti Koskenniemi[17] destaca que as duas primeiras abordagens têm natureza voluntarista enquanto a última teria uma natureza não-voluntarista. Porém, como bem ressalva o autor, a ideia de antagonismo entre essas abordagens acaba sendo uma falácia. Afinal, se o objetivo da interpretação é a busca da intenção das partes, ela (intensão) não poderia ser utilizada como meio para se alcançar o resultado. Por outro lado, a busca do objetivo do tratado é feita através de uma interpretação textual, gerando, pois, a necessidade de observação de uma abordagem objetiva. Por isso, é necessária uma fusão entre as abordagens para que o tratado mantenha sua legitimidade e, ao mesmo tempo, sua força vinculante.

---

14 BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 650.

15 SHAW, Malcom. N. *International Law*. 8. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 707.

16 BROTÓNS, Antonio Remiro. *Derecho Internacional*. Curso general. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 374.

17 KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia*. The Structure of International Legal Argument. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 334

Em relação aos tratados relacionados ao direito internacional dos direitos humanos, seu principal objetivo é a limitação da atuação do Estado e a defesa dos seres humanos. Antônio Augusto Cansado Trindade[18] ensina que os tratados dos direitos humanos diferem dos tratados clássicos, que estabelecem obrigações recíprocas entre as partes. Na dicção do autor, seu caráter distintivo refere-se à prescrição de obrigações de natureza objetiva a serem implementadas ou garantidas de forma coletiva, prevalecendo a importância do interesse geral aos eventuais interesses particulares de um Estado.

Se há alguma discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de há e quais normas proteção internacional dos direitos humanos integram o rol das chamadas normas de *jus cogens*[19], a própria Comissão de Direito Internacional, em seu rascunho sobre as normas peremptórias, inseriu no artigo 24 a vedação de discriminação racial como uma norma de *jus cogens*[20]. A norma, portanto, prevista em tratado multilateral, não representa uma nova forma de criação de obrigações bilaterais entre os Estados, obtendo um fundamento de natureza objetiva para seu cumprimento[21].

Exatamente em razão da natureza de suas obrigações que os tratados de direitos humanos necessitam ser interpretados de forma distinta dos tratados do Direito Internacional geral. Trata-se do que Flávia Piovesan[22] chama de uma virada

---

18 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 2, 1. ed. Porto Alegre: 1999.

19 Na doutrina Antonio Cassese (in: *Diritto Internazionale*, I. I Lineamenti, Milão: Il Munlino, 2003, p. 238) e Jorge Miranda, (Curso de Direito Internacional Público, 5. ed. rev. e atual. Parede: Principia, 2012 p. 123) têm um rol distinto de normas do DIDH que integrariam o *jus cogens*. Entre os tribunais internacionais, algumas normas acabam sendo consenso, como a vedação à tortura. A Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a primeira vez a vedação como norma de *jus cogens* em 1993 no *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. No mesmo sentido, em 1998, o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia, no Caso Furundžija. Já a Corte Europeia de Direitos Humanos se manifestou-se em 2001 no *Caso Al-Adsani vs. Reino Unido.* Por fim, a Corte Internacional de Justiça se manifestou em 2012 no *Caso Questões relativas à obrigação de processar ou extraditar (Bélgica v. Senegal)*.

20 Fourth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. Disponível em: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/024/33/PDF/N1902433.pdf?Open Element. Acesso em: 1 set. 2021.

21 CRAWFORD, James. *Chance, Order, Change:* The Course of International Law. General Course on Public International law. Haia: Brill-Nijhoff Publishers, 2014. p. 193.

22 PIOVESAN. Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 139.

hermenêutica de um *state approach* para uma abordagem centrada no ser humano (*human rights approach* ou *human centered approach*).

Mesmo autores como Antonio Remiro Brotóns, adeptos de uma visão tradicional na interpretação da maioria dos tratados, defendem uma interpretação evolutiva dos tratados de proteção dos direitos humanos, considerando seu objeto, uma evolução do contexto normativo e a prática dos Estados, inclusive em âmbito interno[23].

A noção de interpretação evolutiva dos tratados também não é estranha à Corte Internacional de Justiça. Como destaca Giorgio Gaja[24], ao julgar em 2009 o Caso Direitos de Liberdade de Navegação (Nicarágua v. Costa Rica) o tribunal ampliou a concepção do termo *para fins comerciais* não apenas o transporte de bens, como também o de pessoas, afirmando a evolução do conceito em prol da consecução da finalidade do acordo.

Ademais, como destaca Antônio Augusto Cançado Trindade, em tratados de proteção de direitos humanos o princípio do *effet utile*, no qual é necessário assegurar às disposições convencionais seus efeitos próprios ganha importância[25]. A própria CVDT em seu artigo 31.1, quando aponta que um termo deverá ser interpretado à luz do objetivo e finalidade do tratado.

A CERD tem como finalidade evitar que o Estado trate de forma discriminatória as pessoas. Se a prática de um Estado se altera com o tempo, imprimindo tratamento discriminatório a indivíduos com critérios não previstos no tratado, mas que alcança finalidade análoga à vedação do instrumento internacional, como no caso de origem nacional e nacionalidade, caberia ao tribunal acompanhar a evolução do conceito (origem nacional) para, pelo menos, firmar sua competência e, em um segundo momento, aferir se o critério da nacionalidade foi utilizado de maneira discriminatória.

Ressalte-se ainda que intepretação da CERD feita pela CIJ não apenas impediu que o tribunal adentrasse ao mérito do processo posto a julgamento, como

---

23 PIOVESAN. Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 380.

24 GAJA, Giorgio. The protection of general interests in the international community. General Course on Public International Law (2011). *In*: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004255579_01. Acesso em: 19 ago. 2021.

25 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 2, 1. ed. Porto Alegre: 1999, Sergio Antônio Fabris. p. 27.

também abriu a possibilidade de os demais Estados que tenham ratificado o tratado, não tenham um órgão jurisdicional para controlar suas ações, quando adotada a nacionalidade como critério discriminatório. Tal medida se torna ainda mais grave em casos como os litigantes, que não estão incluídos em nenhum sistema regional de proteção dos direitos humanos.

Importante destacar que ao se defender a interpretação evolutiva do termo "origem nacional" para se abarcar a nacionalidade no âmbito da CERD, o que se busca não é impossibilitar eventual tratamento distinto entre nacionais e estrangeiros, como ocorre na maioria dos Estados, mas sim impedir que um Estado escolha discriminar indivíduos de uma ou poucas nacionalidades. Afinal, uma coisa é reservar alguns cargos ou funções aos nacionais de um Estado, como faz a Constituição de 1988 em seu art. 12, § 3º, ou restringir o direito de sufrágio aos seus cidadãos (CF, art. 14, § 2º), outra é determinar o banimento de pessoas de uma determinada nacionalidade.

Portanto, se a CIJ tivesse adentrado ao mérito o tribunal poderia ter fixado parâmetros razoáveis de tratamento diferenciado entre nacionais e estrangeiros ou o conteúdo daquilo que pudesse ser considerado um tratamento discriminatório contrário aos objetivos da CERD.

6 CONCLUSÃO

A decisão da CIJ de não adentar ao mérito do caso CERD tem implicações internas e externas ao próprio caso (não julgado). Do ponto de vista interno o tribunal contradiz suas próprias decisões, em especial a do caso Diallo, ao desconsiderar a interpretação do Comitê CERD sobre o sentido do termo origem nacional. Do ponto de vista externo, retira a possibilidade de seu controle jurisdicional internacional da própria CERD quando não apenas o critério de nacionalidade for adotado para a discriminação racial, como também em situações em que novos critérios odiosos forem eventualmente criados pelos Estados, sem sua previsão expressa no tratado.

Ademais, a decisão acabou por fragmentar a proteção dos direitos humanos concerne à discriminação racial, porque o sentido até então unânime comungados pelo Comitê CERD, da pela Corte IDH e pela CEDH, foi refutado pelo único tribunal internacional geral, sem qualquer fundamento jurídico material, mas simplesmente por um critério formal e restritivo de interpretação.

Por fim, a decisão ainda se mostra ainda mais preocupante tendo em vista que os Estados litigantes não estão inseridos em nenhum sistema regional de proteção dos direitos humanos e que as normas discriminatórias têm o condão de atingir direitos individuais dos catarenses residentes nos Emirados Árabes.

REFERÊNCIAS

BROTÓNS, Antonio Remiro. *Derecho Internacional*. Curso general. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BURGOGUE-LARSEN, Laurence. *El Diálogo Judicial*: Máximo Desafío de los tiempos jurídicos modernos. Ciudad de México: Porruá, 2013.

CANSADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos.* 1. ed. Porto Alegre, 1999. v. 2.

CANSADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os Tribunais Internacionais e a realização da justiça.* Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CASSESE, Antonio. *Diritto Internazionale, I. I Lineamenti.* Milão: Il Munlino, 2003.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Kurić e outros vs. Slovenia*. Julgamento em 13/07/2010. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99915. Acesso em: 19 ago. 2021.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Al-Adsani vs. Reino Unido.* Julgamento em 21/11/2001. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-59885&filename=00 1-59885.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname.* Sentença de 10/09/1993. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/caso s/articulos/seriec_15_esp.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva nº 24/17*. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Publicada em 24/11/2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Opinião Consultiva sobre as consequências jurídicas da edificação de um muro no território ocupado da Palestina.* Publicada em 09/07/2004. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso Direitos de Liberdade de Navegação (Nicarágua v. Costa Rica).* Sentença de 13/06/2009. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/133/133-20090713-JUD-01-00-EN.pdf Acesso em: 19 ago. 2021.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso Ahmadou Sadio Diallo (Republica da Guinea v. República Democrática do Congo*). Sentença de 19/06/2012. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/103/103-20120619-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso Aplicação da Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (Qatar vs. Emirados Árabes).* Sentença de 04/02/2021. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/172/172-20210204-JUD-01-00-EN.pdf Acesso em: 19 ago. 2021.

CRAWFORD, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. General Course on Public International Law. Haia: Brill-Nijhoff Publishers, 2014.

DUPUY, Pierre-Marie. A Doctrinal Debate in the Globalization Era: On the Fragmentation of International Law. *European Journal of Legal Studies*, n. 1, v. 1.

GAJA, Giorgio. The protection of general interests in the international community. General Course on Public International Law (2011). *In*: Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004255579_01. Acesso em: 19 ago. 2021.

GUILLAUME, Gilbert. *The proliferation of international judicial bodies*. 2000. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/press-releases/1/3001.pdf. Acesso em: 1 set. 2021.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? *In*: *Arbitration International*, v. 23, n. 3, 2007.

KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia*. The Structure of International Legal Argument. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LAGE, Délber Andrade. *A jurisdicionalização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LAUTERPACHT Hersch. *The Development of International Law by the International Court.* Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. Parede: Principia, 2012.

PALCHETTI, Paolo. The Authority of the Decisions of International Judicial or Quasi-judicial Bodies in the Case Law of the International Court of Justice: Dialogue or Competition? *In*: *Gaetano Morelli Lectures Series*, v. 2. Roma, 2018.

PIOVESAN. Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRÍGUEZ-VILA, Álvaro Rueda. Nationality and National Origin under the CERD. *Opinio juris*, 26.03.2021. Disponível em: http://opiniojuris.org/2021/03/26/nationality-and-national-origin-under-the-cerd/. Acesso em: 12 ago. 2021.

SHAW, Malcom. N. *International Law.* 8. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Caso Furundžija.* Sentença de 21/07/2000. Disponível em: https://www.icty.org/x/cases/furundzija/acjug/en/fu r-aj000721e.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021.

ULFSTEIN, Geir. Who is the Final Interpreter in Human Rights: the ICJ v CERD? *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law,* 22.02.2021. Disponível em: https://www.ejiltalk.org/who-is-the-final-interpreter-in-human-rights-the-icj-v-cerd/. Acesso em: 12 ago. 2021.

Os principais aspectos da tutela dos Direitos Humanos dos trabalhadores marítimos diante dos casos de abandono de tripulações

Hermínia Boracini Bichinim Costa Silva[1]
Sergio Alexandre de Moraes Braga Junior[2]

1 INTRODUÇÃO

O transporte marítimo foi, ao longo dos séculos, a maneira mais eficiente de assegurar a relação entre vários continentes, restando inequívoca a importância econômica desta atividade. Com isso, os Estados perceberam a necessidade, ainda no século XIX, de regulamentar o exercício dessa atividade, o que ocorreu não só a nível governamental, mas também internacional, haja vista que a regulamentação interna não era suficiente para obstar conflitos de leis marítimas.

Diante dessa necessidade de uniformização das principais regras pelos Estados mercantilistas, foram criados organismos internacionais, que ficaram a cargo de criar convenções e outros instrumentos a serem adotados por seus Estados-membros. Todavia, apesar da forte preocupação com o aspecto econômico da atividade, os direitos dos trabalhadores marítimos, indispensáveis para o pleno

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e integrante do grupo de pesquisa "Constituição Federal Brasileira e sua Concretização pela Justiça Constitucional". Lattes: http://lattes.cnpq.br/4491259128663987. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5153-3489. E-mail: herminia_boracini@hotmail.com.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1998). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1995). Professor titular da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e Professor Associado II da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Lattes: http://lattes.cnpq.br/8429436981406857. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8716-7468. E-mail: s.alexandre.prof@gmail.com.

desenvolvimento dessa atividade, foram relegados ao segundo plano, ocorrendo, somente com a constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, o estabelecimento de normas protetivas, de caráter geral e específico, para essa categoria de trabalhadores.

Nesse contexto, a OIT objetiva, para além das condições de trabalho, melhorar a vida humana em sua totalidade, para tanto, parte da premissa de que melhorias naquelas condições repercutem em uma maior promoção ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Direito Internacional dos Direito Humanos (DIDH). Desse modo, a referida Organização encontra-se intimamente relacionada ao DIDH, ramo do Direito Internacional Público voltado à proteção de todos os indivíduos, independentemente de suas particularidades, como a nacionalidade.

Contudo, apesar da proteção conferida no âmbito internacional aos trabalhadores marítimos, estes ainda se encontram, frequentemente, submetidos a condições de trabalho desfavoráveis e de risco, especialmente casos de exploração e abusos, a exemplo do abandono da tripulação em portos estrangeiros.

Diante disso, o presente trabalho busca analisar a proteção internacional conferida aos trabalhadores marítimos diante dos casos de abandono de tripulações. Para tanto será necessário, de modo específico, tecer breves considerações em torno do Direito Internacional dos Direito Humanos, apresentar os principais aspectos da tutela dos direitos humanos dos trabalhadores marítimos, além de apresentar casos envolvendo o abandono de marítimos e suas repercussões jurídicas.

Destarte, o presente trabalho, de natureza descritiva, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, empregando como técnicas procedimentais a pesquisa bibliográfica e documental. Na primeira, utilizou-se de livros e publicações periódicas – tanto nacionais quanto internacionais – que versam sobre a temática explorada como fontes de pesquisa. Em relação à pesquisa documental, em segundo, observou-se, no âmbito supragovernamental, as convenções e recomendações firmadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho e, ainda, tantos outros documentos normativos que tratam especificamente acerca do abandono de marítimos.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional Público contemporâneo diz respeito ao conjunto de princípios e regras jurídicas, sejam costumeiras e convencionais, que disciplinam e regem a atuação e a conduta da sociedade internacional – constituída pelos Estados, organizações internacionais intergovernamentais e indivíduos –, objetivando "alcançar as metas comuns da humanidade e, em última análise, a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais"[3].

Ainda conforme Valério Mazzuoli, o Direito Internacional Público hodierno emerge de uma sucessão de tendências intituladas de evolutivas, as quais podem ser organizadas em oito diferentes momentos, quais sejam: universalização; a regionalização; a institucionalização; a funcionalização; a humanização; a objetivação; a codificação; e a jurisdicionalização[4].

Importa mencionar que o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) ocorre no quinto momento mencionado, da humanização, quando se criou um arcabouço normativo de caráter protetivo a fim de assegurar, no pós-Segunda Guerra, que as barbaridades cometidas naquele período não fossem repetidas. Nessa conjectura, Mazzuoli assevera que:

> [...] o Direito Internacional dos Direitos Humanos é o "direito do pós-guerra", nascido em decorrência dos horrores cometidos pelos nazistas durante o Holocausto (1939-1945) [...] Viram-se os Estados obrigados a construir toda uma normatividade internacional eficaz em que o respeito aos direitos humanos encontrasse efetiva proteção. O tema, então, tornou-se preocupação de interesse comum dos Estados, bem como um dos principais objetivos da sociedade internacional. Desde esse momento, então, é que o Direito Internacional dos Direitos Humanos inicia efetivamente o seu processo de solidificação[5].

3 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 76.

4 *Ibid.* p. 76.

5 *Ibid.* p. 1264.

Desse modo, percebe-se que os direitos dos indivíduos possuem, hodiernamente, uma dupla proteção, quais sejam: (i) proteção interna – relacionado ao Direito Constitucional e demais leis do ordenamento jurídico de determinado Estado; e (ii) proteção internacional – objeto do Direito Internacional Público. Sendo que, especificamente, nomeia-se a disciplina que regula a proteção internacional de direitos de Direito Internacional dos Direitos Humanos[6].

Assim, o DIDH – compreendido como o conjunto de direitos voltados à proteção de todos os indivíduos, independentemente de suas peculiaridades como nacionalidade, etnia, religião, dentre outros – assenta-se sobre uma dupla lógica: "a lógica da supremacia do indivíduo, como ideal do Direito Internacional e a lógica realista, da busca da convivência e cooperação pacífica entre os povos, capaz de ser encontrada através do diálogo na proteção de Direitos Humanos"[7].

Ademais, o DIDH tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, a qual diz respeito a um valor ético universal estabelecido como razão do Estado Democrático e Constitucional de Direito e que atua como alicerce dos Direitos Humanos. Por isso, segundo Thiago Oliveira Moreira, "cabe ao Direito Internacional dos Direitos Humanos resguardá-la de todas as violações possíveis, sejam elas praticadas, inclusive, pelo próprio Estado"[8].

Nesse contexto, destacam-se alguns instrumentos protetivos desses direitos como a Carta das Nações Unidas, de 1945, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), ambos de 1948, além de outros tantos documentos celebrados no âmbito internacional após este momento histórico. Além disso, Moreira menciona o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho como os precedentes históricos mais concretos do hodierno sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos que, nas palavras de Flávia Piovesan, é integrado por "tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência

6 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1264

7 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*. Natal: Edufrn, 2015. p. 54.

8 *Ibid*. p. 62.

ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos"[9][10].

Piovesan ainda pontua as quatro dimensões envolvidas por esse sistema, quais sejam: (i) a formalização de um consenso internacional sobre a necessidade de aderir parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos; (ii) a imposição de deveres jurídicos aos Estados, tendo em vista a relação dual entre direitos e deveres; (iii) a instituição de órgãos protetivos; e (iv) a composição de procedimentos de monitoramento direcionados à implementação dos direitos assegurados no âmbito internacional[11].

Além do referido sistema normativo global de proteção, existem os sistemas regionais, que atuam de maneira complementar com o primeiro e visam internacionalizar os direitos humanos no âmbito regional, como é o caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), Europeu (SEDH) e Africano (SADH).

Outrossim, é importante destacar a diferenciação existente entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, haja vista que aqueles dizem respeito a posições jurídicas essenciais reconhecidas e adotadas por um Estado, enquanto que estes compreendem situações jurídicas que, no âmbito supragovernamental, pretendem-se universais e comuns a todos os povos, independentemente de suas peculiaridades[12].

Destarte, feitos os devidos esclarecimentos acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos, será abordado no tópico a seguir os aspectos elementares referentes à proteção dos direitos humanos dos trabalhadores marítimos.

---

9 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*. Natal: Edufrn, 2015.

10 PIOVESAN, Flávia. *Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos*. p. 2. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_sip.pdf. Acesso: 15 out. 2021.

11 *Ibid*. p. 62.

12 CALIXTO, Filipa. *Os Direitos Humanos dos Marítimos*: o contributo da convenção do trabalho marítimo de 2006. 106 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31962/1/ulfd133560_tese.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

3 OS PRINCIPAIS ASPECTOS DA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES MARÍTIMOS

Com o crescimento do comércio internacional, a partir do século XIX, os Estados passaram a regular a atividade marítima, bem como as suas implicações sobre a economia. Nessa conjectura, a compreensão de que o navio em alto mar estaria em uma zona cinzenta e sem nenhuma regulação jurídica foi defasada, assim, passou-se a adotar a Teoria da Lei do Pavilhão, a qual apresentava uma resposta para o referido problema, isto é, que a bandeira hasteada em determinado navio, para além de uma declaração de lealdade e proteção, significava adotar a jurisdição daquele Estado representado[13].

Nesse período, também se percebeu que a mera regulamentação interna dos Estados não era suficiente para obstar conflitos de leis marítimas, fazendo-se imperiosa a uniformização das principais regras pelos Estados mercantilistas, culminando na criação de organismos internacionais, os quais desenvolvem, dentre outros, convenções internacionais adotadas pelos mais diversos países[14].

Dentre essas organizações é possível mencionar a Organização Marítima Internacional (OMI), organismo especializado na estrutura da ONU que objetiva elaborar normas para a segurança da navegação e comércio marítimo internacional; a Comissão das Nações Unidas para o direito do comércio internacional, cujo estabelecimento ocorreu em 1966 e visa a propiciar o comércio internacional mediante a compatibilização do direito comercial internacional; e o Comitê Marítimo Internacional (CMI), o qual foi fundado em 1897 e, portanto, trata-se da organização internacional mais antiga na seara do Direito Marítimo[15].

Nesse sentido, percebe-se que a regulamentação no âmbito do Direito Marítimo é bastante robusta no que tange aos aspectos comerciais, contudo, o mesmo não ocorre em relação aos direitos dos trabalhadores marítimos, imprescindíveis para o desenvolvimento dessas atividades, os quais, segundo Zanotelli e Moschen, estiveram, durante séculos, "fora do alcance de qualquer instrumento legal efetivo que garantisse e protegesse seus direitos como trabalhadores e seres humanos"[16].

---

13 ZANOTELLI, Ana Gabriela Camatta; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. A efetivação dos direitos dos trabalhadores marítimos no contexto dos navios de bandeira de conveniência. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Edição Comemorativa. p. 91-118, 2016.

14 VIANNA, Godofredo Mendes. *Direito Marítimo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

15 *Ibid*.

16 ZANOTELLI, Ana Gabriela Camatta; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. A efetivação dos di-

Sendo assim, como resultado dos avanços na salvaguarda desses trabalhadores, destaca-se a proteção fornecida no âmbito da Organização Internacional do Trabalho – criada pelo Tratado de Versalhes em 1919 – que, conforme Moreira trata-se do:

> [...] antecedente que mais contribuiu para a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos [...]. A outrora denominada *International Labour Office* foi criada após a 1ª Guerra Mundial com a finalidade de incentivar o respeito às condições de trabalho indispensáveis ao bem-estar dos trabalhadores. A OIT [...] parte da premissa de que as melhorias na qualidade de trabalho resultam numa maior promoção ao postulado da dignidade da pessoa humana. Desse modo, a OIT pretende não só melhorar as condições de trabalho, mas também a vida humana como um todo. Nesse sentido, a entidade visa tanto aprimorar as condições materiais de existência como também defender valores imateriais, como a liberdade sindical. Além disso, procura proteger não só os trabalhadores, mas todos os seres humanos em suas relações com o universo laboral[17].

Outrossim, a OIT baseia-se em alguns princípios fundamentais e objetivos redefinidos no âmbito da Declaração da Filadélfia de 1944, adotada durante a 26ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho. Assim, dentre os princípios, estabelecidos no incisos I do Anexo, é possível mencionar os seguintes: (i) o trabalho não é uma mercadoria; (ii) a liberdade de expressão e de associação é condição imprescindível para um progresso contínuo; (iii) a penúria consiste em um perigo para prosperidade comum; e (iv) a luta contra a carência deve ocorrer de forma incessante a partir de um esforço internacional ininterrupto e mediante discussões de cunho democrático.

Além disso, Pacetti e Caetano asseveram que a OIT se baseia nos princípios da universalidade e do tripartismo, sendo que o primeiro traduz a possibilidade de aplicação e validade, a nível mundial, de suas normas mesmos nos países com estruturas sociais diversas. Enquanto que o segundo princípio – característica que

---

reitos dos trabalhadores marítimos no contexto dos navios de bandeira de conveniência. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Edição Comemorativa. p. 95, 2016.

17 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*. Natal: Edufrn, 2015. p. 50-51.

distingue essa organização de outras instâncias internacionais e a tornou precursora nesse contexto – diz respeito ao fato de os representantes dos empregadores e dos trabalhadores poderem atuar, nos mesmo nível de igualdade e autonomia que os representantes dos governos, nas várias atividades e tomadas de decisões[18].

Em relação às vertentes essenciais de atuação da OIT, tem-se: (i) a criação de políticas e programas no âmbito internacional que focam na promoção dos Direitos Humanos, bem como na melhoria das condições de vida e trabalho e oportunidades empregatícias; (ii) a elaboração de normas internacionais do trabalho, a fim de orientar a aplicação dos princípios estabelecidos; (iii) a coordenação de um programa de cooperação técnica, a nível internacional, visando a colaborar com a aplicação das políticas pelos Estados Membros; e (iv) a realização de programas de apoio às outras formas de ação, marcadamente aqueles de formação, ensino, pesquisa e publicações[19].

Diante disso, Rúbia Zanotelli de Alvarenga assevera que, desde a sua instituição, a OIT tem atuado de forma relevante na internacionalização do Direito do Trabalho, especialmente possibilitando o alinhamento dos preceitos trabalhistas essenciais e a sua congruência com a ordem interna dos Estados-partes de seus Tratados e Convenções. Sendo que, no caso dos trabalhadores marítimos, tem-se uma atenção especial em relação ao trabalho marítimo, a qual pode ser visualizada na necessidade de realizar-se Conferências Internacionais voltadas especificamente para o trabalho marítimo. Isso ocorre não somente em razão das características do local de trabalho e de descanso dos trabalhadores marítimos, isto é, o navio, mas também por causa das condições diferenciadas em que o seu trabalho se desenvolve[20].

Com isso, no âmbito da OIT, encontram-se vigentes, recomendações – documento, de aspecto programático, expedido por ente internacional contendo disposições relevantes a serem adotados pelos Estados – e convenções – espécies de tratados com caráter obrigacional, normativo e programático, os quais são aderidos

18 PACETTI, Maria Teresa; CAETANO, Maria Liseta. *O Direito Marítimo da OIT e a sua Influência na Ordem Jurídica Portuguesa.* Lisboa: MTS.CICT, 1998.

19 ACETTI, Maria Teresa; CAETANO, Maria Liseta. *O Direito Marítimo da OIT e a sua Influência na Ordem Jurídica Portuguesa.* Lisboa: MTS.CICT, 1998.

20 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Proteção Internacional aos Direitos Humanos dos Trabalhadores: a declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1988. *Revista LTr*, São Paulo, v. 81, n. 7, jul. 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/3/2018_03_1359_1393.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

voluntariamente pelos membros de um entidade internacional responsável por sua aprovação – a respeito dessa categoria de trabalhadores[21].

Primeiro, importa destacar a Recomendação n.º 146, que foi aprovada em 1973 durante a 58ª reunião em Genebra pelo Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho e trata da elevação da idade mínima para admissão em empregos[22][23].

Em segundo lugar, é mister mencionar as convenções adotadas âmbito da OIT e que permanecem em vigor no Brasil, quais sejam: Convenção n.º 16, de 1921 – que versa sobre o exame médico de menores empregados a bordo de navios; Convenção n.º 22, de 1926 – sobre o contrato de engajamento de marinheiros; Convenção n.º 53, de 1939 – que trata do certificados de capacidade dos oficiais da marinha mercante; Convenção n.º 92, revista em 1949 – a qual trata sobre o alojamento de tripulação a bordo; Convenção n.º 125, de 1966 – que trata dos certificados de capacidade dos pescadores; Convenção n.º 126, de 1966 – sobre alojamento a bordo dos navios de pesca; Convenção n.º 133, de 1970 – concernente às disposições complementares relacionadas ao alojamento a bordo de navios; Convenção n.º 134, de 1970 – acerca da prevenção de acidentes do trabalho dos marítimos; Convenção n.º 138, de 1973 – sobre a idade mínima para admissão em emprego[24].

Outrossim, tem-se a Convenção n.º 145, 146 e 147, de 1976 – as quais tratam, respectivamente, sobre a continuidade no emprego do marítimo, férias anuais pagas dos marítimos e normas mínimas da marinha mercante; Convenção n.º 163 e 164, de 1987 – que versam sobre o bem-estar dos trabalhadores

---

21 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Proteção Internacional aos Direitos Humanos dos Trabalhadores: a declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1988. *Revista LTr*, São Paulo, v. 81, n. 7, jul. 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/3/2018_03_1359_1393.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

22 LEITE, Luiz Henrique Aguiar. *Trabalhador Marítimo*: definição e legislação aplicável. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/69026/trabalhador-maritimo-definicao-e-legislacao-aplicavel. Acesso em: 17 out. 2021.

23 RAMOS, Fernanda Martins; CABRAL, Maria Eliza Leal. A Proteção Internacional contra a Exploração do Trabalho Infantil a partir da Convenção nº 138 e da Recomendação nº 146 da Organização Internacional do Trabalho. *In*: *Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, 15, 2019, Santa Cruz do Sul.

24 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [ILO]. *Convenções ratificadas pelo Brasil*. 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

marítimos no mar e no porto; Convenção n.º 166, de 1987 – sobre a repatriação de trabalhadores marítimos; Convenção n.º 178, de 1996 – concernente à inspeção de condições de vida e trabalho dos trabalhadores marítimos; e Convenção n.º 185, revista em 2003 – acerca dos documentos de identidade da gente do mar[25].

Além desses documentos, é mister ressaltar a Convenção n.º 186 – intitulada Convenção do Trabalho Marítimo (CTM) – adotada em 2006 no âmbito da OIT, durante a 94ª Conferência Internacional do Trabalho. Tendo em vista a sua complexidade e especialidade, a CTM foi submetida a um grande procedimento de elaboração, assim como de negociação. Desse modo, ratificada somente em abril deste ano pelo Brasil, a Convenção do Trabalho Marítimo representa um marco na tutela dos direitos humanos dos marítimos e, conforme Filipa Calixto:

> [...] pretende um triplo objetivo: o estabelecimento de um conjunto sólido de princípios e direitos, dotar os Estados membros de uma considerável flexibilidade na forma de aplicar os princípios e direitos que prevê, e garantir que o cumprimento e a aplicação dos princípios e direitos são realizados de forma adequada[26].

Segundo o referido autor, no que diz respeito aos princípios orientadores das normas de repatriamento, a CTM não prevê a situação de abandono de marítimos em portos estrangeiros, em que pesem os esforços realizados no âmbito da Comissão Tripartida Especial, que tinha esse assunto dentro de suas discussões e, ainda, por ser esta uma temática que estava na origem das emendas de 2014 ao mencionado instrumento internacional.

Ademais, sobre esta temática, faz-se necessário apresentar a Resolução A.930(22), adotada em 2001 no âmbito da Organização Internacional Marítima (IMO) 2001 – oriunda do Grupo *Ad Hoc* Conjunto IMO/OIT acerca de responsabilidade e compensação por morte de marinheiros, lesões Corporais e

25 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [ILO]. *Convenções ratificadas pelo Brasil*. 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

26 CALIXTO, Filipa. *Os Direitos Humanos dos Marítimos*: o contributo da convenção do trabalho marítimo de 2006. 2016. 106 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. p. 95. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31962/1/ulfd133560_tese.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

reivindicações de abandono –, que apresenta orientações sobre a provisão de títulos financeiros em casos de abandono dos trabalhadores marítimos.[27]

A referida recomendação define, no item 3 do tópico 2.1, o fenômeno do abandono nos seguintes termos:

> O abandono é caracterizado pelo rompimento do vínculo entre o armador e o marítimo. O abandono ocorre quando o armador deixa de cumprir certas obrigações fundamentais para com o marítimo relacionadas com o repatriamento atempado e o pagamento das remunerações pendentes e com o fornecimento das necessidades básicas da vida, nomeadamente, alimentação adequada, alojamento e cuidados médicos. O abandono terá ocorrido quando o comandante do navio ficar sem meios financeiros para a operação do navio[28].

Além disso, Olga Barsuko pontua que o objetivo principal da mencionada resolução consiste no estabelecimento de um sistema de garantia financeira em caso de abandono de marítimos em portos estrangeiros, a fim de que os trabalhadores submetido a essa condição, possam receber os salários ganhos e não recebidos, assim como possam ser repatriados de maneira ágil[29].

Conforme o 5.1 da Resolução A.930(22), de 2001, o referido sistema deve providenciar:

> 5.1. O sistema de segurança financeira deve fornecer:
> 1 as despesas de repatriação do marítimo, que devem ser pagas sem custos para o marítimo;
> 2 a manutenção do marítimo desde o momento do abandono até o momento da chegada ao local de repatriação;
> 3 pagamento ao marítimo de todas as remunerações e direitos contratuais pendentes;

27 BASURKO, Olga Fotinopoulou. El Convenio refundido sobre trabajo marítimo y el abandono de marinos en puertos extranjeros. *Vlex*, v. 1, n. 82, 2009. Disponível em: https://vlex.es/vid/convenio-refundido-abandono-marinos-puertos-211452721#footnote_1. Acesso em: 17 out. 2021.

28 IMO. *Opus citatum*. p. 5, tradução nossa.

29 BASURKO, Olga Fotinopoulou. El Convenio refundido sobre trabajo marítimo y el abandono de marinos en puertos extranjeros. *Vlex*, v. 1, n. 82, 2009. Disponível em: https://vlex.es/vid/convenio-refundido-abandono-marinos-puertos-211452721#footnote_1. Acesso em: 17 out. 2021.

> 4 pagamento ao marítimo de outras despesas incorridas durante o período de abandono decorrentes do abandono[30].

Desse modo, no art. 5.2 da Resolução, estabelece-se que na hipótese do armador deixar de cumprir suas responsabilidades, o sistema da garantia financeira deve providenciar a repatriação dos marítimos por meios adequados e rápidos, assim como devem fornecer alimentação, acomodação e atender outras necessidades dos marítimos durante esse período. Trata-se, em verdade, de um sistema que pode assumir, conforme o art. 6.1, forma de, por exemplo, regimes de segurança social, seguro, um fundo nacional ou outras formas de garantia financeira.

4 OS CASOS DE ABANDONO DE TRIPULAÇÕES E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS

Como visto, a proteção internacional conferida aos trabalhadores marítimos diz respeito, essencialmente, às convenções e recomendações firmadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho e da Organização Internacional Marítima. Contudo, apesar dessa regulamentação, Filipa Calixto afirma que:

> [...] Em navios que arvoram bandeiras de países que não exercem efetivo controlo e jurisdição em relação a eles, tal como requer o Direito Internacional, os marítimos têm não raras vezes de trabalhar em condições inaceitáveis, que prejudicam não apenas a sua saúde e o seu bem-estar, mas também a segurança do próprio navio onde se encontram a trabalhar[31].

Ademais, Valter Zanin elenca algumas especificidades referentes às condições dos trabalhadores marítimos, quais sejam:

> Do ponto de vista operacional, o trabalho marítimo atua por ampla parte em águas internacionais e põe regularmente os trabalhadores em portos e países estrangeiros. Do ponto de vista da organização do trabalho, o trabalho marítimo aparece

30 IMO. *Opus citatum*. p. 6, tradução nossa.

31 CALIXTO, Filipa. *Os Direitos Humanos dos Marítimos*: o contributo da convenção do trabalho marítimo de 2006. 2016. 106 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. p. 11. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31962/1/ulfd133560_tese.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

> também altamente internacionalizado e multinacionalizado [...]. Além disso, o trabalho marítimo atua em grande parte em isolamento – isolamento que foi enormemente aumentando nos últimos trinta anos. Durante a navegação, o navio é o lugar onde os trabalhadores executam suas tarefas, mas também onde estão alojados, comem e gastam seu tempo livre – tanto que muitos especialistas do transporte marítimo, apesar de sujeitar o conceito a verificações e correções, discutiram e discutem o navio e o trabalho marítimo em termos de instituição total. Enquanto navegam, os marítimos estão confinados a bordo e normalmente não têm como se comunicar com a família ou com os amigos[32].

Tendo em vista essas especificidades apontadas, os trabalhadores marítimos, ainda hoje, encontram-se sujeitos, cotidianamente, a condições de trabalho desfavoráveis e de alto risco profissional, sendo mais vulneráveis a casos de exploração e abusos, os quais podem partir desde a transgressão dos contratos até o abandono da tripulação em portos estrangeiros[33].

Conforme o relatório de abril de 2021 da *Human Rights At Sea*, intitulado "Abandonment of Seafarers: background, legal status, remedies & practical advice", o abandono de tripulação pode abranger, dentre outros, a situação em que um navio não está sendo devidamente cuidado por seus proprietários – e, em certas hipóteses, encontra-se até abandonado – ou cenários em que os trabalhadores marítimos foram deixados em um porto estrangeiro.[34]

Nesse sentido, é possível mencionar o caso de Mohammed Aisha, marinheiro sirio que viveu quase quatro anos a bordo do cargueiro "MV Aman", preso no Egito. Em julho de 2017, o cargueiro em que estava foi retido no porto

---

32 ZANIN, Valter. Trabalho Forçado e Degradante no Setor da Marinha Mercante Internacional no Século XXI: atualizações e comparações com os trabalhos de terra. *Revista Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 1, n. 7. p. 263-285, jul./dez. 2020. p. 266. Disponível em: https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2103/1963. Acesso em: 18 out. 2021.

33 CALIXTO, Filipa. *Os Direitos Humanos dos Marítimos*: o contributo da convenção do trabalho marítimo de 2006. 2016. 106 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31962/1/ulfd133560_tese.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

34 HUMAN RIGHTS AT SEA [HRAS]. *Abandonment of Seafarers*: background, legal status, remedies & practical advice. 2021. Disponível em: https://www.humanrightsatsea.org/wp-content/uploads/2021/04/HRAS_Abandonment_of-Seafarers_REPORT_APRIL21_SP_LOCKED.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

egípcio de Adabiya – que se encontra dentro da jurisdição do Canal de Suez – em razão dos documentos de seu equipamento de segurança e certificados de classificação terem expirado. Diante disso, os operadores libaneses do "MV Aman" não pagaram pelo combustível, assim como os seus proprietários, do Bahrein, por estarem enfrentando uma crise financeira. Nesse contexto, Aisha foi declarado, por um tribunal local, o oficial chefe do cargueiro – guardião legal –, já que o capitão egípcio do navio encontrava-se em terra, e foi legalmente obrigado a continuar a bordo[35].

Aisha encontrava-se sozinho e sem qualquer remuneração e, para além de todo o abalo psicológico sofrido, durante esse período isolado, ele também recebeu a notícia de que a sua mãe havia falecido. Em que pese todos esses transtornos, Aisha somente foi liberado quase quatro anos depois, exatamente em 22 de abril de 2021, quando retornou ao seu país-natal, a Síria, e relatou que se "sentiu preso em uma situação que não era de sua responsabilidade, encurralado pela lei egípcia e ignorado pelos armadores"[36].

Essa situação vivida por Aisha não é um caso isolado, na realidade, conforme a Organização Internacional do Trabalho, existem mais 250 casos similares ativos, sendo que foram registrados 85 novos casos, o dobro em comparação com o ano de 2020[37].

Corroborando com essas informações, é possível mencionar outro caso recente, desta vez, envolvendo a tripulação do navio cargueiro "Ever Given" que ficou encalhado durante sete dias no Canal de Suez, também no Egito, ocasionando no bloqueio de uma das mais importantes rotas marítimas do comércio mundial. Segundo a Autoridade do Canal de Suez, o "Ever Given" permanecerá no Egito, assim como a sua tripulação ficará retida, até o pagamento da quantia de, aproximadamente, U$ 1 bilhão de dólares necessários para a devida compensação

35 ADAMS, Paul. Marinheiro em navio abandonado é autorizado a deixar embarcação após 4 anos. *BBC News Brasil*, 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56857782. Acesso em: 17 out. 2021.

36 *Ibid.*

37 Vide o site da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe de uma base de dados referente aos casos de abandono de marinheiros: https://www.ilo.org/dyn/seafarers/seafarersBrowse.list?p_lang=en.

dos danos provocados, pagamento da operação de salvamento e pela "perda de reputação"[38].

Os 25 membros da tripulação do "Ever Given" são, em verdade, "reféns temporários de um conflito multimilionário envolvendo um navio de bandeira panamenha, de propriedade de uma *holding* japonesa, operado por uma empresa alemã, com tripulação indiana"[39].

No Brasil, situação similar às mencionadas ocorreu em meados de julho de 2014, quando o navio Adamastos, de origem liberiana e carregado com 59 mil toneladas de soja, encalhou no porto do Rio Grande do Sul.[40] Nessa situação, a tripulação somente deixou o Brasil, em janeiro de 2015, sem receber os salários atrasados e após terem enfrentado racionamento de água, comida e combustível, encontrando-se, até então, em "condições precárias de saúde, higiene, alimentação e segurança"[41].

Frente aos casos mencionados, percebe-se que o sistema de garantia financeira em caso de abandono de marítimos em portos estrangeiros pode representar uma alternativa para evitar o agravamento da situação dessa classe de trabalhadores. Contudo, como bem pontua Olga Basurko, apesar do estabelecimento desse sistema ser uma realidade tanto na OIT quanto nos sistemas comunitários, ainda é preciso, especialmente no âmbito da OIT, que seja estabelecido um regulamento *ad hoc*, a fim de garantir uma maior segurança jurídica e evitar a propagação de variadas interpretações sobre esse instrumento. Sendo mister destacar que, quando devidamente implementado, o sistema possui um grande potencial positivo no que diz respeito a assegurar os direitos humanos dos trabalhadores marítimos nos casos de abandono em portos estrangeiros, o que pode evitar a repetição de situações

38 ORGAZ, Cristina. Canal de Suez: por que a tripulação do Ever Given ainda está presa na embarcação (e pode passar anos lá). *BBC News Mundo*, 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56891401. Acesso em: 17 out. 2021.

39 ORGAZ, Cristina. Canal de Suez: por que a tripulação do Ever Given ainda está presa na embarcação (e pode passar anos lá). *BBC News Mundo*, 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56891401. Acesso em: 17 out. 2021..

40 G1. Justiça libera saída de navio preso há oito meses no Porto de Rio Grande. *G1*, 2015. Disponível em: http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/04/justica-libera-saida-de-navio-preso-ha-oito-meses-no-porto-de-rio-grande.html. Acesso em: 17 out. 2021.

41 TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO [TRT4]. Matéria especial (WebTV): O caso do Navio Adamastos, em Rio Grande, que mobilizou Justiça do Trabalho, MPT e Ministério do Trabalho e Emprego. *TRT4*, 2016. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/99535. Acesso em: 17 out. 2021.

semelhantes às apresentadas e fornecer uma alternativa para os casos atualmente em aberto[42].

5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi realizar um estudo abrangente acerca da proteção internacional conferida aos trabalhadores marítimos no contexto do abandono das tripulações. Para tanto, a primeira etapa do presente estudo foi o de, sintaticamente, entender o sistema que compõe o Direito Internacional dos Direito Humanos, asseverando, para isso, sobre o conceito do Direito Internacional Público, a historicidade, os fundamentos e os instrumentos protetivos desses direitos.

Em seguida, a pesquisa foi direcionada no sentido de apresentar os principais aspectos da tutela dos direitos humanos dos trabalhadores marítimos, oportunidade em que se observou que a proteção conferida a essa classe trabalhadora advém, essencialmente, das convenções e recomendações adotadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho – em especial a Convenção do Trabalho Marítimo de 2006 – e, ainda, da Resolução A.930(22), de 2001, proveniente da Organização Internacional Marítima.

Na última parte do presente estudo, conceituou-se o fenômeno do abandono de marítimos, além de terem sido apresentados casos recentes e significativos envolvendo esse tipo de omissão para com os trabalhadores marítimos. Outrossim, é mister destacar as repercussões jurídicas desse fenômeno, atentando-se para o fato de que ainda devem ser adotadas medidas para sanar essa problemática – em especial, a regulamentação do sistema de garantia financeira em casos de abandono de marítimos no âmbito da OIT – que, atualmente, inclui-se dentre os vários riscos aos quais os trabalhadores marítimos encontram-se, frequentemente, submetidos, tendo em vista as peculiaridades de suas condições de trabalho.

42 BASURKO, Olga Fotinopoulou. El Convenio refundido sobre trabajo marítimo y el abandono de marinos en puertos extranjeros. *Vlex*, v. 1, n. 82, 2009. Disponível em: https://vlex.es/vid/convenio--refundido-abandono-marinos-puertos-211452721#footnote_1. Acesso em: 17 out. 2021.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Paul. Marinheiro em navio abandonado é autorizado a deixar embarcação após 4 anos. *BBC News Brasil*, 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56857782. Acesso em: 17 out. 2021.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *A Organização Internacional do Trabalho e a Proteção aos Direitos Humanos do Trabalhador*. 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/download/32062210/A_ORGANIZACAO_INTERNACIONAL_DO_TRABALHO_E_A_PROTECAO_AOS.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Proteção Internacional aos Direitos Humanos dos Trabalhadores: a declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1988. *Revista LTr*, São Paulo, v. 81, n. 7, jul. 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/3/2018_03_1359_1393.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

BASURKO, Olga Fotinopoulou. El Convenio refundido sobre trabajo marítimo y el abandono de marinos en puertos extranjeros. *Vlex*, v. 1, n. 82, 2009. Disponível em: https://vlex.es/vid/convenio-refundido-abandono-marinos-puertos-211452721#footnote_1. Acesso em: 17 out. 2021.

CALIXTO, Filipa. *Os Direitos Humanos dos Marítimos*: o contributo da convenção do trabalho marítimo de 2006. 2016. 106 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31962/1/ulfd133560_tese.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

G1. Justiça libera saída de navio preso há oito meses no Porto de Rio Grande. *G1*, 2015. Disponível em: http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/04/justica-libera-saida-de-navio-preso-ha-oito-meses-no-porto-de-rio-grande.html. Acesso em: 17 out. 2021.

HUMAN RIGHTS AT SEA [HRAS*]. Abandonment of Seafarers*: background, legal status, remedies & practical advice. 2021. Disponível em: https://www.humanrightsatsea.org/wp-content/uploads/2021/04/HRAS_Abandonment_of-Seafarers_REPORT_APRIL21_SP_LOCKED.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

LEITE, Luiz Henrique Aguiar. *Trabalhador Marítimo*: definição e legislação aplicável. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/69026/trabalhador-maritimo-definicao-e-legislacao-aplicavel. Acesso em: 17 out. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira.* Natal: Edufrn, 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [ILO]. *Convenções ratificadas pelo Brasil*. 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL MARÍTIMA [IMO]. *Guidelines on Provision of Financial Security in Case of Abandonment of Seafarers.* 2001. Disponível em: https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/AssemblyDocuments/A.930%2822%29.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.

PACETTI, Maria Teresa; CAETANO, Maria Liseta. *O Direito Marítimo da OIT e a sua Influência na Ordem Jurídica Portuguesa.* Lisboa: MTS.CICT, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_sip.pdf. Acesso: 15 out. 2021.

ORGAZ, Cristina. Canal de Suez: por que a tripulação do Ever Given ainda está presa na embarcação (e pode passar anos lá). *BBC News Mundo*, 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56891401. Acesso em: 17 out. 2021.

RAMOS, Fernanda Martins; CABRAL, Maria Eliza Leal. A Proteção Internacional contra a Exploração do Trabalho Infantil a partir da Convenção nº 138 e da Recomendação nº 146 da Organização Internacional do Trabalho. *In*: Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 15, 2019, Santa Cruz do Sul.

TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO [TRT4]. Matéria especial (WebTV): O caso do Navio Adamastos, em Rio Grande, que mobilizou Justiça do Trabalho, MPT e Ministério do Trabalho e Emprego. *TRT4*, 2016. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/99535. Acesso em: 17 out. 2021.

VIANNA, Godofredo Mendes. *Direito Marítimo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

ZANIN, Valter. Trabalho Forçado e Degradante no Setor da Marinha Mercante Internacional no Século XXI: atualizações e comparações com os trabalhos de terra. *Revista Faculdade de Direito da UFMG,* Belo Horizonte, v. 1, n. 7, p. 263-285, jul./dez. 2020. Disponível em: https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2103/1963. Acesso em: 18 out. 2021.

ZANOTELLI, Ana Gabriela Camatta; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. A efetivação dos direitos dos trabalhadores marítimos no contexto dos navios de bandeira de conveniência. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Edição Comemorativa, p. 91-118, 2016.

PARTE II

PROTEÇÃO REGIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A palavra, toque e gesto que não consigo partilhar… eis a minha condição. Algumas reflexões sobre as pessoas idosas, com um quadro severo de demências, à luz Da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do regime do maior acompanhado em Portugal

Anabela Paula Brízido[1]
Guilherme Brandão Gomes[2]

1 INTRODUÇÃO

Este artigo nasceu de uma reflexão sobre uma frase proferida por um magistrado judicial, numa diligência judicial, em que a primeira autora, em tempos, participou na qualidade de Advogada: "Doutora, infelizmente, a lei não tem coração".

Com clareza dizemos que, embora não nos mereçam qualquer reparo as palavras então referidas por serem, tecnicamente, ajustadas, elas deram azo a reflexão. Será que tem de ser mesmo assim?

Decerto que a Justiça não se quer emotiva, mas antes tranquila, serena e ponderada. Todavia, nela vimos o mote para nos questionar: Qual a sensibilidade jurídica para uma matéria, de natureza pessoal, tão delicada como a relacionada com Pessoas Idosas, em situação de dependência, resultantes de um quadro severo de demências? Será que o quadro legal regulatório e toda a rede de atores, tais como, cuidadores formais (entre outros, médicos, enfermeiros, auxiliares), informais (família, amigos, conhecidos) e aplicadores do Direito, por ele convocado, apresentam respostas às necessidades sentidas? Está devidamente interiorizado? Ou

1 Doutoranda em Direito da NOVA School of Law e Investigadora do CEDIS.

2 Doutorando em Direito da NOVA School of Law e Investigador do CEDIS.

será que, ainda, nos encontramos num limiar de primeira conscientização para o problema?

Será que a Pessoa Idosa, com dependência, ainda é tratada como se não tivesse querer, sem autonomia e totalmente alheada do processo de cuidados condignos a lhe serem prestados por um cuidador? A questão, como se compreende, é importante porque, afinal de contas, estes cuidados, prestados por terceiros, fazem parte integrante da vida quotidiana da Pessoa Idosa e implicam, o mais das vezes, um desnudar da sua essência, condição pessoal, e até patrimonial.

Como prestar, por isso, um cuidado condigno com tanta delicadeza, como os cuidados aqui visados? E, ainda, qual o papel despendido pelo Cuidador formal e informal? Aquele que faz o acompanhamento da pessoa?

É consabido as preocupações partilhadas trazerem, cientes naturalmente da seriedade do assunto, uma maior leveza e riqueza à reflexão. Neste contexto, a primeira autora decidiu, por isso, inquietar o segundo autor, que não ficou, como expectável, indiferente.

Muitas questões, a partir de então, se suscitaram resultantes, ainda, das diferentes valências de cada um deles. Numa salutar união de esforços, resolveram, por isso, olhar para o tratamento das Pessoas Idosas, com demência severa, à luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, ainda, do regime jurídico português do maior acompanhado para, assim, ver do respetivo tratamento no quadro legal regulatório e jurisprudencial despendido nos respetivos ordenamentos.

Neste contexto, decidiu-se dividir o artigo em três partes: a) uma primeira de enquadramento à *legis artis* nos cuidados; b) uma segunda dedicada à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; c) uma última dedicada ao regime jurídico português do maior acompanhado numa perspetiva substantiva e processual.

As conclusões seguem, a final, ficando, naturalmente, muito por dizer.

2 A PARTICULAR CONDIÇÃO DAS PESSOAS IDOSAS COM DEMÊNCIAS SEVERAS

É inegável: nunca vivemos tanto tempo e com qualidade de vida. Os avanços tidos, principalmente, na medicina, acompanhados, ainda, de uma melhoria nas condições de vida, permitiram-nos alcançar este grande feito.

Todavia, o envelhecimento populacional trouxe consigo um outro desafio, o das Pessoas Idosas em situação de dependência por não conseguirem, por si, realizar as tarefas diárias, carecendo, por isso, de apoio e/ou cuidados.

Não se fique, no entanto, com a ideia de que Pessoas Idosas e situações de dependência são uma e a mesma equação. Seria errado assentar o nosso raciocínio no binómio Pessoas Idosas/dependência, razão pela qual o refutamos.

Isto porque a dependência não olha, entre outros fatores, à idade, condições socioeconómicas, género, religião, raça, cultura. Todos nós, por sermos humanos, corremos o risco de ficarmos impossibilitados de, em maior ou menor medida, e por nós mesmos, realizar as nossas tarefas diárias, podendo carecer, por isso, de cuidados continuados condignos.

Dessa condição, do humano em nós e na relação com o próximo[3], nos dá a melhor nota a noção de dependência constante no artigo 3.º, alínea h), do Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho[4], em vigor no ordenamento jurídico português, e que tem como objeto a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (RNCCI)[5], cuja transcrição fazemos por ser um bom exemplo do referido:

> «Dependência» a situação em que se encontra a pessoa que, por falta ou perda de autonomia física, psíquica ou intelectual, resultante ou agravada por doença crónica, demência orgânica, sequelas pós-traumáticas, deficiência, doença severa e ou incurável em fase avançada, ausência ou escassez de apoio familiar ou de outra natureza, não consegue, por si só, realizar as atividades da vida diária.

No entanto, em que é que consiste um cuidado continuado condigno? Será suficiente pugnar apenas pela manutenção da atual condição de saúde da

3 Assente numa visão antropológica, Albert Jacquard defende que o Ser Humano comunga de certas características comuns e, por sua vez, a necessidade de esse mesmo Ser Humano estar na relação com o próximo, por ser esta última a garantir o seu crescimento e sobrevivência. JACQUARD, A. *L´Héritage de la liberté: de l´animalité à l´humanitude».* Paris: Seuil, 1986, 163-164 e 177-179.

4 Publicada no Diário da República n.º 109/2006, de 6 de junho, Série I-A de 2006.

5 A RNCCI é uma rede complexa por integrar várias entidades, públicas e privadas, com a principal missão de promover a autonomia da pessoa em situação de dependência, apostando, para esse efeito, na política dos três R: Reabilitação; Readaptação e Reinserção familiar e social da pessoa, com dependência, como se alcança pelo artigo 3.º, alínea a), daquele diploma.

pessoa? Não fomentar a sua autonomia? Reabilitação? Readaptação? Ressocialização familiar e social?

Imperativos de bom senso ditam uma resposta negativa às questões colocadas. Cuidados, completos e condignos, não podem, por isso, cingir-se àqueles cuidados de saúde (em geral) que, em primeira linha, visam manter o atual estado da pessoa.

Decerto que são importantes os cuidados com relação às atividades diárias principais e/ou instrumentais da pessoa, pugnando-se, naturalmente, pela manutenção da sua condição de saúde, se uma melhoria não for possível.

No entanto, importa ir além deste quadro, concedendo-lhe, ainda, cuidados a longo prazo, ou seja, um *Long Term Care,* tendencialmente permanente e com uma abordagem holística. A dimensão do apoio social[6], familiar e a própria humanização, na prestação dos cuidados, pela promoção da autonomia da pessoa são, assim, elementos imprescindíveis nesta equação.

Humanização será, por isso, e para este efeito, entendida como a prestação do cuidado necessário à pessoa, respeitando, no entanto, a sua unicidade e complexidade[7], atendendo, ainda, ao seu contexto social, económico, cultural e familiar e apostando, complementarmente, no desenvolvimento das suas potencialidades pela promoção da sua autonomia[8].

---

6 Como explica a autora, é de uso designar-se o apoio às atividades diárias por *activities of daily living* – ADL e que abrangem as tarefas mais elementares como, por exemplo, o comer e a higienização pessoal. No referente às atividades instrumentais diárias, são designadas por *instrumental activities of daily living* – IADL nela se incluindo, entre outras, a preparação de refeições, limpeza da casa e roupa, compras, deslocações pessoais. Devido à dimensão holística nos cuidados, a RNCCI foi criada, nos termos do artigo 1.º do citado diploma, sob a égide dos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Solidariedade Social. CABRAL, N. D. C. Cuidados continuados: A necessidade de uma abordagem integrada nas áreas da saúde e da segurança social. *In*: CABRAL, N. D. C.;AMADOR, O. M.*, et al* (coord.). *A reforma do sector da saúde*: Uma realidade eminente? Coimbra: Almedina, 2010, 290-291.

7 Veja-se a este respeito a teoria da complexidade do autor, em que o todo se encontra na parte e, por sua vez, essa mesma parte integra, também, o todo. Os cuidados personalizados devem atender a esta complexidade do Ser Humano. MORIN, E. *Introduction à la pensée complexe*. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

8 Estamos cientes da dificuldade inerente à definição de humanização e alertamos que a notada não esgota esta matéria. Neste sentido, acrescentamos algumas referências bibliográficas: NUNES, R.; BRANDÃO, C. Nota Introdutória, humanização da saúde. *In*: NUNES, R. e BRANDÃO, C. (coord.). *Humanização da saúde, Coletânea bioética hoje – XIII.* Coimbra: Coimbra, 2007. p. 11-14; OSSWALD, W. Humanização, ética, solidariedade. *Revista Portuguesa de Bioética : Cadernos de Bioética*, n. 29, 2002, 15-29; TEIXEIRA, M. M. Humanização. *Revista Portuguesa de Bioética: Cadernos*

Posta esta nota prévia, é, no entanto, inegável, à luz dos dados estatísticos, concluir que o envelhecimento populacional, principalmente nas idades mais avançadas, traz consigo doenças geradoras de dependência e nas quais se destacam os diferentes quadros de demências.

No entanto, e mais uma vez, referimos que, também, neste particular, as demências não são uma condição exclusiva das Pessoas Idosas. Consequentemente, e à luz do referido anteriormente, refutamos, ainda, o binómio Pessoas Idosas/demências[9].

2.1 A QUESTÃO DA IDADE E AS PESSOAS IDOSAS

Volvidos aqui, importa, por isso, colocar duas questões: a partir de que idade se é considerado uma Pessoa Idosa? E o que é que se entende por demência?

Uma questão, com contornos delicados, é decerto determinar a idade a partir da qual se passa a integrar este grupo populacional. Isto porque existem diferentes categorias e conceitualizações com relação àquela. Para além da idade cronológica, pode falar-se, entre outras, em idade biológica, psicológica e sócio cultural, cada uma, por sua vez, com significados distintos[10].

A polissemia descrita tem, naturalmente, repercussão nos textos jurídicos que acabam por apontar, com relação a este grupo populacional, idades distintas. Muitas vezes estabelecida em função da vida laboral ativa, verifica-se que, por exemplo, na União Europeia, inserem-se nesta categoria indivíduos com idade igual ou superior aos 65 anos enquanto para a Organização das Nações Unidas

---

de Bioética, n. 33, 2003, Ano XII, p.27-33; GRANDE, C. M. P. M. Humanização em questão: o estado da arte. *Revista Portuguesa de Bioética : Cadernos de Bioética*, n. 1º, 2007, 47-64; BRÍZIDO, A. P. *Cuidar da Velhice em Humanitude*: Como regular a Humanização dos Serviços de Saúde. 2017. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, Repositório da Universidade Nova de Lisboa. SALGUEIRO, N. *Humanitude um imperativo do nosso tempo*. 1. ed. Coimbra: IGM Portugal – Humanitude Lda, 2014.

9 Conforme referido pela OMS disponível em https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/dementia. Acedido em 11/07/2021, que, todavia, também refere tratar-se da maior causa de deficiência e dependência das pessoas Idosas em todo o mundo.

10 FONSECA, A. M. O envelhecimento: algumas questões de bioética. Cadernos de Bioética, *Revista Portuguesa de Bioética*, n. 40, 105, 106, 114, 115.

(ONU), mais concretamente, para o seu departamento de estatística e documental, a mesma realidade ocorre com idade igual ou superior aos 60 anos[11].

Não iremos, naturalmente, tomar posição com relação a esta delicada e difícil questão que, todavia, importa registar.

2.2 O CONCEITO DE DEMÊNCIA E A VULNERABILIDADE DA PESSOA AQUANDO DA PRESTAÇÃO DOS CUIDADOS

No referente ao que se há-de entender por demência, atendemos à noção posta pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que a define como uma "síndrome" representativa de uma "deterioração nas capacidades de memória, cognição, comportamental e, por isso, impeditiva da realização das tarefas diárias" pela própria pessoa[12].

Por o quadro das demências ser complexo, a OMS esclarece a sua forma mais comum, o *Alzheimer*, por ser representativa de 60 a 70% daquele quadro[13]. Por sua vez, na Europa, encontram-se, na atualidade, sensivelmente, dez milhões de Pessoas Idosas, com uma idade superior a 65 anos, com demência, estimando-se que, em 2030, aquele número venha a duplicar[14].

As demências encontram-se, assim, na ordem do dia e, com elas, as pessoas idosas com dependência a carecerem, por isso, de cuidados prolongados, permanentes e condignos ajustados à sua condição, leia-se humanos, em que a promoção da sua autonomia constitui um importante eixo para o seu bem-estar e qualidade de vida.

Num quadro severo de demência, o descrito revela, ainda, contornos de delicadeza acrescida, pois trata-se "de pessoas vulneráveis e em situações crítica, crónica ou paliativa, frequentemente, em situações limite"[15].

---

11 AASEN, H. S. The Right to Health Protection for the Elderly: Key Elements and State Obligations. *In*: BRIGIT TOEBES, M. H., AAAR HENDRIKS ET AL. (coord.). *Health and Human Rights in Europe*. Cambridge: Intersentia, 2012, 275.

12 Disponível em: https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/dementia. Acesso em: 11 jul. 2021.

13 *Ibid*.

14 Disponível em: https://www.euro.who.int/en/health-topics/noncommunicable-diseases/mental--health/areas-of-work/dementia. Acesso em: 11 jul. 2021.

15 SIMÕES, M.; RODRIGUES, M.; SALGUEIRO, N. Importância e aplicabilidade aos cuidados de enfermagem do método de Cuidados de Humanitude Gineste-Marescotti. *Referência*, n. 4,

Importa, por isso, a todo o custo, evitar, mediante a aplicação de técnicas adequadas de cuidados, os episódios de Comportamentos de Agitação Patológica[16] e, ainda, a própria aplicação de medidas de contenção, químicas e/ou físicas, por serem indignas e contrárias à liberdade da pessoa[17] e, consequentemente, restritivas ou impeditivas dos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais e, naturalmente, dos seus Direitos Humanos.

Notamos, como um singelo exemplo, a eventualidade de uma Pessoa Idosa ter uma maior propensão para o risco de queda, estando, por isso, mais exposta a fraturas e Lesões Musculo Esqueléticas. Tal não legitima, decerto, nem o seu aprisionamento nem a coartação na sua liberdade de movimentos por forma a eliminar aquele risco.

Importa, por isso, fazer sempre uma ponderação ajustada e proporcional, com o envolvimento da Pessoa Idosa e toda a equipa técnica e profissional que a acompanha, entre a mensurabilidade daquele risco e a liberdade humana, uma vez que, tal como sucede com as crianças, a eliminação total daquele risco é uma missão impossível.

Este dever de ponderação/proporcionalidade e sensibilidade também se aplica em matéria de consentimento informado da pessoa, com relação aos cuidados a prestar, por requerer de naturais ajustamentos. Por isso, é o cuidador quem tem de ir ao melhor encontro da condição da pessoa, dando-lhe o tempo, o espaço e a liberdade necessários para que ela se possa expressar de acordo com a sua condição, interpretando, nessa conformidade, a sua vontade e, naturalmente, "negociar" com aquela os cuidados.

Reconhece-se, todavia, não ser uma tarefa fácil, mas antes, por vezes, dolorosa e difícil e para a qual é imperioso investir na formação e na informação

---

3 Série, p. 69-79, 2011, p. 70; BRÍZIDO, A. P. *Cuidar da Velhice em Humanitude*: Como regular a Humanização dos Serviços de Saúde. 2017, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, Repositório da Universidade Nova de Lisboa, 60-61.

16 Aqueles comportamentos expressam-se, frequentemente, em comportamentos reativos e agressivos das pessoas.

17 Pese embora os autores reportarem-se à metodologia Gineste Marescotti assente, por sua vez, numa filosofia de cuidar em Humanitude o referido verifica-se nas demências por ser o seu público-alvo. SIMÕES, M.; SALGUEIRO, N.; RODRIGUES, M. Cuidar em Humanitude : Estudo aplicado em cuidados continuados". *Referência,* n. 6, 3 série, 2012, 82.; BRÍZIDO, A. P. *Cuidar da Velhice em Humanitude*: Como regular a Humanização dos Serviços de Saúde. 2017. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, Repositório da Universidade Nova de Lisboa, 60-61.

dos Cuidadores, acompanhadas, ainda, do necessário apoio social e psicológico, principalmente (mas não só), quando a rede de apoio é familiar. Quantos filhos e filhas, por exemplo, não sofrem por não conseguirem perceber o que a mãe ou o pai lhes está a transmitir num dado momento? Ou por não os reconhecerem? Ou indagam-se constantemente: será este o cuidado adequado a prestar? Como é que o devo fazer?

É imperioso, por isso, também não perder de vista o bem-estar do cuidador. Não é possível prestar um bom cuidado se este não estiver bem, porquanto a relação delicada dos cuidados assenta em reciprocidade e confiança[18].

Dedicamos, ainda, uma última palavra à Pessoa Idosa institucionalizada que passa a ter no "espaço institucional" um lar e, por isso, merecedor do respeito pela sua intimidade e vida privada familiar, como se na sua casa continuasse a viver.

Em suma: a pessoa jamais perde a sua própria condição do humano, mantendo-a, naturalmente, na relação com o próximo. Independentemente da sua condição, no caso dos cuidados a serem prestados pelos cuidadores, ele encontra-se, em paridade, nessa relação[19].

Feito este esclarecimento prévio com o apontamento de dados estatísticos relevantes, importa, agora, ver da relação entre os direitos das Pessoas Idosas e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

3 OS DIREITOS DAS PESSOAS IDOSAS E A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

É consabido inexistir uma Convenção que tenha como objeto os direitos das Pessoas Idosas. Sob o ponto de vista internacional, e com repercussão na Europa, foi a ONU que ditou, por assim dizer, a pauta para as questões relacionadas com o envelhecimento.

---

18 Em França e, por exemplo, em Portugal, na Associação Nacional de Famílias para a Integração de Pessoa Deficiente (AFID), é possível deixar a pessoa dependente, durante o período de férias do cuidador informal, aos cuidados da instituição, para que este último possa retemperar as suas energias.

19 BEAUCHAMP, T. L. Principles of health care ethics. *In*: GILLON, R. e LLOYD, A. (coord.). *The "Four-principles" Approach*. Chichester: John Wiley & Sons, 1993, p. 3-12.

3.1 A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A AGENDA PARA O ENVELHECIMENTO

Neste sentido, destacamos, sem pretensão de exaustão, os Planos de Viena[20] e de Madrid. Os princípios da ONU para as Pessoas Idosas[21] e o Relatório produzido pelo Comité Consultivo do Comité dos Direitos Humanos, entre outras matérias, prevê a necessidade de uma Convenção para este grupo populacional[22].

Nos Planos de Viena e Madrid, remete-se para noção de saúde apresentada pela OMS, constante na Alma Ata de 1978, em que "a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade". Invoca-se, ainda, a promoção da autonomia das Pessoas Idosas[23], à luz dos referidos princípios da ONU, que são: a) independência; b) participação; c) assistência; d) realização pessoal e e) dignidade.

Destaca-se a necessidade do acesso a uma rede de cuidados de saúde e sociais que promova, mais uma vez, a autonomia, respeite a privacidade e evite situações de institucionalização das Pessoas Idosas. E, ainda, se alerta para a aposta em estudos e formação nas áreas de geriatria e gerontologia, aos cuidadores formais e informais, para que estes possam prestar os melhores cuidados.

Todo o descrito, como se constata, está em sintonia com o que referimos no ponto antecedente em matéria de cuidados a prestar e, ainda, em matéria de promoção da autonomia da Pessoa.

Importa, ainda, atender ao que se dispõe em textos relacionadas com as Pessoas com deficiência por existirem Pessoas Idosas[24] nessa condição.

---

20 Resolução da AGNU (Assembleia Geral das Nações Unidas) 37/51 de 03.12.1982 – Plano de ação internacional de Viena para o envelhecimento e Resolução da AGNU 57/161 de 16.12.1991 – Plano de ação internacional de Madrid para o envelhecimento.

21 Resolução da AGNU 46/91 de 16.12.1991.

22 Working Paper A/HRC/AC/4/CRP.1 de 25-29 janeiro de 2010 da autoria da Relatora Chimsung Chung.

23 Segundo a autora, e pese embora reportar-se ao contexto alemão, a preocupação com a autonomia do Idoso é uma realidade presente em diferentes ramos do Direito, nele se incluindo o direito da família. ZENZ, G. Autonomie und Abhängigkeit-familienrechtliche Schutzbelange im Alter. In: IGL, G. e KLIE, T. (coord.). *Das Recht der älteren Menschen*. Baden Baden: Nomos 2007, p. 131-172.

24 O termo de deficiência, com conotação pesada, é complexo e requer maiores aprofundamentos. Mais uma vez, referimos que a idade não é sinónimo de deficiência. Todavia, existem Pessoas Idosas nessa condição e que, por isso, são titulares de direitos resultantes desse quadro legal específico.

Com relação à ONU, destacamos, por isso, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Adicional (adiante designada por Convenção de Nova Iorque)[25].

A Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, que tem como objeto proteger as pessoas com doenças mentais e promover a melhoria dos cuidados de saúde mental[26].

Destaca-se, ainda, a Recomendação adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa referente à proteção dos Direitos Humanos e dignidade das pessoas com distúrbios mentais[27].

3.2 O CONSELHO DA EUROPA, A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS E O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

No referente ao Conselho da Europa, importa referir dois textos jurídicos com relevância: a) a Carta Social Europeia[28] e b) a Convenção para a proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (doravante designada por Convenção ou CEDH)[29].

Pese embora a Carta Social Europeia conter importantes direitos económicos e sociais, não é, todavia, objeto de sindicância pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante designado por TEDH ou Tribunal), pelo que não lhe iremos dedicar atenção.

O tratamento dos direitos civis e políticos encontram, por isso, a sua sede legal na CEDH e, essa sim, objeto de controlo jurisdicional pelo TEDH.

---

25 Aquela Convenção foi concluída em Nova Iorque em 13.12.2006, e entrou em vigor na comunidade Internacional em 03.05.2008. Para uma visão esclarecedora em relação aos documentos produzidos no contexto Internacional e Europeu, indicamos. HERT, P. D.; MANTOVANI, E. Specific Human Rights for Older Persons? *European Human Rights Law Review*, n. 4, 2011, 398-418.

26 Resolução AGNU 46/119, de 17.12.1991.

27 Recommendation Rec (2004) 10, 24.09.2004.

28 A Carta Social Europeia foi adotada em 18.10.1961, em Turim e foi objeto de revisão em 03.05.1996, cuja conclusão ocorreu em Estrasburgo. Esta última versão, conhecida por Carta Social Europeia revista, entrou em vigor na comunidade internacional em 01.07.1999.

29 A Convenção foi concluída em Roma, no dia 4 de novembro de 1950, tendo entrado em vigor na comunidade internacional, no dia 3 de setembro de 1951.

Convenção essa que tem, ainda, a particularidade de reger "situações verdadeiramente internas a cada um dos Estados signatários"[30], não assentando, por isso, no paradigma clássico de um tratado internacional que vise a criação de meros vínculos interestaduais de natureza recíproca. Com efeito, à luz do seu artigo 1.º, ela abrange todas as pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade, residência, domicílio, que se encontrem sob a jurisdição de um determinado Estado-Parte.

Por sua vez, e, ainda, em conformidade com os artigos 34.º e 35.º da Convenção, qualquer "pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Estado-Parte de direitos reconhecidos na Convenção, pode apresentar uma petição junto ao Tribunal, depois de esgotadas todas as vias de recursos internos".

Desta forma, o Indivíduo é dotado de uma verdadeira subjetividade internacional, o que, no dizer sugestivo de Cançado Trindade[31], representa uma importante "desnacionalização daquele (do Indivíduo)" face ao respetivo Estado.

Face a todo o descrito, compreende-se, por isso, que a Convenção não tenha, como objeto, direitos específicos para as Pessoas Idosas. Seja pela dificuldade em determinar um catálogo e conteúdo daqueles direitos[32] ou por a Convenção, como referido, consagrar direitos civis e políticos.

---

30 RAMOS, R. M. G. D. M. *Da comunidade internacional e do seu Direito*. Coimbra: Coimbra, 1996.

31 CANÇADO-TRINDADE, A. A. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gustmão, 2017, 444 e, ainda, CANÇADO-TRINDADE, A. A. Access to International Justice in Relation to the Interaction between International Law and Domestic Law. *In*: CREMONA, M.; WITTE, B. D.*, et al* (coord.). *The Access of Individuals to International Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p.76-112; CANÇADO-TRINDADE, A. A. The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations. *In*: CREMONA, M.; WITTE, B. D.*, et al* (coord.). *The Access of Individuals to International Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1-16.

32 O autor aponta para a dificuldade em estabelecer um fio condutor harmonioso e transversal aos direitos dos Idosos. Por se tratar de um grupo heterogéneo, como notado no Relatório Chung, as suas necessidades são reconduzíveis, por isso, a diferentes ramos do Direito. No caso das demências, isso é particularmente visível. Nela, tanto podem ser convocadas disposições jurídicas de natureza cível para lidar, por exemplo, com temáticas relacionadas com o suprimento das incapacidades, bem como disposições jurídicas de natureza pública, se pensarmos na aplicabilidade de uma medida de segurança para evitar a perigosidade do agente no âmbito do Direito Penal. BARROSO, R. A. D. Há direitos dos Idosos. *Julgar*, n. 22, 2014, p. 118.

Todavia, tal não é sinónimo da Pessoa Idosa ser indiferente à Convenção. Neste particular, a tendência do Tribunal tem sido "estender", por via interpretativa, o âmbito da aplicabilidade da CEDH às matérias socioeconómicas por ser consabido os Direitos Humanos também comportarem esta dimensão.

No acórdão *Konstatin Markin c. Rússia*[33], vêm elencados todo um acervo jurisprudencial e doutrinário e, ainda, a importante opinião, parcialmente discordante, do juiz Pinto Albuquerque que apontam para aquela dimensão[34].

Chegados aqui, importa, por isso, saber quais os direitos, consignados naquele instrumento, que têm levado o TEDH a pronunciar-se sobre questões relacionadas com este grupo populacional.

Segundo *Colm O´Cinneide*, tem vindo a estabelecer-se uma importante interligação entre os artigos 2.º (direito à vida), 3.º (proibição da tortura), 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e 14.º (proibição da não discriminação) da Convenção[35].

No nosso caso, por se relacionarem, por um lado, com a prestação de cuidados e, por outro lado, junto a pessoas que não conseguem estar por si ou seja, sem "capacidade de autodeterminação e, por isso, passíveis de abuso"[36], por aqueles que lhe prestam os respetivos cuidados, são especialmente convocados os artigos 2.º (direito à vida); 3º (proibição da tortura) 5.º (direito à liberdade e segurança)[37] e o artigo 8.º (direito ao respeito pela vida privada) da Convenção.

33 Acórdão do TEDH de 22.03.2012, *Konstatin Markin c. Rússia*, n.º 30078/06.

34 Naquele acórdão, o juiz Pinto Albuquerque realça o importante papel do Tribunal, em matéria de interpretação, ao ponto de nela incluir os direitos económicos e sociais. Por sua vez, defende, ainda, a existência de direitos sociais diretamente resultantes da Convenção como, por exemplo, entre outros, os direitos a tratamento médico das pessoas que estejam sob autoridade estadual; o direito a tratamento médico dos cidadãos, o direito a um ambiente são, o direito à pensão por velhice 52-53.

35 CINNEIDE, C. O. Article 25 and the Rights of the Elderly. *In*: PEERS, S.; HERWEY, T., *et al* (coord.). *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. Oxford: Hart, 2014, p. 696-697.

36 ALBUQUERQUE, P.; ALBUQUERQUE, P. Idosos. *In*: *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais* (coord.). Lisboa: Universidade Católica, v. III, 2020, p. 2797.

37 No qual o autor destaca as situações de detenção de Pessoas Idosas e, ainda, a privação da liberdade, desde que justificadas, com relação a Idosos com doença mental comprovada. *Ibid.* p. 2798.

3.3 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Não é nossa pretensão esgotar a jurisprudência do TEDH, neste particular. Elegemos, por isso, dois acórdãos por terem como objeto as demências e estados depressivos. O segundo acórdão, pese embora reportar-se a um jovem, constitui, todavia, um recente *key case*, que, por a queixa ter sido apresentada contra o Estado português, julgamos interessante referir.

No acórdão *Dodov c. Bulgaria*[38], o particular apresentou uma queixa pelo facto de a sua mãe, doente com *Alzheimer*, ter desaparecido do lar enquanto se deslocava a uma consulta externa. Foi alegado o comportamento negligente do pessoal do lar por a terem deixado sem supervisão e, ainda, as insuficientes diligências das autoridades policiais na procura da sua mãe. Mais foram notadas as várias reaberturas do processo-crime instaurado contra o lar e que não tiveram qualquer resultado prático.

Pese embora o TEDH ter considerado que o Estado não incumpriu com nenhuma obrigação positiva (*de facere*) resultante da Convenção, por inexistir um elo de ligação entre a falha na supervisão e o desaparecimento da mãe, entendeu, ainda assim, encontrarem-se violados os artigos 2.º (direito à vida) e 6.º n.º 1 (direito a um processo equitativo) da Convenção.

O Tribunal apreciou os mecanismos judiciais ao dispor do particular para fazer valer as suas pretensões e que foram considerados insuficientes para o apuramento da própria matéria factual, concretamente: a) a condução do processo disciplinar e inexistência de sanções com relação ao pessoal do lar; b) a condução do próprio processo criminal sem apuramento da matéria factual relevante por falta de meios das autoridades policiais; c) a morosidade do processo cível (dez anos) para a atribuição de uma indemnização. Este conjunto de circunstâncias ditou a condenação do Estado Búlgaro.

No acórdão *Fernandes de Oliveira c. Portugal*[39], a particular apresentou queixa pelo facto de o seu filho, A.J., nascido em 29.05.1964, ter cometido suicídio enquanto se encontrava, voluntariamente, hospitalizado num hospital público psiquiátrico, em Coimbra, em violação do artigo 2.º (direito à vida) e do artigo 6.º (direito a um processo equitativo).

38 Acórdão do TEDH de 17.04.2008, Dodov c. Bulgaria , n.º 59548/00.

39 Acórdão do TEDH de 31.01.2019, Fernandes de Oliveira c. Portugal, n. 78103/14.

A particular apontou para o comportamento negligente do hospital por falta de supervisão, organização precária dos serviços hospitalares e, ainda, devido à demora da ação cível de responsabilidade extracontratual por atos de gestão pública intentada contra o hospital e na qual viu indeferida a sua pretensão em obter uma compensação pecuniária pela morte do seu filho.

A ação foi intentada em 17.03.2003, e a primeira produção de prova ocorreu apenas cinco anos mais tarde, o que, no entendimento da particular, comprometeu a eficácia do sistema judicial. Por último, a decisão final foi apenas proferida em 29.05.2014, pelo Supremo Tribunal Administrativo.

A.J. sofria de esquizofrenia e depressões severas; era, ainda, viciado em álcool e já tinha cometido algumas tentativas de suicídio. Por vezes, era, ainda, agressivo com a sua mãe e irmã[40]. Com efeito, este já havia sido internado, várias vezes, naquele hospital e do seu processo clínico, com o quadro psicopatológico nele vertido, resulta o hospital ter conhecimento da sua propensão para o suicídio.

A quarta câmara do TEDH, em acórdão de 28.03.2017[41], deu razão, por unanimidade, à particular. Nele se consignou ter havido uma violação material e processual do artigo 2.º (direito à vida) da Convenção.

Com efeito, era expectável que o hospital tivesse adotado medidas preventivas com vista a evitar que uma pessoa com tendências de suicídio e propensão para a fuga o fizesse, submetendo-o, entre outras, a uma vigilância mais regular, acompanhadas, ainda, dos meios humanos e recursos materiais necessários para esse efeito (violação material do artigo 2.º).

Ao exposto, acrescentou ser inadmissível a demora processual verificada (violação processual do artigo 2.º).

Na sequência dessa decisão, o Estado Português, nos termos do artigo 43.º da Convenção, solicitou a devolução para o Tribunal Pleno para reapreciação.

Nela, o Tribunal Pleno apreciou duas questões: por um lado, se houve violação de obrigações positivas e, por outro lado, se o processo cível, com vista a atribuição de uma indemnização à particular, foi decidido em tempo razoável.

Quanto à última questão, decidiu, por unanimidade, que houve violação do artigo 2.º (vertente processual). No referente à primeira, o Tribunal considerou,

40 Considerados 11.

41 Acórdão do TEDH de 28.03.2017, Fernandes de Oliveira c. Portugal, 4ª Secção, n.º 78103/14 (objeto de devolução para o tribunal pleno).

apenas por maioria, não terem sido violadas as obrigações positivas de criar, por um lado, um quadro regulamentar e, por outro lado, implementação de reais e concretas medidas preventivas.

Neste sentido, assentou a sua fundamentação, alegando: a) O Estado ter cumprido com a legislação aplicável e o hospital dispor de meios e recursos necessários para as necessidades da vítima; b) a vítima nunca ter revelado pensamentos suicidas aquando do seu último internamento; c) os tratamentos e regimes de vigilância aplicados terem sido consentâneos com o seu processo clínico e, por isso, proporcionais e ajustados para a promoção da sua autonomia e reintegração social e familiar; d) o relatório pericial, produzido nas instâncias portuguesas, ter demonstrado impossibilidade de prevenir *totalmente* o risco de suicídio, consequentemente, este não podia ser evitado na sua íntegra; d) por último, a imposição de obrigações positivas ao Estado não podem ir ao ponto de impor encargos impossíveis ou desproporcionais às autoridades.

Neste particular, e por não ter conseguido determinar-se se, nos dias que antecederam a morte da vítima, as autoridades sabiam ou deveriam saber do real risco de perda de vida de AJ, o Tribunal decidiu não apreciar se foram tomadas todas as medidas razoavelmente expectáveis.

As decisões referidas evidenciam bem o quão delicado é o juízo de proporcionalidade a estabelecer entre, por um lado, a liberdade individual e a preservação da própria vida e de terceiros.

As opiniões discordantes dos dois julgados demonstram-no, com clareza e, juntamente com a opinião parcialmente discordante, com relação ao segundo acórdão, do Juiz Pinto Albuquerque, com a adesão pelo juiz Harutyunynan, merecem, por isso, uma leitura atenta.

Pensamos a primeira decisão ser mais consentânea com a Convenção. Com efeito, o argumento da não imposição de encargos impossíveis ou desproporcionais às autoridades não pode constituir fundamento para a não apreciação do âmago da questão, mais concretamente, da razoabilidade das medidas adotadas com relação ao caso concreto. E, particularmente, por referência às pessoas que se encontram em situação de dependência, no caso, com relação ao Estado.

Concordamos com Pinto Albuquerque quando este afirma que o nível mínimo de proteção garantida pela Convenção não deve sair diminuído face à inércia estadual verificada.

As provas produzidas e carreadas nas duas instâncias são elucidativas que, do processo clínico, resultavam as tendências de suicídio de AJ. Face ao referido, como é que é possível justificar a não apreciação das medidas preventivas expectáveis face ao quadro clínico já conhecido por aquela unidade hospitalar?

Mais nos permitimos questionar, pelo próprio grau de envolvimento despendido com relação à vítima na implementação daquelas medidas (consentimento informado negociado): a) Quais os procedimentos e registos escritos existentes em matéria, por exemplo, de aplicabilidade de medidas de contenção físicas e químicas? b) Como foram aplicadas e supervisionadas? c) Com supervisão médica?

Todas estas ausências de respostas são elucidativas da falta de sensibilidade para julgar estas matérias e da segunda decisão ter contornado o âmago da questão.

Ao que acrescem, ainda, todas as debilidades legislativas apontadas por Pinto Albuquerque com relação ao quadro regulatório português então vigente em matéria de saúde mental[42].

A reformulação tardia do processo de acompanhamento de maiores, e vertido no Código Civil Português, ocorrido apenas em 2019, apesar das várias críticas tecidas ao longo do tempo, é uma prova, face ao descrito, de um lento despertar para esta premente necessidade.

Importar, por isso, fazer-lhe abordagem para melhor percetibilidade da necessidade em alterar o modo de pensar, lidar e julgar a dependência.

4 A PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA COM DEMÊNCIA SEVERA À LUZ DO ATUAL PROCESSO DE ACOMPANHAMENTO DE MAIORES (ARTIGOS 138.º A 156.º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS E 891.º A 904.º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS DE 2013

4.1 ENQUADRAMENTO GERAL

No dia 10 de fevereiro de 2019, entrou em vigor no ordenamento jurídico português a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que veio alterar os artigos 138.º a

42 Saúde mental cada vez mais importante, a vários níveis. Basta recordar, nos jogos olímpicos de Tóquio, a atitude corajosa da atleta dos EUA, Simone Biles, que falou abertamente sobre a sua condição e da importância desta matéria, de resto, muito descurada também na alta competição. Connor Murray, Elisha Fiedstadt, Simone Biles is the latest athlete vocal about mental health. Disponível em: https://www.nbcnews.com/. Acesso em: 24 ago. 2021.

156.º do Código Civil Português (adiante designado por CC) e 891.º a 904.º do Código de Processo Civil Português de 2013 (adiante designado por NCPC).

Este diploma legal pretendeu revogar o anterior regime dualista e rígido da interdição e inabilitação e substituí-lo por um regime monista das incapacidades[43], que garanta os direitos e as liberdades das pessoas com deficiência e respeite a sua vontade e autodeterminação[44], que esteja conforme com as exigências da Convenção de Nova Iorque[45] e que permita uma resposta adequada à situação concreta do beneficiário[46]. É o designado regime do maior acompanhado.

Por sua vez, os artigos 891.º a 904.º do NCPC consagram o acompanhamento de maiores como processo especial de jurisdição voluntária e urgente, e o único meio adequado ao decretamento da medida de acompanhamento e à sua cessação[47].

Falaremos do regime do maior acompanhado e do processo de acompanhamento de maiores de seguida, aplicando-os à situação específica das pessoas idosas com demência severa para saber em que medida estas pessoas são atualmente protegidas neste âmbito.

---

43 BELEZA, M.P. Brevíssimas Notas sobre a Criação do Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Regimes da Interdição e da Inabilitação- Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. *In:* O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 15. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

44 MONTEIRO, A.P. Das Incapacidades ao Maior Acompanhado- Breve Apresentação da Lei n.º 49/2018. *In*: O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 31. [Acedido em 20 jul..2021]. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

45 RIBEIRO, G. R. Os Deveres de Cuidado e a Responsabilidade do Acompanhante perante o Beneficiário – Um Primeiro Ensaio. *Julgar*. n. 41 (2020), 2-3.

46 PAZ, M. O Maior Acompanhado- Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto. *In*: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 113. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

47 SOUSA, M. T. O Regime do Acompanhamento de Maiores – Alguns Aspetos Processuais. *In: O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 42. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

4.2 OS PRESSUPOSTOS DO ACOMPANHAMENTO DA PESSOA IDOSA COM DEMÊNCIA SEVERA

Analisando o n.º 1 do artigo 138.º do CC, verificamos que as pessoas idosas com demência severa apenas podem ser beneficiárias das medidas de acompanhamento se estiverem reunidos dois pressupostos, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva[48].

No que ao requisito de ordem subjetiva diz respeito, a Pessoa Idosa tem de estar impossibilitada de exercer plena, pessoal e livremente os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres.

Por conseguinte, para que o requisito do n.º 1 do artigo 138.º do CC se verifique, a Pessoa Idosa com demência severa tem de estar impossibilitada de compreender o alcance e o significado dos atos que pratica no exercício dos seus direitos ou no cumprimento dos seus deveres[49]. Isto é, tem de faltar a autodeterminação da Pessoa Idosa no exercício dos seus direitos e no cumprimento dos seus deveres[50]. Caso contrário, falta também o requisito subjetivo constante deste preceito legal.

Por outro lado, o n.º 1 do artigo 138.º do CC também estabelece um requisito objetivo: esta impossibilidade de exercício dos direitos e de cumprimento dos deveres tem de advir da demência severa.

Importa, também, referir que, compatibilizando o n.º 1 do artigo 138.º do CC com a conceção ampla de deficiência constante do artigo 1.º da Convenção de Nova Iorque- qualquer incapacidade duradoura física, mental, intelectual ou sensorial que, em interação com várias barreiras, possa impedir a plena e efetiva participação do sujeito na sociedade em condições de igualdade com os outros-, chegamos à conclusão de que a demência severa deverá ser entendida, neste âmbito, enquanto razão de deficiência (doença neurológica)[51].

---

48 BARBOSA, M. B. Fundamentos, Conteúdo e Consequências do Acompanhamento de Maiores. *In*: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 64. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

49 BARBOSA, M. M. Acompanhamento de Maiores: a Centralidade do Maior Acompanhado. *Cadernos de Direito Privado*, n. 66, 2019, 3.

50 *Ibid.* p. 4.

51 PAZ, M. O Maior Acompanhado- Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto. *In*: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 119. Disponível

Contudo, existe ainda um terceiro requisito para que o acompanhamento da Pessoa Idosa com demência severa possa ser decretado.

De acordo com o n.º 2 do artigo 140.º do CC, a medida de acompanhamento não será aplicada se o seu objetivo se mostrar assegurado através dos deveres gerais de cooperação e assistência que, no caso, existam. Deste preceito legal decorre, portanto, a supletividade da medida de acompanhamento e a sua aplicação única e exclusivamente com base na insuficiência destes deveres para a proteção da pessoa e do património do acompanhado.

No que concerne ao significado e ao conteúdo dos deveres de cooperação e assistência, importa salientar, desde logo, que eles se podem encontrar tanto no âmbito das relações familiares como fora delas. Exemplo do primeiro caso são os deveres de cooperação e assistência entre cônjuges (artigos 1674.º e 1675.º do CC) e dever de assistência entre pais e filhos (n.º 1 e 2 do artigo 1874.º do CC)[52]. Já exemplo do segundo é o dever de assistência que decorre da celebração de um contrato de prestação de serviços[53].

Assim sendo, ainda que os dois requisitos dos n.ºs 1 do artigo 138.º do CC estejam preenchidos, não será decretado o acompanhamento da Pessoa Idosa com demência severa no caso de estes deveres serem suficientes para a sua proteção pessoal e patrimonial.

De referir a este propósito que, apesar de serem medidas informais de acompanhamento, os supramencionados deveres gerais de cooperação e assistência devem ser entendidos também enquanto verdadeiras medidas de apoio, pelo que a vontade e as preferências da pessoa devem ser tidas em consideração neste âmbito[54].

Por outro lado, ao apurar da necessidade de aplicação da medida de acompanhamento ao abrigo do n.º 2 do artigo 140.º do CC, deve o juiz averiguar

---

em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

52 GOMES, A.C. L.M. F. O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado. *In*: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2021, p. 22. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_MaiorA_2021.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

53 *Ibid.*

54 PAZ, M. O Maior Acompanhado- Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto. *In*: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 119. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

se, ainda que existentes em abstrato, estes deveres permitem assegurar a assistência efetiva da Pessoa Idosa, bem como o exercício dos seus direitos e o cumprimento dos seus deveres[55]. Tal acontece, porque são frequentes os casos de incumprimento destes deveres que passam despercebidos à sociedade, em geral, e, em especial, às instituições de segurança social e aos tribunais, o que acontece, nomeadamente, quando existem litígios dentro da família da Pessoa Idosa, agudizados pela existência de um património de valor avultado e pela longa esperança de vida daquele[56].

Caso tal não se verifique, tão-pouco poderá o princípio da subsidiariedade ser feito valer nesta sede, devendo o acompanhamento da Pessoa Idosa com demência severa ser decretado.

Por último, importa salientar que, ao contrário do que acontecia com a interdição e inabilitação, o decretamento da medida de acompanhamento não depende da habitualidade e durabilidade da demência severa[57]. Importa, no entanto, que ela se manifeste com alguma regularidade, e não apenas numa situação pontual[58].

4.3 A CAPACITAÇÃO E VALORIZAÇÃO DA PESSOA IDOSA COM DEMÊNCIA SEVERA

Olhemos, agora, para algumas das normas atinentes ao regime do maior acompanhado e do processo de acompanhamento de maiores que demonstram que o atual regime visa a capacitação e valorização do Idoso com demência severa. São elas o n.º 1 e 2 do artigo 139.º (audição do beneficiário), o n.º 1 do artigo 141.º (legitimidade para requerer o acompanhamento), o n.º 1 do artigo 143.º (modo de designação do acompanhante) os n.ºs 1 e 2 do artigo 145.º (conteúdo do

55 PAZ, M. O Maior Acompanhado- Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto. *In*: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 119. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

56 RIBEIRO, N. L. L. O Maior Acompanhado: Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto. In: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 94. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

57 ARAÚJO, C.M. F.N.O., O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado. *In*: *O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2021, 94. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_MaiorA_2021.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

58 *Ibid.*

acompanhamento e elenco de medidas de acompanhamento) e 147.º (possibilidade de restrição de direitos) e 156.º (mandato com vista ao acompanhamento), todos do CC, assim como o artigo 898.º do NCPC, respeitante à audição do beneficiário.

4.3.1 A legitimidade para requerer o acompanhamento e a possibilidade de escolha do acompanhante pelo beneficiário e de celebração de mandato com vista a acompanhamento

O n.º 1 do artigo 141.º, o n.º 1 do artigo 143.º e o artigo 156.º, todos do CC, vêm dar relevo à vontade da Pessoa Idosa com demência severa em alguns aspetos.

O primeiro destes preceitos legais vem permitir que a própria Pessoa Idosa requeira o seu próprio acompanhamento ou autorize o seu cônjuge, unido de facto ou qualquer outro parente sucessível a requerê-lo. Convém, contudo, referir que este requerimento ou esta autorização só poderão ocorrer quando a Pessoa Idosa com demência severa se encontre em intervalos lúcidos e tenha consciência do conteúdo e do significado do ato que está a praticar. Caso não exista qualquer intervalo de lucidez, estes preceitos legais não poderão ter, obviamente, aplicação nesta sede.

A segunda destas normas vem permitir que a Pessoa Idosa com demência severa escolha a pessoa do acompanhante. Contudo, convém referir que esta escolha só poderá ocorrer nas situações em que seja feita nos intervalos lúcidos, em que a pessoa tenha consciência do conteúdo e do significado do ato que está a praticar.

Convém referir que o n.º 1 do artigo 141.º e o n.º 1 do artigo 143.º, todos do CC, são uma inovação nesta sede.

Na verdade, a anterior redação do n.º 1 do artigo 141.º e do artigo 156.º do CC apenas permitia que a interdição e a inabilitação fossem requeridas pelo cônjuge do interditando/inabilitando, pelo tutor ou curador deste, por qualquer parente sucessível ou pelo Ministério Público. Por sua vez, a anterior redação do n.º 1 do artigo 143.º e o artigo 156.º, todos do CC, afastavam qualquer possibilidade de escolha do representante em caso de interdição ou inabilitação.

Ademais, os n.º s 1 e 2 do artigo 156.º do CC vêm permitir que a Pessoa Idosa, prevendo a eventual necessidade de acompanhamento na sequência da demência de que padece ou que prevê vir a poder padecer, celebre um mandato para a gestão dos seus interesses, com ou sem representação, nele especificando os direitos

envolvidos, o conteúdo da atual representação e quaisquer outros elementos ou condições do seu exercício. É o chamado mandato com vista a acompanhamento.

Importa salientar, contudo, que este mandato não é uma absoluta novidade no ordenamento jurídico português, uma vez que esta figura já era admitida aquando da vigência da interdição e da inabilitação, apesar de não vir, à data, expressamente prevista na lei[59].

4.3.2 A limitação do acompanhamento ao necessário e a sua adequação às exigências do caso concreto

Outra regra importante neste âmbito é o n.º 1 e a 1ª parte do n.º 2 do artigo 145.º do CC, que estabelecem que o acompanhamento se limita ao necessário e deve ser estabelecido em função de cada caso.

Quer isto dizer, nas palavras de Mafalda Miranda Barbosa[60], que o acompanhamento será decretado atendendo às exigências da Pessoa Idosa, em concreto, e está sujeito a um princípio de necessidade.

Encontra-se, desta forma, o regime do maior acompanhado, conforme o n.º 4 do artigo 12.º da Convenção de Nova Iorque, preceito legal este que impõe a proporcionalidade e o ajustamento das medidas às circunstâncias da pessoa[61][62].

---

59 BELEZA, M.P. Brevíssimas Notas sobre a Criação do Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Regimes da Interdição e da Inabilitação- Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. *In*: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 19. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

60 BARBOSA, M. B. Fundamentos, Conteúdo e Consequências do Acompanhamento de Maiores. *In*: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 66. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

61 "Artigo 12. Reconhecimento igual perante a lei [...] 4 – Os Estados Partes asseguram que todas as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica fornecem as garantias apropriadas e efectivas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos. Tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa [...] são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa [...]".

62 PAZ, M. O papel do Ministério Público no processo de maior acompanhado. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 66, 2019, p. 24.

4.3.3 O elenco do corpo do n.º 2 do artigo 145.º do Código Civil

O corpo do n.º 2 do artigo 145.º do CC consagra um elenco de medidas suscetíveis de aplicação ao beneficiário e à Pessoa Idosa com demência severa, em função da sua situação específica e independentemente da medida que em concreto haja sido requerida ao tribunal.

Em primeiro lugar, a alínea a) deste preceito legal consagra a possibilidade de aplicação do exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir (tutela ou administração de bens (artigos 1921.º a 1971.º do CC), conforme as circunstâncias. Esta medida deverá aplicar-se sempre que a Pessoa Idosa com demência severa esteja impossibilitada de cumprir os deveres que lhe cabem neste âmbito em relação a terceiros[63].

Por sua vez, a alínea b) do n.º 2 do artigo 145.º do CC permite que à Pessoa Idosa com demência severa seja aplicada a representação geral ou a representação especial, com indicação, neste caso, das categorias de atos em que esta se revela necessária. O n.º 4 do artigo 145.º do CC manda aplicar a esta medida o regime da tutela, com as adaptações necessárias, podendo ser dispensada a constituição do conselho de família.

Convém, desde já, salientar que, na sequência do defendido quer pela doutrina[64] quer pela jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL)[65], a medida de representação deverá ser reservada para os chamados *hard cases*, ou seja, para as situações em que a Pessoa Idosa com demência severa se encontra absolutamente incapacitada de expressar a sua vontade e se revela necessária a substituição da sua vontade pela do acompanhante. Caso contrário, tal medida não poderá ser aplicada *in concreto.*

63 PAZ, M. O papel do Ministério Público no processo de maior acompanhado. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 66, 2019, p. 24.

64 MONTEIRO, A.P. Das Incapacidades ao Maior Acompanhado – Breve Apresentação da Lei n.º 49/2018. *In: O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 35-36. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

65 Acs. TRL de 11.12.2019, Processo N.º 5539/18.9T8FNC.L1-2 (Jorge Leal) e de 28.05.2020, Processo N.º 2039/19.3T8ALM.L1-8 (Maria Amélia Ameixoeira). Disponível em: https://www.dgsi.pt.

Por sua vez, a alínea c) desta norma permite a aplicação da administração total de bens, sempre que não se revele necessária a aplicação do regime da representação.

Também a alínea e) desta norma é particularmente relevante nesta sede, uma vez que admite a aplicação à Pessoa Idosa com demência severa de medidas de outro tipo, relacionadas com todos os seus aspetos da vida, como a segurança, a proteção social, a saúde, a reabilitação ou o acompanhamento por instituições públicas ou privadas[66].

4.3.4 A obrigatoriedade da sua audição pessoal e direta pelo tribunal antes do decretamento do acompanhamento

O n.º 2 do artigo 139.º do CC estabelece que o acompanhamento será decretado após a audição pessoal e direta do beneficiário pelo tribunal.

Por sua vez, o n.º 1 do artigo 898.º do NCPC alerta para as finalidades da audição direta e pessoal.

Ela deve ser entendida enquanto um meio de prova atípico[67], através do qual o juiz titular do processo consegue apurar a real situação do beneficiário[68] e estabelecer as medidas de acompanhamento mais adequadas às necessidades do caso e que permitem a sua inserção na sociedade[69]. Ademais, ela constitui uma importante manifestação do princípio da imediação no âmbito do processo de

66 PAZ, M. O papel do Ministério Público no processo de maior acompanhado. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 66, 2019, 25.

67 SOUSA, M. T. O Regime do Acompanhamento de Maiores- Alguns Aspetos Processuais. *In*: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 51. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

68 *Ibid.*

69 COSTA, M. I. A audição do beneficiário no regime jurídico do maior acompanhado: notas e perspectivas. *Julgar Online*. julho de 2020, 3. Disponível em: http://julgar.pt/a-audicao-do-beneficiario-no-regime-juridico-do-maior-acompanhado-notas-e-perspectivas. Acesso em: 18 ago. 2021.

acompanhamento de maiores[70] e assegura a dignidade, a autonomia individual e a liberdade do beneficiário, assim como a sua participação e inclusão na sociedade[71].

Pese embora a letra do n.º 2 do artigo 897.º do NCPC, dúvidas existem sobre a obrigatoriedade desta audição, ou a falta dela, e sobre a possibilidade da sua dispensa no processo de acompanhamento de maiores.

De um lado, encontramos o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 4 de junho de 2019[72], que veio pugnar pela obrigatoriedade desta audição e pela necessidade de contacto direto entre o juiz o beneficiário em todo e qualquer processo.

Nesta senda, veio também o referido aresto pugnar pela absoluta impossibilidade de dispensa deste ato pelo juiz, sob pena de verificação de uma nulidade processual secundária, nos termos do n.º 1 do artigo 195.º do NCPC (entenda-se, a omissão de um ato que a lei prescreve e que tem influência na decisão da causa).

Adotando este entendimento, o TRC veio julgar improcedente o recurso interposto da decisão proferida pelo tribunal de 1.ª instância, que havia dispensado a audição pessoal e direta do beneficiário, alegando a impossibilidade de este se expressar verbalmente e por gestos e de comunicar com o tribunal, e ordenar a sua substituição por um despacho que determinasse a referida audição.

Igual posição foi posteriormente secundada pelos Tribunais da Relação de Évora (TRE) e do Porto (TRP), em acórdãos datados, respetivamente, de 10 de outubro de 2019[73] de 24 de setembro de 2020[74] . No que à doutrina diz respeito,

70 OLIVEIRA, A. R. S. O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado. *In*: *O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2021, 50. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_MaiorA_2021.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

71 PAZ, M. O Maior Acompanhado – Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto. *In*: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 131. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

72 Ac. do TRC de 04.06.2019, Proc. N.º 647/18.9T8ACB.C1 (Alberto Ruço). Disponível em: https://www.dgsi.pt.

73 Ac. do TRE de 10.10.2019, Proc. N.º 1110/18.3T8ABF.E1 (Ana Margarida Leite). Disponível em: https://www.dgsi.pt.

74 Ac. do TRP de 24.09.2020, Processo N.º 16021/19.7T8PRT.P1 (Ana Paula Amorim). Disponível em: https://www.dgsi.pt.

esta tese foi também sustentada por António dos Santos Abrantes Geraldes, Luís Filipe Pires de Sousa e Paulo Pimenta[75].

Ao invés, outro setor da doutrina[76] e da jurisprudência[77] portuguesas tem vindo a pugnar pela possibilidade de dispensa da audição do beneficiário pelo juiz, com fundamento nos princípios da adequação formal e da gestão processual (n.º 1 do artigo 6.º e artigo 547.º do NCPC), em situações excecionais. Mais especificamente, tem sido admitida a dispensa de audição sempre que o beneficiário se encontre objetiva, inequívoca e permanentemente impossibilitado de se expressar e de comunicar com o tribunal (exemplo das situações de coma ou de estado vegetativo). Necessário se revela, contudo, que a referida impossibilidade se encontre estar comprovada no processo, nomeadamente por perícia realizada nos termos do artigo 899.º do NCPC.

Quanto a nós, adotamos o primeiro entendimento, e consideramos que, *da conjugação do n.º 1 do artigo 139.º do CC com o n.º 2 do artigo 897.º do NCPC, decorre a necessidade de audição da Pessoa Idosa com demência severa como regra geral e a impossibilidade da sua dispensa. Só assim serão estes preceitos legais respeitados e a vontade do beneficiário valorizada e considerada nesta sede.*

4.3.5 O fim do acompanhamento e os deveres de cuidado e de diligência do acompanhante

No n.º 1 do artigo 140.º do CC, encontra-se consagrado o objetivo do acompanhamento: assegurar o bem-estar e a recuperação do beneficiário.

---

75 GERALDES, A.S.A; SOUSA, L. F. P; PIMENTA, Paulo. Código de Processo Civil Anotado. Processo de Execução, Processos Especiais e Processo de Inventário Judicial. Coimbra: Almedina, 2020. v. 2. p. 337.

76 COSTA, M. I. A audição do beneficiário no regime jurídico do maior acompanhado: notas e perspectivas. *Julgar Online*. julho de 2020, 15, Disponível na Internet: http://julgar.pt/a-audicao-do--beneficiario-no-regime-juridico-do-maior-acompanhado-notas-e-perspectivas. Acesso em: 18 ago. 2021; SOUSA, M. T. O Regime do Acompanhamento de Maiores- Alguns Aspetos Processuais. *In*: O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 51. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acedido em 18 ago. 2021.

77 Ac. do TRL de 16.09.2019, Processo N.º 12596/17.3T8LSB-A.L1.L1-2 (Laurinda Gemas), e Ac. do TRC de 19.05.2020, Processo N.º 312/19.0T8CNT-A.C1 (Fonte Ramos), ambos disponíveis em: https://www.dgsi.pt.

Como recordam António Pedro Pinto Monteiro[78] e Ana Catarina Leite Marinho Falcão Gomes[79] , daqui decorrem tanto o dever de diligência de bom pai de família, exigido pelo n.º 1 do artigo 146.º do CC ao acompanhante na situação concreta, como o dever, previsto no n.º 2 do mesmo preceito legal, de este manter um contacto permanente com o beneficiário e de o visitar, no mínimo, uma vez por mês ou com outra periodicidade que o tribunal entenda adequada.

4.3.6 A restrição do exercício de direitos de personalidade e da celebração de negócios da vida corrente como exceção

Da conjugação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 147.º do CC, concluímos que, do acompanhamento não decorrerá, por regra, qualquer restrição no exercício dos direitos da personalidade do beneficiário[80], salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário.

Como a jurisprudência[81] tem vindo a recordar, a restrição do exercício destes direitos constitui a exceção nesta sede e deve ser sempre fundamentada. Por conseguinte, a sentença que decreta o acompanhamento jamais poderá implicar a interdição genérica e não fundamentada do seu exercício.

---

78 MONTEIRO, A.P. Das Incapacidades ao Maior Acompanhado – Breve Apresentação da Lei n.º 49/2018. *In: O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 35. [Acedido em 20 jul..2021]. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

79 GOMES, A.C. L.M. F. O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado. *In*: *O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2021, 30. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_MaiorA_2021.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

80 O n.º 2 do artigo 147.º do CC indica que os direitos pessoais correspondem aos direitos de casar, constituir união de facto, procriar, perfilhar ou adotar, cuidar e educar dos filhos ou adotados, escolher profissão, deslocar-se no país ou no estrangeiro, fixar domicílio ou residência, estabelecer relações com quem entender e testar. Contudo, este elenco é meramente exemplificativo, devendo antes entender-se por direito pessoal todo e qualquer direito de personalidade do beneficiário. A este propósito, *vide* BARBOSA, M. B. Fundamentos, Conteúdo e Consequências do Acompanhamento de Maiores. In: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 67. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

81 Acs. do TRL de 11.12.2019, Processo N.º 2990/18.8T8FNC.L1-2 (Vaz Gomes) e de 04.02.2020 Processo N.º 3974/17.9T8FNC.L1-7 (Carlos Oliveira). Disponível em: https://www.dgsi.pt.

Idêntico raciocínio vale para os negócios da vida corrente, isto é, e usando a definição dada por Mafalda Miranda Barbosa[82], para os negócios que o cidadão comum realiza, tanto para satisfação das suas necessidades quotidianas como para a satisfação das necessidades que, embora não sejam quotidianas, correspondem ao ordinário da vida. Também aqui, por aplicação do n.º 1 do artigo 147.º do CC, vale a regra geral da possibilidade da sua celebração pelo beneficiário e o impedimento da sua celebração, como exceção constante da lei ou decretada pela sentença de acompanhamento.

Em suma, devemos concluir *que a Pessoa Idosa com demência severa manterá, em regra, enquanto beneficiário, a capacidade de exercício dos seus direitos de personalidade e de celebração dos negócios da vida corrente. Qualquer restrição que se pretenda ver consagrada nesta sede deverá ocorrer a título excecional e ser devidamente fundamentada, com base nas circunstâncias específicas do caso concreto.*

Por conseguinte, tanto é proibida a interdição genérica do exercício destes direitos e da celebração destes negócios jurídicos pelo beneficiário, como a sua restrição arbitrária e não fundamentada.

4.3.7 A revisão das medidas de acompanhamento

Uma última palavra para referir que o artigo 155.º do CC obriga à revisão das medidas de acompanhamento aplicadas à Pessoa Idosa com demência severa, de acordo com a periodicidade que constar da sentença e, no mínimo, de 5 em 5 anos.

Usando as palavras de Nuno Luís Lopes Ribeiro[83], que nada dizendo a sentença de acompanhamento a propósito do prazo de revisão destas medidas, elas serão obrigatoriamente revistas de 5 em 5 anos.

82 BARBOSA, M. B. Fundamentos, Conteúdo e Consequências do Acompanhamento de Maiores. *In: O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 67. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

83 RIBEIRO, N. L. L. O Maior Acompanhado: Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto. *In*: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 100. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

É a chamada revisão periódica, que está de acordo com a exigência de controlo periódico constante do n.º 4 do artigo 12.º da Convenção de Nova Iorque[84], e que deverá ocorrer a título oficioso[85].

Contudo, nada impede que o tribunal, oficiosamente ou a requerimento, reveja as medidas de acompanhamento decretadas nesta sede a todo o tempo, sempre que a situação do beneficiário o justifique. Esta possibilidade é-lhe expressamente conferida pelo n.º 2 do artigo 904. Assim sendo, para além da necessidade de revisão periódica, também poderá o tribunal proceder à revisão a todo o tempo das medidas de acompanhamento aplicadas ao Idoso com demência severa, sempre que entender que a situação específica do beneficiário- melhoria ou pioria do seu estado de saúde- o justifique. As medidas aplicadas nesta sede não são, por conseguinte, estanques nem inalteráveis.

5 CONCLUSÃO

Cuidar não é, decerto, uma tarefa fácil e, em jeito de conclusão, retomamos o título do artigo, adaptando-o, neste particular, às dificuldades sentidas pelo cuidador: a palavra, o toque e o gesto que tenho dificuldade e receio em partilhar…eis a minha condição.

Não obstante os valorosos esforços despendidos por todos os atores intervenientes e as alterações introduzidas, principalmente, no quadro regulatório nacional, impõe-se, por um lado, uma maior sensibilização para estas matérias, mediante ações de formação e informação, e, por outro, uma maior interiorização da necessidade de capacitação e valorização das pessoas idosas com demência severa.

Todas elas são capazes, na medida das suas possibilidades e, por isso, importa envolvê-las nos respetivos cuidados, promovendo a sua autonomia e a sua real integração social, familiar, económica e cultural. Por isso, devem ser ouvidas,

84 "Artigo 12. Reconhecimento igual perante a lei. 4 – Os Estados Partes asseguram que todas as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica fornecem as garantias apropriadas e efectivas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos. Tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa [...] sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial".

85 PAZ, M. O Maior Acompanhado – Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto. *In: O novo regime jurídico do maior acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, 135. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

mesmo que isso implique tempo acrescido, paciência e um maior esforço para ir ao seu encontro.

Com efeito, sem a sua audição e envolvimento, como é que é se pode ir ao encontro da sua vontade? Ou tentar negociar os cuidados a prestar? E fazer, sequer, o juízo de ponderação entre a sua liberdade individual e os cuidados devidos para com a sua pessoa e terceiros?

Não menos relevante é prestar apoio aos cuidadores, através de uma rede material e humana para, no final do dia, se sentirem mais realizados em relação às tarefas despendidas perante a complexa arte de cuidar.

Nesse sentido, face ao referido, verifica-se que ainda há muito por fazer.

REFERÊNCIAS

AASEN, H. S. The Right to Health Protection for the Elderly: Key Elements and State Obligations. *In*: BRIGIT TOEBES, M. H., AAAR HENDRIKS ET AL. (coord.). *Health and Human Rights in Europe*. Cambridge: Intersentia, 2012, 273-298.

ALBUQUERQUE, P.; ALBUQUERQUE, P. Idosos. *In*: *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*. Lisboa: Universidade Católica, V.III, 2020, 2793-2813.

ARAÚJO, C.M. F.N.O., O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado. *In*: *O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2021, p. 69-100. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_MaiorA_2021.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

BARBOSA, M. B. Fundamentos, Conteúdo e Consequências do Acompanhamento de Maiores. In: *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 61-74. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

BARBOSA, M. M. Acompanhamento de Maiores: a Centralidade do Maior Acompanhado. *Cadernos de Direito Privado*, n. 66, 2019, p. 3-18.

BEAUCHAMP, T. L. Principles of health care ethics. In: GILLON, R.; LLOYD, A. (coord.). *The "Four-principles" Approach*. Chichester: John Wiley & Sons, 1993, .3-12.

BELEZA, M.P. Brevíssimas Notas sobre a Criação do Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Regimes da Interdição e da Inabilitação- Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. *In*: *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 15-21. [Consult. 20.07.2021]. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRÍZIDO, A. P. *Cuidar da Velhice em Humanitude : Como regular a Humanização dos Serviços de Saúde*. 2017. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, Repositório da Universidade Nova de Lisboa.

CABRAL, N. D. C. Cuidados continuados: A necessidade de uma abordagem integrada nas áreas da saúde e da segurança social. In: CABRAL, N. D. C.; AMADOR, O. M., *et al* (coord.). *A reforma do sector da saúde*: uma realidade eminente? Coimbra: Almedina, 2010. p. 289-318.

CANÇADO TRINDADE, A. A. Access to International Justice in Relation to the Interaction between International Law and Domestic Law. *In*: CREMONA, M.; WITTE, B. D., *et al* (coord.). *The Access of Individuals to International Justice,* 76-112. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CANÇADO-TRINDADE, A. A. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2017.

CANÇADO-TRINDADE, A. A. The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations. In: CREMONA, M.; WITTE, B. D., *et al* (coord.). *The Access of Individuals to International Justice,* 1-16. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CORDEIRO, A.M. Da Situação Jurídica do Maior Acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades de maiores. *Revista de Direito Civil,* n.3, 2018, p. 473-554.

COSTA, M. I. A audição do beneficiário no regime jurídico do maior acompanhado: notas e perspectivas. *Julgar Online*. julho de 2020, p. 1-20. Disponível em: http://julgar.pt/a-audicao-do-beneficiario-no-regime-juridico-do-maior-acompanhado-notas-e-perspectivas. Acesso em: 18 ago. 2021.

COUTINHO, F.S; FERREIRA, V.P. Audição do Beneficiário: entre a Dificuldade Real e a Obrigatoriedade Legal. *Julgar Online*. maio de 2021, p. 1-20. Disponível em: http://julgar.pt/audicao-do-beneficiario-entre-a-dificuldade-real-e-a-obrigatoriedade-legal. Acesso em: 18 ago. 2021.

FONSECA, A. M. O envelhecimento: algumas questões de bioética. *Cadernos de Bioética, Revista Portuguesa de Bioética,* n. 40, 105-121.

GERALDES, A.S.A; SOUSA, L. F. P; PIMENTA, Paulo. *Código de Processo Civil Anotado* – Processo de Execução, Processos Especiais e Processo de Inventário Judicial. Coimbra: Almedina, 2020. v. 2.

GOMES, A.C. L.M. F. O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado. *In*: O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2021, p. 9-39. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_MaiorA_2021.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

GOMES, A.C. L.M. F. O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado. *In*: O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2021, p. 9-39. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_MaiorA_2021.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

GOMES, J.C; NETO, L; VÍTOR, P.T. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência- Comentário. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2020.

HERT, P. D.; MANTOVANI, E. Specific Human Rights for Older Persons? *European Human Rights Law Review,* n. 4, 2011, 398-418.

JACQUARD, A. L. *´ Héritage de la liberté: de l´animalité à l´humanitude*. Paris: Seuil, 1986.

MONTEIRO, A. P. Das incapacidades ao maior acompanhado – breve apresentação da Lei n.º 49/2018. *In*: *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 25-38. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

MORIN, E. *Introduction à la pensée complexe*. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

NUNES, R.; BRANDÃO, C. Nota Introdutória, humanização da saúde. *In*: NUNES, R. e BRANDÃO, C. (coord.). *Humanização da saúde, Coletânea bioética hoje – XIII*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 11-14.

OLIVEIRA, A. R. S. O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado. *In*: O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado [Em linha]. Lisboa. *Centro de Estudos Judiciários*, 2021, p. 41- 68 Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_MaiorA_2021.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

OSSWALD, W. Humanização, ética, solidariedade. *Revista Portuguesa de Bioética: Cadernos de Bioética*, n. 29, 2002, p. 15-20.

PAZ, M. O Maior Acompanhado- Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto. *In*: *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 111-138. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

PAZ, M. O papel do Ministério Público no processo de maior acompanhado. *Cadernos de Direito Privado*, n. 66, 2019, p. 19- 29.

RAMOS, R. M. G. D. M. *Da comunidade internacional e do seu Direito*. Coimbra: Coimbra, 1996.

RIBEIRO, N. L. L. O Maior Acompanhado: Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto. *In*: *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019. p. 75-109. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

SALGUEIRO, N. *Humanitude um imperativo do nosso tempo*. 1. ed. Coimbra: IGM Portugal – Humanitude Lda, 2014.

SIMÕES, M.; RODRIGUES, M.; SALGUEIRO, N. Importância e aplicabilidade aos cuidados de enfermagem do método de Cuidados de Humanitude Gineste-Marescotti. *Referência*, n. 4, 3 Série, 2011, 69-79.

SIMÕES, M.; SALGUEIRO, N.; RODRIGUES, M. Cuidar em Humanitude: estudo aplicado em cuidados continuados". *Referência*, n. 6, 3 série, 2012, 81-93.

SOUSA, M. T. O Regime do Acompanhamento de Maiores- Alguns Aspetos Processuais. *In*: O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado [Em linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 39- 60. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

ZENZ, G. Autonomie und Abhängigkeit-familienrechtliche Schutzbelange im Alter. *In*: IGL, G. e KLIE, T. (coord.). *Das Recht der älteren Menschen*. Baden Baden: Nomos 2007, 131-172.

A proteção das pessoas com deficiência no âmbito das relações de consumo: um estudo à luz do Sistema Interamericano

Karinne Benassuly de Melo[1]

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é diferenciada pela sua insegurança material, na qual o progresso técnico, econômico e tecnológico expõe os indivíduos a contínuas situações de risco. Esta sociedade de massa, pós-industrial, caracterizada produção em série baseia-se em um padrão homogêneo de produção de produtos e serviços, com fins de comercialização ao maior número possível de consumidores e com ampla oferta.

À medida que mais grupos sociais têm acesso aos bens de consumo, mais eles se encontram expostos aos eventuais riscos desta relação, como é o caso da pessoa com deficiência, expressiva parcela da população brasileira. Consoante o Censo 2010, promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), cerca de 46 milhões de brasileiros (24% da população total) possuem algum grau de dificuldade (em enxergar, ouvir, caminhar ou subir degraus) ou possuem deficiência mental/intelectual. Ao exercer atividades de consumo, tais indivíduos se encontram em uma situação específica, especialmente ao consumir no exterior ou por meio virtual.

Na relação de consumo em geral, já pode ser constatada uma relação de vulnerabilidade entre consumidor e fornecedor. Em contratos internacionais, tal condição é agravada devido às barreiras de acesso à informação, por exemplo, o que leva o consumidor a riscos para sua própria integridade física e saúde, falta

1 Graduanda do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do grupo de pesquisa intitulado 'Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia'. E-mail: karinbenassuly@hotmail.com.

de acessibilidade, discriminação, a superendividamento, sujeição à propaganda abusiva e falta de acesso à justiça, com mínima ou nenhuma reparação judicial por danos ou defeitos. Nisto, as novas discussões no âmbito jurídico têm avançado o questionamento acerca da proteção dos direitos do consumidor no comércio internacional, o que direciona o desafio aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos e ao direito interno para efetivar tais garantias.

Mediante tal situação, questiona-se como a proteção às pessoas com deficiência pode ser efetivada no âmbito das relações de consumo, considerando-se o quadro normativo que compõe o sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos. Os valores expressos na Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (ou Convenção da Guatemala de 1999), e na própria Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 podem imergir no âmbito privado, para a proteção do consumidor pessoa com deficiência?

Buscando responder a tais indagações, o estudo objetiva caracterizar o consumidor pessoa com deficiência enquanto grupo vulnerável a nível internacional, e inferir as principais diretrizes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que podem ser aplicadas ao consumidor e à pessoa com deficiência. Em segundo plano, objetiva-se investigar os aspectos próprios da tutela do consumidor pessoa com deficiência no plano internacional, bem como instrumentos que possam ser utilizados para a melhor tutela do consumidor pessoa com deficiência no sistema interamericano, ou de aplicação dos direitos humanos a tais relações.

Para a consecução do estudo, será utilizado o método hipotético-dedutivo, com consultas a fontes bibliográficas, apurando-se também a normativa internacional sobre a proteção da pessoa com deficiência no sistema interamericano, em conjunto com a legislação interna sobre a proteção do consumidor e da pessoa com deficiência. Em adição, serão utilizadas doutrinas nacionais e internacionais, e consulta à jurisprudência nacional, a fim de apurar a proteção específica da pessoa com deficiência nas relações de consumo.

2 A PROTEÇÃO INTERAMERICANA AOS GRUPOS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

No mundo fático, determinados grupos de indivíduos se encontram em situações de vulnerabilidade, ou seja, de desamparo no seu contexto social e suscetibilidade à agressões de diversas naturezas, seja por ação de outrem ou do próprio

Estado de origem. Nessas situações, o indivíduo encontra-se majoritariamente desprovido de instrumentos para poder reivindicar a reparação e efetivação dos seus direitos humanos e direitos fundamentais. Com principal fundamento na dignidade da pessoa humana, os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos buscam amparar as pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade, mudando-se a perspectiva de que os direitos essenciais do homem derivam da sua própria condição humana[2], e não do fato de ser um cidadão ou habitante de um determinado Estado.

O sistema interamericano de direitos humanos, desde a proclamação da Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), entende como o sentido da solidariedade americana como a consolidação de um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem[3]. Em conjunto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) concretiza o desenvolvimento da proteção interamericana de direitos humanos, mediante a supervisão pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos. A CADH vincula os Estados ao cumprimento das suas disposições, e pontua algumas atuações específicas no que tange à proteção de grupos vulneráveis, mas, principalmente, o ideal é que o ser humano se desvincule da situação de miséria a partir da criação de condições nas quais poderá gozar dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais[4].

Nesta conjuntura, a pessoa com deficiência é considerada o indivíduo em situação de vulnerabilidade, tanto que foi contemplada já na Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999) e, mais recentemente, na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York (2007). Para a primeira Convenção, o termo *deficiência* indica uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social[5].

Apesar de não integrar o sistema interamericano, a segunda Convenção traz uma importante mudança de perspectiva da definição de *deficiência*. Em sua

2 Preâmbulo da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948).

3 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 311.

4 Preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

5 Artigo I, 1, Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

perspectiva, a deficiência se encontra diretamente vinculada à interação entre as pessoas e às barreiras decorrentes do ambiente e das atitudes que impeçam a participação na sociedade, assim como à igualdade de oportunidades quando comparados com pessoas não portadoras de deficiência[6].

Tem-se uma mudança de paradigma de uma definição estritamente médica para a compreensão de que o meio ambiente socioeconômico pode influenciar e agravar a situação da deficiência[7]. Tal situação priva a pessoa com deficiência de interagir com outros indivíduos e de exercer a sua autodeterminação, trazendo-se o foco do problema para a reconstrução de uma sociedade que tem dificuldades em incluir pessoas que não se enquadram em seus parâmetros. Um dos pilares para a promoção dos direitos humanos da pessoa com deficiência é a sua não-discriminação, vedando-se qualquer critério de diferenciação que impeça ou anule o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos e liberdades individuais[8].

Compondo os princípios que norteiam a promoção dos direitos humanos da pessoa com deficiência[9], tem-se: o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, com a liberdade de fazer as próprias escolhas e a independência das pessoas; a não discriminação; a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência tal qual parte da diversidade humana e da humanidade; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade; a igualdade de gênero; e o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade. É essencial assegurar os meios para consolidar a integração social e desenvolvimento pessoal das pessoas com deficiência.

A Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999) então estipula a adoção de ações afirmativas pelas autoridades governamentais para,

---

6 Preâmbulo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York (2007), item 'e'.

7 FERNANDES, Fernanda Holanda; MOREIRA, Thiago Oliveira. A nova definição constitucional de pessoa com deficiência introduzida pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência à luz do filme "Colegas". *In*: MEDEIROS, Morton Luiz Farias de. *O Direito na Arte:* diálogos entre o cinema e a Constituição. Mossoró: Sarau das Letras, 2014. p. 203.

8 Artigo I, 2, a, Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

9 Artigo 3, Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York (2007).

progressivamente, eliminar a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, como o emprego, transporte, comunicações, habitação, lazer, educação, esporte, acesso à justiça, serviços policiais e atividades políticas e de administração[10]. Os Estados-Partes também se comprometem a tomar medidas para que se facilite o transporte, a comunicação e o acesso das pessoas portadoras de deficiência em edifícios, veículos e instalações a ser construídos ou fabricados em seu território[11], assim como para eliminar, quando for possível, obstáculos arquitetônicos, de transporte e comunicações existentes[12].

Consoante o sistema interamericano de proteção à pessoa com deficiência, deve haver uma atuação preventiva das formas de deficiência possíveis, e assegurar a detecção e intervenção precoce, tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços completos para garantir o melhor nível de independência para as pessoas portadoras de deficiência. Ressalta a Convenção de 1999 a sensibilização da população, por meio de campanhas de educação, destinadas a eliminar preconceitos, estereótipos e outras atitudes que atentam contra o direito das pessoas a serem iguais, permitindo o respeito e a convivência com as pessoas com deficiência[13].

Nisto, a cooperação entre os Estados é fundamental[14], devendo colaborar na elaboração de pesquisa científica e tecnológica destinada à prevenção das deficiências, bem como ao tratamento, reabilitação e integração na sociedade de pessoas portadoras de deficiência. Também é essencial à colaboração o desenvolvimento de meios e recursos destinados a facilitar ou promover a vida independente, a autossuficiência e a integração total, em condições de igualdade, à sociedade das pessoas portadoras de deficiência[15].

---

10 Artigo III, 1, a, Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

11 Artigo III, 1, b, Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

12 Artigo III, 1, c, Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

13 Artigo III, 2, Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

14 Artigo IV, 1, 2, Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

15 Artigo IV, 2, b, Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

3 A DEFESA DO CONSUMIDOR NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Considerando-se o quadro de proteção do sistema interamericano de direitos humanos, a tutela dos direitos humanos se estende à figura do consumidor, pessoa física. Ao passo que não existe um único documento unificado que trate da figura do consumidor no sistema interamericano, percebe-se a tendência da preocupação com a proteção do consumidor em meio aos novos desdobramentos no direito internacional privado, com a contratação remota, comércio eletrônico e expansão do consumo internacional[16]. O comércio digital alcança qualquer indivíduo que tenha acesso à *internet*, atravessando fronteiras dos Estados nacionais.

O consumidor se encontra em uma posição vulnerável, cujos interesses ainda precisam ser amparados pela intervenção dos Estados e organismos internacionais[17], e em um contexto de ambiente de consumo não harmônico e sem um mercado integrado. Não obstante, tem-se o risco de exposição de dados no meio virtual para efetuar pagamentos e recebimento dos produtos, além de falta de proteção, dificuldade de reparos em produtos em geral, e falta de disponibilidade de informações sobre os produtos e serviços oferecidos, para permitir sua localização e identificação[18]. A vulnerabilidade do consumidor se acentua na despersonalização da relação jurídica, da desmaterialização do meio eletrônico, e na falta de um território específico no qual se situa a contratação[19], o que dificulta uma tutela jurídica adequada.

Nesse contexto, reconhecendo-se o desequilíbrio inerente às relações de consumo[20], a proteção dos direitos humanos do consumidor se pauta na noção

16 MARQUES, Cláudia Lima. *A proposta brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a alguns com consumidores (CIDIP VII)*: Temas e discussões no fórum de expertos da OEA. 2006. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/51112/31769. Acesso em: 9 ago. 2021. p. 75-76.

17 SOARES, Fernanda Sabah Gomes. *Breves considerações sobre a proteção do consumidor na UE, no Mercosul e na OEA*. 2013. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=52a1b56880f19a7e. Acesso em: 7 ago. 2021. p. 2.

18 SANTANA, Héctor Valverde; VIAL, Sophia Martini. Proteção internacional do consumidor e cooperação interjurisdicional. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, 2016. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4111/pdf. Acesso em: 6 set. 2021. p. 397.

19 *Ibid.* p. 398.

20 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 129.

de mínimo existencial, associada ao elemento positivo do princípio da dignidade humana[21]. O princípio pode ser caracterizado nos elementos positivo e negativo, os quais, respectivamente, referem-se à proibição de se impor tratamento ofensivo, degradante ou discriminatório a um ser humano, e à defesa da existência de condições materiais mínimas de sobrevivência a cada indivíduo (as quais envolvem aspectos como o direito à vida, à qualidade de vida, ao desenvolvimento da personalidade e direitos sociais[22]. Ao Estado também são impostos deveres para se resguardar a dignidade humana, consolidando-se no dever de respeito (imposição de limites à ação estatal) e o dever de garantia (promoção da dignidade humana por meio de ações que promovam a condição material ideal para sua concretização)[23]. São então formuladas leis e políticas públicas no plano interno e internacional para efetivar os direitos humanos em todas as suas dimensões.

Devido à produção de diversas normas no plano internacional, ocasionalmente elas entram em conflito no caso concreto – exigindo-se, em uma perspectiva pós-moderna, que normas que se originam de sistemas distintos (a exemplo do entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Privado) interajam em um sistema plural voltado à formulação de mecanismos de resolução de disputas e antinomias[24]. Como consequência, enseja-se a adoção de novas sistemáticas, conforme as calcadas na teoria do diálogo das fontes[25] para a coordenação das fontes legislativas convergentes, com aplicação

---

21 CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 76.

22 DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. A proteção do consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação da noção de mínimo existencial de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 106, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.05.PDF. Acesso em: 27 set. 2021. p. 4.

23 CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 76-77.

24 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O "Diálogo" das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo. 2008. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. v. 2. Belo Horizonte: CEDIN, 2006. Disponível em: http://centrodireitointernacional.com.br/static/anuario/3V2/anuario3v2.pdf. Acesso em: 27 set. 2021. p. 16-17.

25 Teoria de origem alemã desenvolvida por Erik Jayme, trazida e desenvolvida no Brasil por Cláudia Lima Marques no âmbito do direito do consumidor/direito civil, pela qual o sistema jurídico 'dialoga' entre suas diversas fontes, mediante a coerência e incorporando valores superiores. "[...] a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes as mais heterogêneas. Os direitos humanos, as Constituições, as Convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas

simultânea e coordenada voltada à coexistência das normas[26] – o que não exclui a aplicação das fontes tradicionais de resolução das antinomias normativas.

Diante desta perspectiva do dinamismo da normativa internacional a ser aplicada ao caso concreto e no dinamismo da relação de consumo internacional, ao envolver um contrato de compra e venda, a princípio surge a questão acerca da lei aplicável aos contratos de comércio eletrônico. Tal questionamento traz consigo uma dificuldade de regulamentação, em meio à necessidade de mitigar as formas de exclusão nesse meio, quanto ao acesso ao meio virtual e à falta de conhecimento informacional[27]. Tradicionalmente, o Direito Internacional Privado se utiliza de elementos de conexão para localizar qual a lei aplicável a cada situação, em casos que envolvam mais de uma ordem jurídica, levando-se em consideração o estado e a capacidade da pessoa, bem como o local da constituição do ato jurídico[28]. Do mesmo modo, utiliza regras de conexão, com a aplicação do direito vigente – o que esbarra na questão da heterogeneidade das normas e legislações internas de cada país, dificultando a aplicação de normas em casos de contratações internacionais e lidando com diversas conceituações sobre a mesma matéria[29].

Em casos de lacunas jurídicas e falta de mecanismos de proteção adequada e fornecimento de soluções justas aos conflitos, requer-se a interpretação das normas no âmbito do Direito Internacional Privado de acordo com valores sociais e voltado

---

estas fontes não se excluem mais mutualmente; elas 'dialogam' umas com as outras. Os juízes ficam obrigados a coordenar estas fontes 'escutando' o que elas dizem." JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*, T. 251. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1996. p. 259.

26 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O "Diálogo" das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo. 2008. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. v. 2. Belo Horizonte: CEDIN, 2006. Disponível em: http://centrodireitointernacional.com.br/static/anuario/3V2/anuario3v2.pdf. Acesso em: 27 set. 2021. p. 17.

27 SANTANA, Héctor Valverde; VIAL, Sophia Martini. Proteção internacional do consumidor e cooperação interjurisdicional. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, 2016. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4111/pdf. Acesso em: 6 set. 2021. p. 398.

28 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 167-168.

29 SANTANA, Héctor Valverde; VIAL, Sophia Martini. Proteção internacional do consumidor e cooperação interjurisdicional. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, 2016. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4111/pdf. Acesso em: 6 set. 2021. p. 400.

à proteção do agente mais fraco na sociedade de consumo[30]. A partir disto, pode-se delinear o estabelecimento de *standards* no comércio que propiciem a apropriada proteção do consumidor, contribuindo do mesmo modo para a proteção do meio ambiente e para o fomento da livre concorrência internacional[31]. Para tanto, a integração e uniformização de normas internacionais para o comércio regional se torna matéria essencial para o amparo ao consumidor e desenvolvimento de soluções para o caso concreto na relação de consumo internacional. Outro aspecto que permeia a problemática é a suposta insuficiência dos regramentos da ordem pública internacional a nível interamericano e das conexões utilizadas para a aplicação da lei mais favorável[32].

Visando à integração e maior discussão de temas de interesse em Direito Internacional Privado entre os países pertencentes à Organização dos Estados Americanos, Conferências Especializadas Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIP) foram instauradas, com o intuito de harmonizar as legislações americanas[33], considerando as limitações e carências que os países enfrentam. Mesmo com tal iniciativa, certas questões são de difícil consenso, tal qual o foro privilegiado do consumidor, a possibilidade de eleição de foro e de foro arbitral em disputas envolvendo consumidores[34].

---

30 MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado*:* Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *In:* A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral, Curso de Direito Internacional, CJI/OEA, Washington/Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf. Acesso em: 9 ago. 2021. p. 11.

31 *Ibid.* p. 10.

32 MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado*:* Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *In*: A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral, Curso de Direito Internacional, CJI/OEA, Washington/Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf. Acesso em: 9 ago. 2021. p. 22.

33 SOARES, Fernanda Sabah Gomes. *Breves considerações sobre a proteção do consumidor na UE, no Mercosul e na OEA*. 2013. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=52a1b56880f19a7e. Acesso em: 7 ago. 2021. p. 10.

34 MARQUES, Cláudia Lima. *A proposta brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a alguns com consumidores (CIDIP VII)*: Temas e discussões no fórum de

Para concretizar a tendência de uniformização, foi organizada a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável a Alguns Contratos e Transações Internacionais de Consumo, consolidada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP) VII (2005). Segundo a Convenção, consumidor é qualquer pessoa física que, frente a um profissional ou fornecedor de bens e serviços, atue com fins pessoais, familiares ou domésticos ou que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional ou com fins de revenda[35]. Do mesmo modo, é equiparado como consumidor os terceiros que usufruem diretamente, a saber, destinatários finais, dos serviços e produtos contratados[36].

A Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável a Alguns Contratos e Transações Internacionais de Consumo possui um efeito pedagógico, voltado à atuação na autonomia da vontade, à exigência de informação prévia ao consumidor e a evitar fraudes. Portanto, concretizaria-se uma previsibilidade para os fornecedores em seus instrumentos contratuais, mas que imporia limites para garantir uma maior segurança jurídica aos contratos de consumo e aumentar a confiança dos consumidores que circulam na região[37], por reconhecer quais são as condições da relação de consumo.

---

expertos da OEA. 2006. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/51112/31769. Acesso em: 9 ago. 2021. p. 87.

35 Art. 1 – Definição de consumidor 1. (Definição principal de consumidor). Para fins dos contratos e transações estipulados nesta Convenção, entende-se por consumidor qualquer pessoa física que, frente a um profissional ou fornecedor de bens e serviços, atue com fins pessoais, familiares ou domésticos ou que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional ou com fins de revenda. (Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável a Alguns Contratos e Transações Internacionais de Consumo, consolidada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP) VII, 2005).

36 Art. 1 – Definição de consumidor [...] 2. (Consumidor equiparado). Para fins desta Convenção, consideram-se também consumidores os terceiros que usufruam diretamente, como destinatários finais, dos serviços e produtos contratados. (Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável a Alguns Contratos e Transações Internacionais de Consumo, consolidada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP) VII, 2005).

37 MARQUES, Cláudia Lima. *A proposta brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a alguns com consumidores (CIDIP VII)*: Temas e discussões no fórum de expertos da OEA. 2006. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/51112/31769. Acesso em: 9 ago. 2021. p. 82.

São excluídos do âmbito de aplicação da CIDIP VII[38] os contratos de transporte regulados por instrumentos internacionais em vigor; os contratos de seguros e de resseguros; as questões decorrentes do estado civil das pessoas e da capacidade das partes; as questões decorrentes da responsabilidade extracontratual pelo fato dos produtos; as obrigações contratuais que tiverem como objeto principal questões sucessórias, testamentárias, regimes matrimoniais ou as decorrentes de relações de família; acordos sobre arbitragem ou escolha de foro; as questões de jurisdição, de representação por advogados na justiça e de solução alternativa de controvérsias; as questões de direito de sociedades, de previdência social, de tributos, laborais, sobre nomes de domínio e de propriedade intelectual; os contratos e transições gratuitas para o consumidor, não conexos com outros contratos de consumo remunerados; os contratos comerciais internacionais entre profissionais ou fornecedores de bens e serviços; as obrigações decorrentes de letras de câmbio, notas promissórias, conhecimentos de embarque ou qualquer documento ou título transferível que faculte seu portador ou beneficiário a reclamar a entrega das mercadorias ou o pagamento de uma soma de dinheiro; e os negócios jurídicos entre os falidos e seus credores e demais procedimentos semelhantes, especialmente as concordatas e análogos.

Não entram no âmbito de aplicação da CIDIP VII também os contratos e transações de consumo e as obrigações deles resultantes que, incluindo consumidores, estiverem regulados por convenções internacionais específicas em vigor. Pode-se constatar que obrigações pertinentes ao direito de família e direito empresarial, por exemplo, não estão no âmbito de aplicação, já que são questões próprias às legislações nacionais dos Estados-partes.

Ainda com as iniciativas de modernizar as legislações no intuito de proteção do consumidor, tem-se que o tema ainda não é uniformemente regulado no âmbito da OEA, embora o seja no Brasil, em legislação interna, com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Como mencionado, as relações de consumo internacional possuem um desequilíbrio informativo intrínseco[39], sendo

38 Art. 3, 1, Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável a Alguns Contratos e Transações Internacionais de Consumo, consolidada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP) VII, 2005.

39 MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado*:* Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. In: *A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral*, Curso de Direito Internacional, CJI/OEA, Washington/Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_

utilizadas técnicas incisivas de marketing, preços reduzidos e a própria falta de conhecimento nas transações internacionais para que os produtos sejam vendidos em larga escala, mediante contratos de consumo de curta duração[40]. Outros problemas a serem enfrentados neste âmbito são o risco de superendividamento, métodos de cobrança informatizados, e publicidade enganosa e abusiva[41].

Em suma, as relações de consumo internacionais caracterizam-se pelo pequeno valor, pela curta duração e pela difícil re-execução, já que dificilmente haverá a compensação pela frustração das expectativas do contratante consumidor[42] – sua eventual pretensão jurídica também será suprimida pelo baixo valor a ser reclamado. A relação com o fornecedor também se caracteriza nos aspectos de distância (relativas às informações que tratam da origem do fornecedor) e de confiança (sobre as características do fornecedor e de suas práticas)[43]. Adicione-se a isto as barreiras informacionais e linguísticas entre as informações acerca dos produtos ou serviços no mercado, o que dificulta a compreensão do consumidor e sua autonomia em uma relação de consumo internacional, e o deixa em situação de vulnerabilidade e de exposição aos riscos provenientes do usufruto dos bens de consumo. A vulnerabilidade de certos grupos consumidores é agravada, dentre eles o da pessoa com deficiência.

---

proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf. Acesso em: 09 ago. 2021. p. 6.

40 *Ibid.* p. 6.

41 SANTANA, Héctor Valverde; VIAL, Sophia Martini. Proteção internacional do consumidor e cooperação interjurisdicional. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, 2016. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4111/pdf. Acesso em: 6 set. 2021. p. 403.

42 MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado*:* Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *In:* A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral, Curso de Direito Internacional, CJI/OEA, Washington/Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf. Acesso em: 9 ago. 2021. p. 7.

43 SANTANA, Héctor Valverde; VIAL, Sophia Martini. Proteção internacional do consumidor e cooperação interjurisdicional. *Revista de Direito Internacional,* v. 13, n. 1, 2016. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4111/pdf. Acesso em: 6 set. 2021. p. 405.

4 A TUTELA DO CONSUMIDOR COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O reconhecimento dos direitos humanos do consumidor no plano internacional passa pelo reconhecimento da necessidade humana de consumo[44]. Para se alterar as dinâmicas próprias às relações privadas, os valores concretizados nos direitos humanos como um todo devem influenciar as normativas de direito privado e suas aplicações – especialmente no que tange aos valores que protegem a vulnerabilidade do indivíduo[45]. Utiliza-se, portanto, a técnica do diálogo das fontes[46] para a reconceituação de certos conceitos em uma sociedade pós-moderna, que exige soluções complexas e inovadoras para a consecução da igualdade e proteção da dignidade da pessoa humana[47]. Almeja-se a melhor garantia dos interesses do consumidor e de acordo com a opção mais favorável, naquilo que mais protege seus direitos humanos em meio à situação de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade nas relações de consumo caracteriza-se pela falta de poder dentro das relações de consumo, estando expostos às práticas comerciais dos fornecedores[48]. Tal condição pode assumir quatro tipos: vulnerabilidade técnica; vulnerabilidade jurídica; vulnerabilidade fática; e vulnerabilidade informacional[49]. A técnica consiste na falta de conhecimentos especializados acerca do produto ou serviço objeto da relação de consumo, os quais são de conhecimento presumido do fornecedor; a jurídica consiste na falta de conhecimento acerca dos direitos

44 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 62.

45 SANTANA, Héctor Valverde; VIAL, Sophia Martini. Proteção internacional do consumidor e cooperação interjurisdicional. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, 2016. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4111/pdf. Acesso em: 6 set. 2021. p. 404.

46 MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: Do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, p. 71-99, 2003.

47 SANTANA, Héctor Valverde; VIAL, Sophia Martini. Proteção internacional do consumidor e cooperação interjurisdicional. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, 2016. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4111/pdf. Acesso em: 6 set. 2021. p. 405.

48 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 128.

49 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 270.

e deveres que pertencem à relação de consumo, da mesma forma na ausência de conhecimento das consequências jurídicas dos contratos de consumo; a fática abrange situações concretas de reconhecimento de debilidade do consumidor frente ao fornecedor, podendo ocorrer também em alguns casos específicos, como no caso do consumidor-criança, consumidor-isodo e consumidor pessoa com deficiência, os quais enfrentam desafios específicos em virtude das suas características; por fim, a informacional trata da falta de acesso às informações do produto, deixando o consumidor em uma posição passiva e sem condições de verificar a veracidade dos dados apresentados sobre o produto[50].

A vulnerabilidade de pessoas com deficiência é agravada nas relações de consumo, em razão da sua condição. Obriga a interpretação da regra consumerista à luz da plena acessibilidade, enquanto princípio geral e direito humano[51], às informações constantes no contrato, com o dever de informação e o reforço dos deveres de cuidado exigíveis do fornecedor[52]. Adicione-se a isto a barreira linguística que permeia as compras internacionais, com pouca percentagem dos sites cujos produtos também possuem descrição em português, e com dificuldades de compreensão sobre a qualidade, a quantidade e a segurança dos produtos disponíveis no mercado[53].

Existe a concepção de que as pessoas com deficiência são igualmente usuários legítimos dos espaços, ambientes, produtos e serviços disponíveis, mediante a mudança de paradigma para o modelo social de deficiência. Deverão ser possibilitados a utilização por pessoa com deficiência, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, tal qual de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo, na zona urbana e na rural[54].

---

50 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 129-130.

51 Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, REsp 1912548/SP, Processo nº 2020/0217668-5, Data de Julgamento: 04/05/2021, DJe 07/05/2021. Disponível em: stj.jus.br. Acesso em: 9 ago. 2021. p. 10.

52 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 140.

53 SANTANA, Héctor Valverde; VIAL, Sophia Martini. Proteção internacional do consumidor e cooperação interjurisdicional. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, 2016. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4111/pdf>=. Acesso em: 6 set. 2021. p. 406.

54 Art. 3º, I, Lei nº 13.146/2015.

Para a efetiva inclusão da pessoa com deficiência na sociedade e assegurar a sua autonomia, a supramencionada Convenção de Nova York (2007) procura vincular os Estados-partes a promover a acessibilidade ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, assim como no meio digital, com apropriado acesso aos sistemas de tecnologia da informação e comunicação, e à própria *Internet*[55]. Não obstante, a pessoa com deficiência tem o direito do resguardo à sua integridade física e mental, respeitada em igualdade de condições com as demais pessoas[56]. As garantias estabelecidas na Convenção demonstram a necessidade de adaptação dos meios de comunicação - e a consequente informação acerca dos bens de consumo – às necessidades da pessoa com deficiência, com vistas a efetivar a sua participação adequada e com minimização das circunstâncias sociais que acentuam a deficiência.

Haja vista a não uniformização das regras de comércio internacional no sistema interamericano, com convenções específicas que unifiquem as regras para a tutela do consumidor, pessoas como o turista internacional e as que fazem uso do comércio eletrônico encontram-se em situação peculiar, limítrofe entre relações privadas, direitos humanos e direitos fundamentais[57]. Nisto, a Resolução ONU nº 39/248 estipulou algumas diretrizes que podem servir de guia para a proteção dos direitos humanos do consumidor: a proteção do consumidor quanto aos prejuízos à saúde e à segurança; o fornecimento de informações adequadas aos consumidores

55 Artigo 9 Acessibilidade: 1.A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a: [...] 2. Os Estados Partes também tomarão medidas apropriadas para: g) Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet; (Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York, 2007).

56 Artigo 17 Proteção da integridade da pessoa: Toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de condições com as demais pessoas. (Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York, 2007).

57 MARQUES, Cláudia Lima. *A proposta brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a alguns com consumidores (CIDIP VII)*: Temas e discussões no fórum de expertos da OEA. 2006. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/51112/31769. Acesso em: 9 ago. 2021. p. 82.

para capacitá-los à escolha autônoma de acordo com as necessidades e desejos individuais; e pela proteção dos interesses econômicos do consumidor[58].

No âmbito do comércio eletrônico, é dever do Poder Público brasileiro regulamentar e assegurar a disponibilidade de informações claras sobre os produtos e serviços ofertados, mesmo no meio virtual, especificando a quantidade, qualidade, características, composição, preço e eventuais riscos à saúde e segurança do consumidor com deficiência[59], sendo direito básico do consumidor em geral[60]. Trata-se, portanto, de uma diretiva interna que objetiva a proteção do consumidor a nível nacional, reconhecendo seu status de vulnerabilidade, mas cujo possível foco são as relações e contratos de consumo a nível internacional.

5 CONCLUSÃO

A proteção de grupos vulneráveis pelos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos busca oferecer meios para que indivíduos em situação de desamparo possam garantir seus direitos humanos, em especial a dignidade da pessoa humana. A pessoa com deficiência encontra-se no rol de grupos vulneráveis, cujos desafios concentram-se em sua dificuldade de autodeterminação e acessibilidade em uma sociedade desigual, cujo contexto socioeconômico ocasionalmente impõe obstáculos à sua integração e desenvolvimento social. No sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, a pessoa com deficiência é amparada principalmente pela Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999), a qual estipula diretivas para promover a igualdade e não-discriminação perante as pessoas sem deficiência.

No âmbito das relações de consumo, não existe um documento unificado que uniformize a tutela da proteção ao consumidor em geral na OEA. A Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável a Alguns Contratos e Transações Internacionais de Consumo (engendrada na CIDIP VII) é um dos documentos no sistema interamericano que busca a harmonização das regras aplicáveis aos contratos de consumo no plano regional, objetivando promover a confiança do

58 SANTANA, Héctor Valverde. Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, 2014. p. 53-64. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/79125014.pdf. Acesso em: 7 ago. 2021. p. 57.

59 Art. 69, Lei nº 13.146/2015.

60 Art. 6º, III e parágrafo único, Lei nº 8.078/1990.

consumidor e a segurança jurídica aos contratos internacionais. Todavia, ainda enfrenta problemáticas jurídicas estruturais sobre a tutela dos consumidores no meio eletrônico e do turista internacional, com o incremento das relações de consumo executadas via *internet* e a falta de estrutura judicial específica para tratar destas causas.

Por efeito do caráter dinâmico das relações de consumo internacionais, constituindo-se em um fenômeno complexo, requer novos instrumentos de resolução de conflitos, em adição aos métodos tradicionais de resolução de antinomias. Através do diálogo das fontes é possível captar os valores essenciais trazidos pelos direitos humanos e incorporá-los à dinâmica das relações privadas, e, apropriadamente, criar uma tutela jurídica para o consumidor pessoa com deficiência. Diante de sua condição, o consumidor pessoa com deficiência se encontra sujeito a alguns tipos de vulnerabilidade, principalmente a fática e a informacional – no comércio internacional, adicione-se a isto barreiras linguísticas, propagandas agressivas e falta de informação apropriada sobre as qualidades e riscos dos produtos e serviços disponíveis no mercado. Cria-se uma situação singular que requer uma tutela jurídica específica e adaptações nas interpretações dadas às diretivas sobre consumo internacional.

Para tal fim, as diretrizes das normas do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, voltando-se à Convenção de 1999, poderão ser trazidas pelos Estados-partes e pelos juízes na tutela das relações de consumo, com olhar específico para as necessidades da pessoa com deficiência. É possível promover o resguardo à integridade física e saúde do indivíduo, estruturando a acessibilidade e disponibilidade de informações claras sobre os produtos e serviços, e efetivando, em última análise, a dignidade da pessoa humana e a igualdade aliada à autonomia ao exercer as suas necessidades de consumo de modo igualitário. Tais diretrizes foram incorporadas à normativa nacional brasileira por meio de leis a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, as quais estipulam que o consumidor com deficiência tem direito à informação clara e precisa sobre as características do que está consumindo.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O "Diálogo" das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo. 2008. *In*: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. v. 2. Belo Horizonte: CEDIN, 2006. Disponível em: http://centrodireitointernacional.com.br/static/anuario/3_V2/anuario_3_v2.pdf4. Acesso em: 27 set. 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de Direito do Consumidor,* v. 115, Ano 27, p. 21-40. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev. 2018. Disponível em: https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1042/911. Acesso em: 26 set. 2021.

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

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 6 jul. 2021.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp. Acesso em: 5 jul. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência*. 1999. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/discapacidad.asp. Acesso em: 5 jul. 2021.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP) VII. *Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável a Alguns Contratos e Transações Internacionais de Consumo* – Proposta Buenos Aires. 2005. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII_working_doc_cp_simplified_version_final_brazilian_proposal_POR.pdf. Acesso em: 7 jul. 2021.

COSTA, Bráulio Caio Ferreira da. *A Convenção de Nova Iorque e a Lei Brasileira de Inclusão*: Percalços e vicissitudes para a efetivação do direito fundamental à acessibilidade. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 2018. Disponível em: https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/6118/1/ConvencaoNovaIorque_Costa_2018. Acesso em: 7 jul. 2021.

DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. A proteção do consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação da noção de mínimo existencial
de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 106, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.05.PDF. Acesso em: 27 set. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERNANDES, Fernanda Holanda; MOREIRA, Thiago Oliveira. A nova definição constitucional de pessoa com deficiência introduzida pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência à luz do filme "Colegas". *In*: MEDEIROS, Morton Luiz Farias de. *O Direito na Arte:* diálogos entre o cinema e a Constituição. Mossoró: Sarau das Letras, 2014.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor comentado artigo por artigo*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GASPAR, Renata Alvares; JACOB, Mariana Romanello. As Cláusulas de Integração sob a ótica das CIDIPs: o papel desse instrumento na consecução da cooperação jurídica interamericana. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XIV, 2014. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870465414700194. Acesso em: 26 set. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado*:* Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *In:* A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral, Curso de Direito Internacional, CJI/OEA, Washington/Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf. Acesso em: 9 ago. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. *A proposta brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a alguns com consumidores (CIDIP VII)*: Temas e discussões no fórum de expertos da OEA. 2006. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/51112/31769. Acesso em: 9 ago. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito interno*: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. Tese (Doutorado em Direito) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). 2008. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/132783/000680945.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OVALLE FAVELA, José. *Derechos de los consumidores*. 2015. Disponível em: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4021/5.pdf. Acesso em: 28 jul. 2021.

SANTANA, Héctor Valverde. Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, 2014. p. 53-64. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/79125014.pdf. Acesso em: 7 ago. 2021.

SANTANA, Héctor Valverde; VIAL, Sophia Martini. Proteção internacional do consumidor e cooperação interjurisdictional. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, 2016. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4111/pdf. Acesso em: 6 set. 2021.

SETUBAL, Joyce Marquezin; FAYAN, Regiane Alves Costa (org.). *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência comentada*. Campinas: Fundação FEAC, 2016.

SOARES, Fernanda Sabah Gomes. *Breves considerações sobre a proteção do consumidor na UE, no Mercosul e na OEA*. 2013. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=52a1b56880f19a7e. Acesso em: 7 ago. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3ª Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, REsp 1912548/SP, Processo nº 2020/0217668-5, Data de Julgamento: 04/05/2021, DJe 07/05/2021. Disponível em: stj.jus.br. Acesso em: 9 ago. 2021.

PALUMBO, Livia Pelli. A efetivação dos direitos das pessoas com deficiência pelos sistemas de proteção dos direitos humanos: sistema americano e europeu. *Revista científica eletrônica do curso de direito da Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral de Garça – FAEF*, Ano 1, n. 2, jul/2012. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/XpIJi4SKLO7rVtt_2013-12-4-17-41-52.pdf. Acesso em: 7 ago. 2021.

A violência contra a mulher na internet e os parâmetros de proteção fornecidos pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos: *Velha história com uma nova cara?*

Daniela Bucci[1]

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvidas sobre os benefícios trazidos pela tecnologia digital, especialmente com relação à transformação na esfera da comunicação, com a popularização das redes, massificação de mensagens de texto e de voz, imagens que circulam nas redes e mídias sociais, permitindo mais rapidez na troca de informações e na comunicação. No entanto, o ambiente virtual tem sido um espaço usado também para a prática de ações de violência contra a mulher, nas plataformas Facebook, Twitter, blogs, Whatsapp, aplicativos etc.

As práticas conhecidas como pornografia de vingança (*revenge porn)*, humilhação (*cyberbullying)*, invasão de dados com intenção de assédio ou violência, perseguição (*stalking),* fraudes, abuso sexual, tráfico de pessoas, furtos e roubos a partir da aproximação via sites de relacionamentos, dentre outras modalidades reproduzem condutas da realidade cotidiana e passam a fazer parte da realidade virtual, violando a liberdade sexual, a honra e saúde psíquica, notadamente, das mulheres, caracterizando-se estas como umas das principais vítimas de violência na esfera digital.

---

1 Doutora e mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coord. Observatório de Direitos Humanos do Grande ABC (ODHUSCS) da Universidade Municipal de São Caetano do Sul/SP (USCS). Pesquisadora NETI/USP, coordenando o subgrupo das Cortes Internacionais de Direitos Humanos. CV: http://lattes.cnpq.br/0786892225874329. E-mail: daniela.bucci.db@gmail.com.

A facilidade e a velocidade com que as informações, mensagens, imagens se propagam pela internet, especialmente, pelas redes e mídias sociais podem gerar danos incontroláveis, irreversíveis e irreparáveis às mulheres.

Por essa razão, é imprescindível dar mais visibilidade ao fato de que a internet também é um espaço em que pode ocorrer a violência contra a mulher e que é preciso refletir, debater e encontrar alternativas para prevenção e proteção da mulher também nesse espaço.

Recente estudo mostra que na União Europeia cerca de 4 a 7% das mulheres sofreram algum tipo de assédio cibernético, enquanto que de 1 a 3% das mulheres foram vítimas de perseguição cibernética em 12 meses (2020/2021), começando desde os 15 anos de idade, e que esses números devem crescer, especialmente entre jovens e adolescentes[2].

Com base neste cenário, pretende-se analisar os parâmetros fornecidos pelas cortes internacionais de direitos humanos para a prevenção da violência contra a mulher, para a proteção e garantia de seus direitos no espaço digital. Para tanto, serão conceituadas as principais práticas cometidas contra a mulher consideradas ações atentatórias aos seus direitos. Em seguida, serão analisados os arcabouços normativos internacionais sobre o tema para, por fim, verificar os *standards* fornecidos pelas cortes de direitos humanos a respeito do tema e como isso pode contribuir para a promoção, prevenção e proteção dos direitos da mulher no Brasil, com base na legislação atualizada sobre a questão.

O método utilizado é empírico qualitativo por dedução, com base no estudo da jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos, a partir do estudo de teorias relevantes e análise descritiva e crítica da realidade brasileira sobre a violência de gênero na era digital.

2 VIOLÊNCIA VIRTUAL E A VULNERABILIDADE DA MULHER: A HISTÓRIA SE REPETE

De acordo com o Informe da Relatoria Especial contra a violência contra a mulher da Organização das Nações Unidas, a violência *online* contra a mulher se refere a todos "os atos de violência de gênero contra as mulheres cometidos com a assistência, em parte ou em sua totalidade, do uso das TIC [tecnologias

2 LOMBA, Niombo; NAVARRA, Cecilia; FERNANDES, Meenakshi. *European Parliamentary Research Service (EPRS). European Added Value Unit PE* 662.621–March 2021. Disponível em: EPRS_STU (2021)662621_EN.pdf. Acesso em: 1 set. 2021. p. 1-2, 8.

de informação e comunicação], ou agravado por ela, como telefones celulares e smartphones, internet, plataformas de mídia social ou e-mail" que lhe atinge de modo desproporcional[3].

Diversas são as formas em que se apresenta a violência virtual ou cibernética ou abuso online: discurso de ódio, perseguição (*stalking*), "hackeamento" de dados para fins de assédio; manipulação de imagens, ameaças de estupro e morte, violação de privacidade*, cyberbullying,* pornografia de vingança (*revenge porn), trolling,* tráfico e o comércio sexual, fraudes, furtos e roubos a partir da aproximação via sites de relacionamentos etc.

Uma das formas mais comuns é a *revenge porn* com o compartilhamento de fotos íntimas ou vídeos de atos sexuais sem consentimento de ex-parceiros após o término do relacionamento[4], com o objetivo de "envergonhar, humilhar a vítima, infligir-lhe dor e sofrimento psicológico por motivos de vingança", expondo expressamente a identidade da vítima acometendo muitos adolescentes que encaminham mensagens com imagens sexuais explícitas, denominadas de *sexting*[5].

Outra espécie de violência virtual é a perseguição conhecida pelo termo em inglês *stalking.* Neste caso, há diversas ações que podem ser englobadas nesta conduta: ameaças, falsas acusações, roubo de dados, uso inapropriado da identidade, monitoramento de e-mails, envio de mensagens com conteúdos obscenos, "solicitação de produtos e serviços" no nome da vítima, divulgação pública de natureza pessoal "potencialmente prejudicial ou constrangedora", instalação de vírus, *spamming*, hackeamento para assumir o comando do computador[6]. As ações se assemelham à perseguição no mundo *offline*, mas a internet oferece novos e diferentes caminhos para executar a perturbação, que se dá com um simples botão.

Conforme CITRON, no assédio cibernético ou c*yber harassment* há "uma tempestade perfeita de abusos": as vítimas são aterrorizadas e ameaçadas de violência. os assediadores "publicam falsidades difamatórias sobre as vítimas [...]

---

3 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Relatoria Especial para a Violência Contra a Mulher.* A/HRC/38/47, 18 jun. 2018.

4 VIDA critica a terminologia, pois nem sempre a razão é a vingança, mas o intuito de forçar que a parceira permaneça no relacionamento, por dinheiro, ganhar popularidade ou outras razões *In:* VIDA, Vilić. Revenge porn as a form of cyber misogyny. *Temida,* 2019, v. 22, Issue 1, Pages: 59-77, p. 62.

5 *Ibid*. p. 60-61.

6 MAPLE, Carsten; LANG, Richard. Vulnerability, Victims and Free Movement: The Case of Cyber-stalking. *New Journal of European Criminal Law*, 3 (2): 208, 2012, p. 13-14.

se fazem passar por vítimas em anúncios *online* e sugerem – falsamente – que suas vítimas estão interessadas em sexo"[7]. Vale lembrar de casos em que se somou a violência explícita e física com a transmissão ao vivo de agressão sexual e estupro publicada nas redes sociais[8].

VIDA considera que essas condutas são consideradas *cyber misogenia*, pois a maioria esmagadora das vítimas é mulher e as condutas "referem-se a diferentes tipos de ódio baseado em gênero, assédio e comportamento violento contra mulheres, meninas por meio da Internet e redes sociais", com "natureza discriminatória" e no "contexto de relações de poder e marginalização"[9].

Na verdade, de acordo com TODD, "o abuso *online* é uma das manifestações mais claras do espectro do sexismo e assédio sexual que existe dentro de nossa sociedade" que reforça a visão patriarcal, machista, sexista e até "sádica", isto é, todas as desigualdades presentes na realidade estão mimetizadas *online*[10] [11].

Com relação à violência contra mulher, a autora chama atenção ainda para o binário público/privado e que a violência contra a mulher no plano doméstico era vista como assunto privado, sendo muitas vezes considerada parte da vida cotidiana[12], banalizada que era.

Outro aspecto de relevância apontado por TODD, diz respeito à ausência de neutralidade no uso da linguagem que "reflete uma compreensão masculina do mundo" e que, portanto, traz impactos para o debate e entendimento do tema, exemplificando as divergências do uso do termo "violência" para "abuso emocional,

7 CITRON, Danielle Keats. Addressing Cyber Harassment: an overview of hate crimes in cyberspace. *Journal of Law, Technology & the Internet*, v. 6 2015, p. 2.

8 BOUKEMIDJA, Nadjiba Badi. Cyber Crimes against Women: qualification and means. *European Journal of Social Sciences*, September-December 2018, v. 1, Issue 3, 34, p. 38.

9 VIDA, Vilić. Revenge porn as a form of cyber misogyny. *Temida*, 2019, v. 22, Issue 1, Pages: 59-77, p. 63-64.

10 TODD, Megan. Virtual Violence: Cyberspace, Misogyny and Online Abuse. New Perspectives on Cybercrime. *Palgrave Studies in Cybercrime and Cybersecurity*. Palgave Macmillan, Cham, London, 2017, p. 141-158. ISBN 978-3-319-53855-6, p. 1.

11 Por isso, a autora deste artigo se inspira e se vale da frase "on old history with a new face", usado no título para fins de reflexão.

12 TODD, Megan. Virtual Violence: Cyberspace, Misogyny and Online Abuse. In: New Perspectives on Cybercrime. *Palgrave Studies in Cybercrime and Cybersecurity*. Palgave Macmillan, Cham, London, 2017, p. 141-158. ISBN 978-3-319-53855-6, p. 3-4.

sexual, financeiro, econômico e psicológico"[13]. Por outro lado, o uso de termos mais agressivos para se referir a determinadas condutas abusivas na internet, poderiam "mascarar o agressor e vítima" e pode gerar uma "dessensibilização" a respeito da violência de gênero[14] que ocorre no espaço cibernético e originalmente criado como masculino[15]. A autora acrescenta ainda que o uso de termos tais como "trolling" e "fraping", por exemplo, igualmente "disfarçam o gênero do autor do abuso *online*", embora na maioria das vezes a vítima seja mulher e o responsável seja do gênero masculino. Para a autora, o uso desses termos faz "desaparecer a figura do homem", servindo para a manutenção dos discursos dominantes e o sufocamento dos problemas de gênero[16].

Trolling[17], por sua vez, é considerado uma espécie de *cyberbullying* e trata do envio de mensagens provocativas, por e-mail ou postagens, para incitar reações e respostas raivosas[18] e agressivas: um "trote" com viés depreciativo, desrespeitoso que pode ocorrer. Outra figura conhecida no meio virtual é o *fraping*[19], uma forma

13 TODD, Megan. Virtual Violence: Cyberspace, Misogyny and Online Abuse. In: New Perspectives on Cybercrime. *Palgrave Studies in Cybercrime and Cybersecurity*. Palgave Macmillan, Cham, London, 2017, p. 141-158. ISBN 978-3-319-53855-6, p. 5-6.

14 *Ibid*. p. 7.

15 "As maneiras como as mulheres jovens (e meninas) são apresentadas em espaços *online* como o Facebook, e as maneiras pelas quais elas se exibem e se posicionam (em termos da lente da câmera, ângulo e partes do corpo que são exibidas), indicam a maneira pela qual o 'olhar masculino' é potencialmente internalizado por mulheres jovens que foram expostas a uma cultura altamente sexualizada" LUMSDEN, K. and MORGAN, H.M., 2012. 'Fraping', 'Sexting', 'Trolling' and 'Rinsing': social networking, feminist thought and the construction of young women as victims or villains. In: Proceedings of Forthcoming Feminisms: Gender Activism, Politics and Theory (BSA Gender Study Group Conference). *Leeds*, UK, 26 October 2012, p. 3.

16 TODD, Megan. Virtual Violence: Cyberspace, Misogyny and Online Abuse. *In*: New Perspectives on Cybercrime. *Palgrave Studies in Cybercrime and Cybersecurity.* Palgave Macmillan, Cham, London, 2017, p. 141-158. ISBN 978-3-319-53855-6, p. 6-7.

17 Mas será que não há limites para a liberdade de expressão no modo *online*, tal como existe no modo *offline*? A respeito. BJARNADÓTTIR, María Rún. Does the Internet Limit Human Rights Protection? The Case of Revenge Porn. 7 (2016) *JIPITEC* 204-215, p. 215; 212.

18 TODD, Megan. Virtual Violence: Cyberspace, Misogyny and Online Abuse. *In*: New Perspectives on Cybercrime. *Palgrave Studies in Cybercrime and Cybersecurity.* Palgave Macmillan, Cham, London, 2017, p. 141-158. ISBN 978-3-319-53855-6, p. 6.

19 Texto interessante para compreender a figura do *Fraping*. MONCURA, Wendy; ORZECHA, Kathryn M.; NEVILLEB, Fergus G. Fraping, social norms and online representations of self. *Computers in Human Behavior*, v. 63, October 2016, p. 125-131.

de "estupro virtual"[20] do perfil no Facebook quando a vítima o deixa conectado e alguém sem consentimento, se utiliza do perfil da vítima.

LUMSDEN e MORGAN chamam a atenção para a "conotação sexual e a violência simbólica" do significado do termo *fraping* que seria "linguisticamente interessante e caracteriza as interações sexuais / violentas *online* normalizadas" atualmente comuns no meio digital[21] e questionam porque, apesar da banalização que o uso do termo poderia provocar, esse comportamento é aceito no Facebook. Na mesma linha de TODD, LUMSDEN e MORGAN afirmam que os fatos se reproduzem na internet tais quais ocorrem na realidade: com a descredibilidade e culpabilização da vítima. Nesse sentido, BOUKEMIDJA alerta para o fato de que as orientações de "ignorar os *trolls*", de não compartilhar "informações pessoais" ou ficar "desconectada", na verdade, contém "suposições problemáticas sobre de quem é a responsabilidade de evitar o assédio e quão seriamente levamos certas formas de abuso", de modo que no fundo revelam "males sociais mais amplos, como misoginia, racismo e homofobia e, portanto, deveria ser levado a sério"[22].

Com relação ao *trolling*[23], especificamente, embora seus defensores se fundamentem na liberdade de expressão, ainda que sejam mensagem ofensivas[24], a prática tem sido usada, no que diz respeito à mulheres, notadamente, com maior repercussão na mídia, para propagar ameaças de morte, estupro e mensagens

20 TODD, Megan. Virtual Violence: Cyberspace, Misogyny and Online Abuse. *In*: New Perspectives on Cybercrime. *Palgrave Studies in Cybercrime and Cybersecurity*. Palgave Macmillan, Cham, London, 2017, p. 141-158. ISBN 978-3-319-53855-6, p. 6.

21 LUMSDEN, K. and MORGAN, H.M., 2012. 'Fraping', 'Sexting', 'Trolling' and 'Rinsing': social networking, feminist thought and the construction of young women as victims or villains. *In:* Proceedings of Forthcoming Feminisms: Gender Activism, Politics and Theory *(BSA Gender Study Group Conference*), *Leeds,* UK, 26 October 2012, p. 5.

22 BOUKEMIDJA, Nadjiba Badi. Cyber Crimes against Women: Qualification and Means. *European Journal of Social Sciences*, September-December 2018, v. 1, Issue 3, 34, p. 37.

23 Uma variação do *trolling* seria o chamado *flaming* "prática de enviar uma série de mensagens insultuosas ou mesmo odiosas para um fórum de discussão ou área de comentários de um *blog* ou site com o único propósito de provocar conflito aberto". BOUKEMIDJA, Nadjiba Badi. *Cyber Crimes against Women: Qualification and Means*. *European Journal of Social Sciences*, September-December 2018, v. 1, Issue 3, 34, p. 39.

24 LUMSDEN, K. and MORGAN, H. M., 2012. 'Fraping', 'Sexting', 'Trolling' and 'Rinsing': social networking, feminist thought and the construction of young women as victims or villains. *In:* Proceedings of Forthcoming Feminisms: Gender Activism, Politics and Theory (BSA Gender Study Group Conference), *Leeds*, UK, 26 October 2012, p. 6.

mesóginas, e usadas normalmente para desencorajar as atividades de mulheres em "espaços cibernéticos" reconhecidamente como de "domínio masculino"[25,26].

Paradoxalmente, no espaço virtual, LUMSDEN e MORGAN asseveram para o fato de que as próprias mulheres, especialmente as mais jovens, têm contribuído para a perpetuação do estereótipo da mulher objeto e sexualizada, "que podem ser vistos através das lentes da sexualização da cultura, que elas parecem abraçar ativa e artisticamente"[27].

Assim, a reprodução de estereótipos, a manutenção da cultura da sexualização, a discriminação se reflete na sociedade e também na internet, assim como a situação de vulnerabilidade das mulheres que igualmente se verifica no mundo digital, que se agrava com a sensação de impunidade decorrente do distanciamento ainda que artificial do agressor ou "the cockpit effect"[28], e do mascaramento da sua identidade e, sem dúvida do "alto poder de disseminação"[29] da mensagem ou imagem e, consequentemente do incalculável dano da vítima.

Vale ressaltar a especial vulnerabilidade das vítimas das condutas analisadas: além conduta invasiva e agressiva *per se*, MAPLE e LANG ressalta a "sensação de inescapabilidade", semelhante a já vivenciada por mulheres que sofrem violência doméstica e abuso infantil[30]: pois, a internet oferece ao *stalker*, por

---

25 LUMSDEN, K. and MORGAN, H. M., 2012. 'Fraping', 'Sexting', 'Trolling' and 'Rinsing': social networking, feminist thought and the construction of young women as victims or villains. *In:* Proceedings of Forthcoming Feminisms: Gender Activism, Politics and Theory (BSA Gender Study Group Conference), *Leeds*, UK, 26 October 2012, p. 10.

26 CITRON destaca o caso de Anita Sarkeesian, uma conhecida crítica de videogames que, em 2012, anunciou que ela estava arrecadando dinheiro no *Kickstarter* para financiar uma série de documentários sobre sexismo em videogames. Após o anúncio, recebeu inúmeras ameaças explícitas de estupro e de morte, dentre outras vítimas daqueles que alegavam que "as mulheres estavam arruinando os jogos com sua correção política e sua influência sobre os jornalistas que cobriam a indústria" CITRON, Danielle Keats. Addressing Cyber Harassment: an overview of hate crimes in cyberspace. *Journal of Law, Technology & the Internet*, v. 6, 2015, p. 2-3.

27 LUMSDEN, K. and MORGAN, H.M., 2012. 'Fraping', 'Sexting', 'Trolling' and 'Rinsing': social networking, feminist thought and the construction of young women as victims or villains. Proceedings of Forthcoming Feminisms: Gender Activism, Politics and Theory (BSA Gender Study Group Conference), *Leeds*, UK, 26 October 2012, p. 11.

28 BOUKEMIDJA, Nadjiba Badi. Cyber Crimes against Women: Qualification and Means. *European Journal of Social Sciences*, September-December 2018, v. 1, Issue 3, 34, p. 38.

29 *Ibid.* p. 38.

30 MAPLE, Carsten; LANG, Richard. Vulnerability, Victims and Free Movement: the case of cyberstalking. *New Journal of European Criminal Law*, 3 (2): 208, 2012, p. 15-16.

exemplo, um canal direto para os espaços mais pessoais e íntimos da vida de uma vítima, espaços que o direito à privacidade tradicionalmente protegia, mas que uma conexão de internet pode reabrir a todos [...]", de modo que há de ser considerada a angústia provocada em "relação aos meios e local do ataque", de forma que o *stalker* "está então na casa da vítima, em seu próprio quarto, em seu bolso e até mesmo em sua sala de aula ou local de trabalho", independentemente se a natureza do ataque tem conotação sexual ou não[31].

Mas essa especial vulnerabilidade da vítima tem sido reconhecida? Seria necessário regular especificamente o espaço virtual para estabelecer regras contra os referidos "desvios de conduta" sexistas e misóginos consideradas toleráveis que retornaram[32] ou sempre estiveram presentes e apenas mimetizadas agora também no mundo online?

3 A PROTEÇÃO CONTRA A VIOLÊNCIA CIBERNÉTICA CONTRA A MULHER

Neste capítulo, serão analisados os principais textos normativos internacionais e nacionais, a fim de compreender se a legislação internacional existente é capaz de proteger os direitos das mulheres no contexto da violência na esfera da internet, notadamente, com relação às principais condutas apresentadas acima. Em seguida, serão analisados os *standards* fornecidos pelas cortes internacionais de direitos humanos sobre o tema.

3.1 ARCABOUÇO NORMATIVO INTERNACIONAL

No plano internacional, de um modo geral, há previsão normativa para a prevenção contra a violência contra a mulher e a proteção dos seus direitos. Resta saber se no espaço digital a mulher está protegida e como se daria essa proteção, em caso afirmativo.

Sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres

31 MAPLE, Carsten; LANG, Richard. Vulnerability, Victims and Free Movement: the case of cyber-stalking. *New Journal of European Criminal Law*, 3 (2): 208, 2012, p. 15-16.

32 LUMSDEN, K. and MORGAN, H. M., 2012. 'Fraping', 'Sexting', 'Trolling' and 'Rinsing': social networking, feminist thought and the construction of young women as victims or villains. *In*: Proceedings of Forthcoming Feminisms: Gender Activism, Politics and Theory (BSA Gender Study Group Conference), *Leeds*, UK, 26 October 2012, 17 p., p. 11-12.

(CEDAW) reconhece o direito à igualdade e o princípio da não discriminação contra a mulher e estabelece que os Estados precisam adotar medidas para impedir e eliminar a discriminação.

Há um esforço da Convenção no sentido de fazer com os estados mudem práticas inferiorizantes, estereotipadas e preconceituosas contra a mulher, criando mecanismo de monitoramento da situação de direitos humanos das mulheres nos estados. A CEDAW não trata especificamente da violência contra a mulher, tampouco no meio digital.

No âmbito da ONU, portanto, foi o relatório sobre ciberviolência contra mulheres e meninas de 2015 do Grupo de Trabalho da Comissão da Banda Larga e Gênero da ONU[33] que contribuiu com o tema. O Grupo identifica diversas maneiras como a violência contra as mulheres e meninas se manifesta na internet e destaca a necessidade de conter o ritmo de evolução dessas ações, especialmente, diante do crescimento das mídias sociais que torna mais difícil o monitoramento de conteúdos.

O relatório chama a atenção para a necessidade de regular crimes *online* contra a mulher, criação de treinamento voltado ao sistema judiciário e policial, buscar desenvolver a "autoconsciência" de meninas e mulheres sobre a violência online a que podem estar sujeitas, por meio de campanhas direcionadas e conhecimento de seus direitos, desenvolver mecanismos para a proteção da privacidade de meninas e mulheres, dentre outros pontos.

Já, no âmbito europeu, destaca-se a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Instambul). A referida Convenção define perseguição, abuso sexual e as violências contra a mulher e doméstica, reconhecendo-as, estas últimas, como condutas de violência de gênero de qualquer natureza – dentre as quais física, sexual e psicológica –, que possa resultar dano ou sofrimento e se causadas por familiar ou parceiros, respectivamente. Além disso, define também perseguição e assédio sexual.

Vale destacar ainda a Convenção de Budapeste (ou Convenção de Crimes Cibernéticos de 2001) que regula os crimes cibernéticos e delinea pontos sobre a investigação e responsabilização dos referidos crimes e também traça aspectos importantes sobre cooperação internacional e auxílio mútuo. No entanto, apesar

33 Disponível em: https://en.unesco.org/sites/default/files/genderreport2015final.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

de a Convenção tratar da pedofilia, por exemplo, não contempla especificamente os crimes cometidos contra a mulher[34]. Já o Protocolo Adicional de 2003 versa sobre material com conteúdo racista e xenófogo[35].

Em 2018, o Grupo de Trabalho do Comitê da Convenção de Crimes Cibernéticos (*Cybercrime Convention Committee*) do Conselho da Europa tratou notadamente sobre assédio *online* e outras espécies de violência *online* ou *cyberviolence* e aponta as diversas condutas contra as mulheres cometidas no meio digital, dentre os quais os crimes cibernéticos, crimes de ódio cibernéticos, ameaças diretas e violência física, violação da privacidade cibernética, *cyberstalking*, além da exploração sexual online e o abuso sexual de crianças[36].

No caso específico do *cyberstalking*, o *report* afirma que a conduta normalmente ocorre em um "contexto de violência doméstica", como uma "forma de controle coercitivo" cometida por parceiros de modo reconhecidamente "persistente e perigoso"[37].

No âmbito interamericano, destaca-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como "Convenção de Belém do Pará", adotada em Belém do Pará, em 1994, e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995. O principal documento normativo que reconhece e trata especificamente da violência de gênero contra a mulher.

Conforme a Convenção, a violência contra a mulher é toda conduta baseada no gênero que "cause a morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico", isto é, a ação é cometida contra a mulher simplesmente pelo fato de que é mulher.

Dentre outros direitos, a Convenção protege a integridade física, mental e moral, a liberdade e segurança pessoais da mulher, veda a tortura, prescreve a garantia de recurso simples e rápido perante tribunal contra condutas atentatórias a seus direitos. O artigo 6º determina o combate à discriminação e garante à mulher o direito à valorização e a uma educação "livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação".

---

34 Disponível em: https://rm.coe.int/1680081561. Acesso em: 10 set. 2021.

35 Disponível em: https://rm.coe.int/168008160f. Acesso em: 10 set. 2021.

36 Disponível em: https://rm.coe.int/t-cy-2017-10-cbg-study-provisional/16808c4914. Acesso em: 10 set. 2021.

37 *Ibid.* §§ 27-28.

A Convenção reforça ainda a necessidade de os estados criarem medidas e políticas que assegurem os direitos previstos na Convenção e que previnam, punam e eliminem a violência contra a mulher. Além disso, que modifiquem os "padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres" para eliminar preconceitos, costume e ações que "legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher".

Como foi possível notar, a Convenção é abrangente, embora não trate especificamente sobre violência online.

3.2 PARÂMETROS INTERPRETATIVOS GERAIS E ESPECÍFICOS SOBRE A PROTEÇÃO CONTRA A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA INTERNET NOS ÓRGÃOS E CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Apesar do expresso reconhecimento da importância da Internet, o Comitê Para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) entende que esta se tornou também um espaço para a ocorrência de formas contemporâneas de violência contra a mulher, já que a violência de gênero pode ocorrer em qualquer "esfera da interação humana"[38].

Mas será possível encontrar no âmbito das cortes regionais internacionais de proteção dos direitos humanos *standards* de proteção contra a violência contra a mulher cometida no mundo digital? Será que os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos estabelecem as ações que os Estados devem adotar para prevenir ou punir tais violências?

Destacamos, no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos, o *leading case* Buturugă v. Romênia relevante para debater o tema e compreender a interpretação fornecida pelas cortes no que diz respeito à violência virtual ou cibernética cometida contra a mulher.

38 Comitê Para Eliminação De Todas As Formas De Discriminação Contra A Mulher (CEDAW*). Recomendação Geral n. 35*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf. Acesso em: 15 set. 2021. §20.

3.2.1 Análise do Caso Buturugă v. Romênia perante a Corte Europeia de Direitos Humanos

Expressamente, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) reconheceu a importância da internet como "um dos principais meios pelo qual os indivíduos exercem seu direito à liberdade de expressão e informação"[39].

A despeito disso, a CEDH reconheceu a existência de novas formas de violência cometidas na internet, especialmente, violência contra mulher e meninas.

O caso Buturugă v. Romênia, por exemplo, julgado em 2020 pela Corte Europeia, versou sobre violência doméstica e sucessivas ameaças, inclusive de morte e a violação de sigilo de correspondência eletrônica por parte do ex-marido da Sra. Buturugă.

A Sra. Buturugă alegou ter sido vítima de diversas ameaças realizadas pelo ex-marido e efetivas violências: que ele lhe teria batido na cabeça, ameaçando-a matá-la com um machado e de jogá-la do alto para forjar um suicídio[40]. Alegou ainda a Requerente que seu ex-marido consultara suas mídias sociais (inclusive Facebook), copiando conversas privadas, documentos e imagens[41]. No entanto, apesar das denúncias, o promotor entendeu que as condutas do acusado não eram "suficientemente graves"[42], isto é, não havia base suficiente capaz de ensejar uma infração penal, considerando os dispositivos do código penal que punem espancamentos, violências diversas, ameaças e violação do sigilo de correspondência.

As principais alegações da Requerente referiram-se às falhas do sistema de proteção romeno contra a violência doméstica[43], destacando a ineficácia da investigação criminal, falta de proteção adequada de sua segurança pessoal e a recusa por parte das autoridades romenas de analisarem as denúncias de violação da sua correspondência eletrônica pelo ex-marido.

Basicamente, a Corte entendeu ter havido uma violação do artigo 3 que proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante e o artigo 8 que trata

39 ESTRASBURGO. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Ahmet Yıldırım vs. Turquia*. Petição nº. 3111/10, julg. 18 dez. 2012. § 54.

40 ESTRASBURGO. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Buturugă vs. Romênia*. Petição nº. 56867/15, julg. 11 jun. 2020. §§ 9-10.

41 *Ibid.* § 11.

42 *Ibid.* § 17.

43 *Ibid.* § 43.

do direito ao respeito pela vida privada e familiar e correspondência, ambos da Convenção Europeia.

A Corte asseverou que os Estados têm uma "obrigação positiva" de criar e aplicar medidas efetivas contra a violência doméstica e ainda de oferecer garantias processuais suficientes às vítimas deste tipo de violência[44].

Especificamente, a Corte entendeu ainda que as autoridades romenas não consideraram a questão da violência doméstica e suas peculiaridades na investigação criminal e que, portanto, a resposta não teria sido adequada à gravidade dos fatos. A Corte chama atenção para o fato de que as decisões das autoridades romenas foram pautadas no código penal a respeito de violência entre particulares, com penas menos severas comparadas às penas previstas para a violência doméstica no país[45].

Além disso, a Corte afirmou que o fato de o Estado não considerar a conduta do ex-marido suficientemente grave e tampouco provada, não criaria o "efeito dissuasor capaz de conter um fenômeno tão grave como a violência doméstica"[46].

Outrossim, a Corte considerou que o responsável não havia sido identificado e que essa conduta do Estado era questionável. O Estado não teria, na visão da Corte, agido diligentemente na condução da investigação.

A Corte chamou a atenção, por fim, para dois pontos importantes: i) a violência doméstica não versa apenas sobre a violência física e ii) sobre a figura do *cyberbullying*, reconhecendo-o expressamente como um "aspecto da violência contra mulheres e meninas". Além disso, a Corte entendeu que o *cyberbullying* pode "assumir várias formas, incluindo violações cibernéticas de privacidade, intrusão no computador da vítima e captura, compartilhamento e manipulação de dados e imagens, incluindo dados íntimos" ou privados[47] e que o estado romeno deveria ter considerado a "vigilância cibernética" no contexto da violência doméstica.

A Corte entendeu que o estado romeno falhou em suas obrigações positivas, determinando o pagamento de 10 000 euros a Sra. Buturugă, a título de danos morais.

---

44 ESTRASBURGO. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Buturugă vs. Romênia*. Petição nº. 56867/15, julg. 11 jun. 2020. § 61.

45 *Ibid.* § 65-66.

46 *Ibid*. § 68.

47 *Ibid.* § 74.

Em outro caso semelhante K.U. v. Finlândia[48], mas agora envolvendo um menino de 12 anos, a Corte analisou um anúncio de natureza sexual em um *site* de relacionamentos na internet. O provedor de internet se recusou a identificar os responsáveis pelo anúncio, alegando tratar-se de violação da confidencialidade e, ainda, de que não havia legislação nacional que o obrigasse.

A Corte entendeu que houve uma violação do artigo 8 que versa sobre o direito ao respeito pela vida privada e familiar da Convenção Europeia e que é necessário equilibrar a confidencialidade dos serviços de internet com a prevenção de crimes e a proteção de direitos, especialmente com relação a crianças e outros indivíduos vulneráveis. No caso, a Corte considerou que o anúncio era criminoso e que poderia transformar a criança em alvo de pedófilos.

Assim, apesar desse caso não tratar especificamente de meninas ou mulheres, também contribuiu para traçar *standards* importantes com relação às condutas violatórias no espaço digital.

Portanto, a Corte Europeia estabeleceu, conforme os casos analisados, importantes parâmetros para avaliarmos a questão da violência de gênero contra a mulher na esfera digital: i) que apesar de a internet ser um instrumento importante para o exercício de direitos, é igualmente uma ferramenta para o *cyberbullying* visto como mais uma forma de violência doméstica contra a mulher; ii) a violência contra a mulher compreende outras formas de violência, não apenas a física; iii) considerar as peculiaridades – e a gravidade – da violência doméstica cometidas também na esfera digital – e, portanto, as diversas formas de violência que decorrem do relacionamento íntimo, de modo que os Estados passam a ter uma "obrigação positiva" de criar e aplicar medidas efetivas – e específicas – contra a violência doméstica e a oferecer garantias processuais suficientes às vítimas. Isso tudo também para garantir o efeito dissuasor contra esse tipo de violência; iv) buscar o equilíbrio entre a confidencialidade dos serviços de internet e a prevenção de crimes e a proteção de direitos, especialmente com relação a grupos vulneráveis.

3.2.2 Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), apesar de ter reconhecido a internet como um mecanismo libertador e participativo notadamente

48 ESTRASBURGO. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso K.U. vs. Finlândia.* Petição nº. 2872/02, julg. 17 jul. 2018.

para as mulheres de comunidades vulneráveis ou historicamente discriminadas[49], destaca que a violência contra elas pode ocorrer de diversas formas e reconhece a violência na internet como "uma nova forma de violência baseada em gênero"[50], altamente perigosa em razão, principalmente, da facilidade de acesso às tecnologias, estando as mulheres sujeitas a "atos de violência e discriminação", incluindo os já mencionados acima, bem como, de acesso às vítimas, da dificuldade de identificação e condenação dos agentes e do aumento dos danos às vítimas[51] e a facilidade com que as organizações criminosas aliciam as vítimas para estupro, tráfico, exploração sexual e pornografia[52]. Daí a importância de os Estados "reconhecerem essas novas formas de violência de gênero", conforme ressalta a CIDH.

Reforça a CIDH a necessidade de os Estados criarem instrumentos "imediatos" capazes de ensinar, informar e alertar crianças e adolescentes sobre os riscos – e os danos – de violência e discriminação nessas tecnologias, bem como regular e monitorar as tecnologias com o objetivo de minimizar os referidos riscos, orientando professores, pais, agentes de segurança, operadores do Direito, a fim de responder rapidamente às violações que ocorrerem[53].

No âmbito da Corte Interamericana[54] não há casos sobre a violência cibernética contra a mulher, mas a Corte tem responsabilizado os Estados por violência contra a mulher em diversos casos[55]. Destaca-se o caso Gonzáles e outras

49 Inter-American Commission on Human Rights (CIDH). *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes:* Buenas practicas y desafíos en América Latina y en el Caribe. 2019. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II. Doc.233/19, § 308.

50 *Ibid.* § 303.

51 *Ibid.* § 305.

52 *Ibid*. § 306.

53 *Ibid.* § 307.

54 Vale a leitura sobre as cortes regionais de direitos humanos e seu funcionamento: MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais*: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013; CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

55 No âmbito dos sistemas regionais e onusiano de proteção são analisadas as violações dos direitos sexuais e reprodutivos, violência doméstica e obstétrica, por exemplo. A respeito vide, respectivamente: BUCCI, Daniela. *Dimensões Jurídicas da Proteção da Vida e o Aborto do Feto Anencéfalo*. 1a. ed. Curitiba: Clássica, 2014. v. 1. 349p e BUCCI, Daniela; KOCH, Camila. A Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos por ato de particular: O caso Maria da Penha. *Aracê Direitos Humanos em Revista*, v. 1, p. 6-23, 2014 e BUCCI, Daniela; KOCH, Camila. Os Novos Parâmetros da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Violência Obstétrica e os

v. México, em que a CorteIDH reconheceu como causa e consequência da violência de gênero contra a mulher "a criação e uso de estereótipos" que são "socialmente dominantes e socialmente persistentes"[56], observando que a impunidade "propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos"[57 58].

Considerando que o espaço digital reproduz a realidade é preciso também combater os estereótipos, a impunidade e, ainda, a violência de gênero contra as mulheres ocorrida na internet.

4 CONCLUSÃO: AVANÇOS E DESAFIOS PARA AS MULHERES E MENINAS BRASILEIRAS

No presente trabalho, buscou-se identificar os parâmetros trazidos pelas cortes internacionais de direitos humanos a respeito da violência de gênero cometida contra a mulher no âmbito da internet. Neste contexto, também é necessário entender como a legislação brasileira trata do tema e se está em linha[59] com os *standards* internacionais de direitos humanos, para que seja possível compreender os avanços e os desafios enfrentados pelas mulheres no Brasil.

No Brasil, a Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, X garante a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas,

---

Potenciais Impactos para a Proteção dos Direitos das Mulheres no Brasil. XV Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2017, Florianópolis. *Direito Internacional em Expansão.* Belo Horizonte: Arraes Ltda, 2017. v. 10. p. 313-331.

56 Inter-American Commission on Human Rights (CIDH). *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y* adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe, 2019. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II. Doc.233/19, § 401.

57 *Ibid.* § 454.

58 No caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México, de 2009, a Corte IDH ressalta a questão da violência de gênero estrutural, no contexto do feminicídio. Ler também artigo aprovado para publicação em simpósio em que se analisa exatamente esta questão: BUCCI, Daniela; REIS, Graziela Tavares de Souza. *Feminicídio:* A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Perspectiva de Gênero para o Alcance de Justiça Social (2021, no prelo).

59 A Corte IDH realiza o controle de Convencionalidade para verificar se a legislação interna é compatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos e a interpretação fornecida pela própria Corte. Esse controle não tem sido feito de forma sistemática ao longo da sua história. Sobre esta análise vale a pena a leitura: MOREIRA, Thiago Oliveira. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma Década de Decisões Assimétricas. *In*: MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em Expansão.* Anais do XV CBDI. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 251- 271.

assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Na esfera infraconstitucional, há algumas leis que protegem a mulher da divulgação de fotos íntimas na internet, como a chamada lei Carolina Dieckmann (Lei 12737/2012) que apenas incluiu algumas condutas praticadas no meio digital, alterando dispositivos do Código Penal. Assim, a lei prevê detenção de 3 meses a 1 ano e multa no caso de invasão de dispositivo informático, prevendo aumento da pena, no caso obtenção e divulgação de dados ou informações sem consentimento expresso ou tácito.

Contudo, quando o agente já detém de informação ou imagem, sem invasão ou obtenção sem consentimento é mais difícil aplicar essa lei. No caso do *revenge porn*, por exemplo, o agente dispõe de imagem ou informação íntima durante e em decorrência de um relacionamento privado, muitas vezes, enviada pela própria vítima. Após o término do relacionamento, o agente as publica em redes sociais com o intuito de humilhar a vítima e sem o consentimento desta. Assim, é a publicação que não tem o consentimento da vítima e, não necessariamente, a obtenção da imagem. Assim, não nos parece, portanto, que a lei 12737/2012 se encaixaria exatamente nesta situação.

No ano de 2018, outra lei (Lei nº 13.718) alterou dispositivos do Código Penal para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro abarcando "qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática".

A lei ainda torna a natureza da ação penal em pública incondicionada com relação aos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável e prevê o aumento da pena em casos de estupro coletivo e o estupro corretivo, se o agente tem uma relação íntima de afeto com a vítima, nos casos de vingança ou humilhação e se tiver alguma autoridade sobre a vítima.

Ainda em 2018, foi aprovada a lei nº 13.772 que alterou o artigo 7º, inciso II da Lei Maria da Penha, estabelecendo como formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, a violência psicológica compreendida como "qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento" ou que ainda possa "degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade,

ridicularizarão, exploração e limitação do direito de ir e vir" ou por "qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação". Agora, as referidas condutas encontram guarida no sistema de proteção criado pela lei Maria da Penha.

Agora em março de 2021, foi aprovado o texto que alterou o artigo 147 do Código Penal brasileiro (Lei 14.132, de 2021), definindo o crime de perseguição. Perseguição se refere a "Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade", aumentando a pena para reclusão de seis meses a dois anos e multa. A pena será aumentada de metade se o crime for cometido contra criança, adolescente ou idoso e contra mulher por razões da condição de sexo feminino. Assim, a figura do *stalking* no contexto de gênero está prevista em lei no Brasil.

Ademais, de um modo geral, *cyber* vingança pode ser analisado sob o contexto da responsabilidade civil e criminal, no âmbito da legislação brasileira, com aplicação das penas previstas pelo Código Penal para os crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação), além da aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos casos de meninas. A principal crítica apontada pela doutrina sobre o tema, no entanto, é a desproporcionalidade da pena considerando as peculiaridades dos danos e da violência.

Por fim, de forma complementar, outra lei importante que versa sobre o tema trata do marco civil da internet (12.965/2014), pois obriga os provedores de internet a retirarem material publicado, após notificação extrajudicial, sob pena de serem responsabilizados pelos danos causados às vítimas, facilitando e agilizando a retirada de imagens e informações vexatórias.

Nota-se que, no Brasil, há um arcabouço normativo mínimo que pode contribuir no processo de proteção contra a violência contra a mulher no meio digital.

No entanto, como bem expressa María Rún Bjarnadóttir, – ao tratar da *revenge porn*, mas que pode ser aplicada de um modo geral às violências cometidas na internet –, continua sendo um desafio para os Estados cumprirem suas obrigações de proteção universal de direitos humanos, especialmente, em razão da "natureza sem fronteiras da internet" e ainda questiona se os Estados realmente

conseguiriam proteger os direitos com a "mesma capacidade online e offline" [60]. Será que a internet, ao final, limitaria a proteção de direitos humanos?[61].

Outro aspecto a ser considerado é a intenção de prejudicar ou não que deve ser colocada na balança entre a liberdade de expressão e as condutas analisadas neste artigo. Conforme BJARNADÓTTIR, a divulgação de uma "foto retratando uma pessoa nua pode ser uma ação perfeitamente válida que merece a plena proteção da liberdade de expressão". No entanto, o contexto da disseminação da foto é crucial para análise no âmbito dos direitos humanos[62].

Como bem trata COE, as plataformas digitais, como o Facebook e o Twitter, "se tornaram uma personificação da 'extensão do homem' de McLuhan" e nas quais é possível a liberdade de expressão "em sua forma mais pura", sem filtros o que mudou profundamente a "'escala, ritmo ou padrão'" dos assuntos humanos"[63]. Assim, apesar da "promessa" de a internet ser um "espaço livre e democrático para expressão pessoal (e moldagem de identidade)", a verdade é que há uma crescente "sexualização da cultura"[64] e isso pode influenciar e determinar o tratamento com o qual a sociedade e as autoridades dispensarão à questão da violência de gênero: seja com relação à linguagem, uso de estereótipos até a seriedade com que serão avaliadas as condutas praticadas na internet.

Assim, muitos são os desafios para enfrentar a violência contra as mulheres no meio digital, inclusive no Brasil. Conforme BOUKEMIDJA, a dificuldade de estabelecer provas contra os agentes, especialmente provas testemunhais; a demora para verificar os reais transtornos psicológicos como consequência das condutas de violência e a dificuldade de qualificações penais que abarquem as condutas, além

60 BJARNADÓTTIR, María Rún. Does the Internet Limit Human Rights Protection? The Case of Revenge Porn. 7 (2016) *JIPITEC* 204-215, p. 215; 212.

61 *Ibid*.

62BJARNADÓTTIR, María Rún. Does the Internet Limit Human Rights Protection? The Case of Revenge Porn. 7 (2016) *JIPITEC* 204-215, p. 211.

63 COE, Peter. The social media paradox: an intersection with freedom of expression and the criminal law. *Information & Communications Technology Law*, 24:1, 2015, 16-40, DOI: 10.1080/13600834.2015.1004242, p. 10-12.

64 LUMSDEN, K. and MORGAN, H.M., 2012. 'Fraping', 'Sexting', 'Trolling' and 'Rinsing': social networking, feminist thought and the construction of young women as victims or villains. *In*: Proceedings of Forthcoming Feminisms: Gender Activism, Politics and Theory (BSA Gender Study Group Conference), *Leeds*, UK, 26 October 2012, p. 14.

do desconhecimento dos procedimentos de interrupção da agressão ou violência[65] são alguns exemplos.

Além disso, a insuficiente – ou ausência de – capacitação específica e orientada dos investigadores de crimes cibernéticos para conduzir a investigação, coletar provas pode colocar em risco a identificação do responsável e sua consequente responsabilização. Outro ponto importante seria a necessidade de fornecer orientação adequada às mulheres – principais vítimas desse tipo de violência – sobre os riscos aos quais estão sujeitas no meio digital[66], notadamente, como preveni-los e também como agir nos casos em que a violação ocorre.

Como bem aponta BOUKEMIDJA, é preciso valorizar as medidas preventivas e ainda criar medidas voltadas à violência *online* cometida contra as mulheres para tentar suprir o que a autora denomina de "falha sistêmica"[67].

Por fim, é preciso considerar a situação específica da violência de gênero *online*. É preciso compreender e reconhecer que há padrões de comportamento que devem ser considerados como violentos dos quais a mulher é vítima e não culpada e que precisam ser efetivamente combatidos. Também é preciso reconhecer sua especial vulnerabilidade também no espaço digital. No entanto, não há outra maneira de combater essa violência, senão combatendo a violência sistêmica, estrutural e institucional contra a mulher identificada nos estados, na vida real.

Assim, como assevera TODD[68]: para enfrentar a violência de gênero *online* é preciso antes desafiar e combater a "desigualdade de gênero na sociedade em geral".

---

65 BOUKEMIDJA, Nadjiba Badi. Cyber Crimes against Women: Qualification and Means. *European Journal of Social Sciences*, September-December 2018, v. 1, Issue 3, 34, p. 41.

66 MAPLE, Carsten; LANG, Richard. Vulnerability, Victims and Free Movement: The Case of Cyberstalking. *New Journal of European Criminal Law*, 3 (2): 208, 2012, p. 19.

67 BOUKEMIDJA, Nadjiba Badi. *Cyber Crimes against Women:* Qualification and Means. European Journal of Social Sciences, September-December 2018, v. 1, Issue 3, 34, p. 42.

68 TODD, Megan. Virtual Violence: Cyberspace, Misogyny and Online Abuse. *In*: New Perspectives on Cybercrime. *Palgrave Studies in Cybercrime and Cybersecurity*. Palgave Macmillan, Cham, London, 2017, p. 141-158. ISBN 978-3-319-53855-6, p. 19.

REFERÊNCIAS

BOUKEMIDJA, Nadjiba Badi. Cyber Crimes against Women: Qualification and Means. *European Journal of Social Sciences, September-December,* 2018, v. 1, Issue 3, p. 34.

BJARNADÓTTIR, María Rún. *Does the Internet Limit Human Rights Protection? The Case of Revenge Porn.* 7 (2016) JIPITEC 204-215.

BRASIL. *Lei Federal 12.737, de 30 de novembro de 2012.*

BRASIL. *Lei Federal 13.718/2018, de 24 de setembro de 2018.*

BRASIL. *Lei Federal 13.772/2018, de 19 de dezembro de 2018.*

BRASIL. *Lei Federal 14.132/2021, de 31 de março de 2021.*

BRASIL. *Lei Federal 12.965/2014, de 23 de abril de 2014.*

BUCCI, Daniela. *Dimensões jurídicas da proteção da vida e o aborto do feto anencéfalo*. 1. ed. Curitiba: Clássica, 2014. v. 1.

BUCCI, Daniela; KOCH, Camila. A Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos por ato de particular: O caso Maria da Penha. *Aracê Direitos Humanos em Revista*, v. 1, p. 6-23, 2014.

BUCCI, Daniela. Os Novos Parâmetros da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Violência Obstétrica e os Potenciais Impactos para a Proteção dos Direitos das Mulheres no Brasil. In: XV Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2017, Florianópolis. *Direito Internacional em Expansão.* Belo Horizonte: Arraes Ltda, 2017. v. 10.

BUCCI, Daniela; REIS, Graziela Tavares de Souza. Feminicídio: A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a perspectiva de gênero para o alcance de justiça social. *In*: MENEZES, Wagner (coord.); NUNES FILHO, Aldo; OLIVEIRA, Paulo Henrique Reis de (org.). *Tribunais Internacionais e a garantia dos direitos sociais.* Curitiba: ABDI, 2021. p. 165-184.

CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CITRON, Danielle Keats. *Addressing cyber harassment: an overview of hate crimes in cyberspace. Journal of Law, Technology & the Internet*, v. 6, 2015.

COE, Peter. The social media paradox: an intersection with freedom of expression and the criminal law. *Information & Communications Technology Law*, 24:1, 2015, 16-40, DOI: 10.1080/13600834.2015.1004242.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica* (Convenção de Instambul).

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção de Crimes Cibernéticos* (Convenção de Budapeste).

CONSELHO DA EUROPA. Cybercrime Convention Committee. *Report, 2018*. Disponível em: https://rm.coe.int/t-cy-2017-10-cbg-study-provisional/16808c4914. Acesso em: 10 set. 2021.

CORTE IDH. *Caso González e outras ("Campo Algodonero") v. México*. Exceções Preliminares, Mérito e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Serie C No. 205.

ESTRASBURGO. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Ahmet Yıldırım vs. Turquia. Petição nº. 3111/10*, julg. 18 dez. 2012.

ESTRASBURGO. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Buturugă vs. Romênia*. Petição nº. 56867/15, julg. 11 jun. 2020.

ESTRASBURGO. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso K.U. vs*. Finlândia. Petição nº. 2872/02, julg. 17 jul. 2018.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (CIDH). *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes*: Buenas prácticas y

desafíos en América Latina y en el Caribe, 2019. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II. Doc.233/19.)

LOMBA, Niombo; NAVARRA, Cecilia; FERNANDES, Meenakshi. *European Parliamentary Research Service* (EPRS). European Added Value Unit PE 662.621 – March 2021. Disponível em: EPRS_STU(2021)662621_bEN.pdf. Acesso em: 1 set. 2021.

LUMSDEN, K. and MORGAN, H.M., 2012. 'Fraping', 'Sexting', 'Trolling' and 'Rinsing': social networking, feminist thought and the construction of young women as victims or villains. *In*: Proceedings of Forthcoming Feminisms: Gender Activism, Politics and Theory (BSA Gender Study Group Conference). *Leeds*, UK, 26 October 2012, 17 p.

MAPLE, Carsten; LANG, Richard. Vulnerability, Victims and Free Movement: The Case of Cyberstalking. *New Journal of European Criminal Law*, 3 (2): 208, 2012.

MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais*: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONCURA, Wendy; ORZECHA, Kathryn M.; NEVILLEB, Fergus G. Fraping, social norms and online representations of self. *Computers in Human Behavior*, v. 63, October 2016, p. 125-131.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma Década de Decisões Assimétricas. *In*: MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em Expansão.* Anais do XV CBDI, p. 251-271. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW)*. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ("Convenção de Belém do Pará").

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Relatoria Especial para a Violência Contra a Mulher*. A/HRC/38/47, 18 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW).* Recomendação Geral n. 35. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção para Eliminação de Todas As Formas de Discriminação Contra a Mulher* (CEDAW).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU*). Cyber Violence Against Women and Girls*: A World-Wide Wake-Up Call. Report. Disponível em: https://en.unesco.org/sites/default/files/genderreport2015final.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

TODD, Megan. Virtual Violence: Cyberspace, Misogyny and Online Abuse. *In*: New Perspectives on Cybercrime. Palgrave Studies in Cybercrime and Cybersecurity. *Palgave Macmillan, Cham, London*, 2017, p. 141-158. ISBN 978-3-319-53855-6

VIDA, Vilić. *Revenge porn as a form of cyber misogyny*. *In*: Temida, 2019, Volume 22, Issue 1, Pages: 59-77.

Categorizando violações contra pessoas não heterossexuais e não cisgêneras na Rússia: uma análise dos casos submetidos à Corte Europeia de Direitos Humanos

Vitor Rocha e Silva[1]
Felipe Simor de Freitas[2]
Tatiana Cardoso Squeff[3]

1 INTRODUÇÃO

A população LGBTIQA+, que foge aos padrões heteronormativos e cisgêneros, englobando lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, intersexo, queer, assexuais, etc., tem sofrido, ao longo da história, violações recorrentes aos seus direitos mais básicos. O cenário para essa população na atualidade, apesar de contar com significativos avanços em algumas partes do globo, ainda deixa muito a desejar na medida em que elas ainda são vítimas de crimes violentos, cometidos não apenas por terceiros, senão também pelos próprios agentes estatais direta ou indiretamente.

---

1 Graduando em relações internacionais na Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisador de iniciação científica voluntária DIRPE/PIVIC Nº 159/2020 da Universidade Federal de Uberlândia, onde também participa do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional – GEPDI/CNPq.

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

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

Exemplo dessa situação de violência sistemática passiva e ativa contra pessoas LGBTIQA+ ocorre na Rússia. Dois dos variados exemplos que podem ser encontrados em uma rápida busca na internet, concerne à atuação de grupos de "caça" aos homossexuais[4] e da ausência de proteção normativa a esse grupo[5]. Outrossim, são raros os levantamentos de dados estatais a respeito do nível de gozo de direitos humanos dessa comunidade no país, vez que que o governo russo busca rotineiramente silenciar e ocultar a existência de pessoas não heterossexuais e não cisgêneras no Estado, motivo pelo qual vem sendo condenado no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos – órgão ao qual ele se submete desde 1996 e que tem como objetivo assegurar a implementação dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

Diante dessa situação é que se propõe o presente estudo, almejando divulgar a realidade de pessoas LGBTQIA+, em especial, àquelas que vivem na Rússia, a fim de que se possa dar visibilidade a esta causa. Pretende-se, portanto, não só perpassar pela situação da comunidade no globo e na Rússia ao longo dos anos até os dias atuais, mas, sobretudo, verificar os casos de violações de Direitos Humanos levados à Corte Europeia de Direitos Humanos contra a Rússia sobre a temática LGBTQIA+, na tentativa de classificá-los em categorias, para compreendê-las melhor já que este é, sem dúvidas, um fator primário para pensar-se em formas de resistência e de luta.

Neste sentido, esse estudo de natureza quali-quantitativa é realizado desde o método dedutivo de abordagem e será dividido em duas partes. Primeiramente busca-se entender, descritivamente, seguindo o procedimento bibliográfico e documental, como a homofobia se tornou um fenômeno mundial (I.A) e as especificidades dessa instituição no país estudado (I.B). Em uma segunda parte, voltada mais ao estudo da Corte Europeia de Direitos Humanos, especialmente no que concerne à sua atuação e seu poder sobre a Rússia, perpassa-se analiticamente sobre a sua atuação em temas atinentes a homossexuais (II.A), para que, logo na sequência, por meio da metodologia exploratória e do procedimento documental, esquematize-se os julgamentos já ocorridos na Corte se encaixam no perfil do estudo

4 SAHUQUILLO, María R. 'Jogos Mortais', o grupo homofóbico que assassina LGBTIs na Rússia. *El País*, Moscou, 30 jul. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/29/internacional/1564418171_802346.html#:~:text=Há%20mais%20de%20cinco%20anos,cada%20pessoa%20LGBT%20 "caçada. Acesso em: 22 mar. 2021.

5 ALFAGEME, Ana. Morrer por ser gay: o mapa-múndi da homofobia. *El País*, 22 mar. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/19/internacional/1553026147_774690.html. Acesso em: 20 ago. 2021.

escolhido para esta pesquisa, isto é, atinentes à temática LGBTQIA+ e relativos à Rússia, almejando o desenvolvimento de categorias de classificação que permitam indicar se o Estado (não) têm agido em conformidade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos (II.B).

2 UMA RÁPIDA COMPREENSÃO DA (DES)PROTEÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO: UMA ANÁLISE DESCRITIVA ATÉ A RÚSSIA

Precisar certamente um marco inicial para o surgimento de fenômenos sociais, tal qual a homossexualidade e a homofobia, é uma tarefa extremamente complexa e que, por vezes, não se chega a uma resposta concreta e esperada. No entanto, é possível afirmar que a diversidade sexual e de gênero esteve presente desde a Antiguidade, havendo relatos nas sociedades Chinesa, Egípcia, Grega e Romana, e em diversas sociedades autóctones americanas, australianas e africanas[6]. Apesar disso, essa não é a realidade hodierna, sendo rotineira as expressões de violência e discriminação as quais pessoas que fogem à cis-heteronormatividade são submetidas.

Veja-se alguns números: atualmente, há 70 países em que relações sexuais consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo são ilícitas, logo, passíveis de punição, incluindo-se a possibilidade de prisão perpétua (26 Estados) e, até mesmo, a pena capital (10 Estados)[7]. Por outro lado, em apenas "nove países do mundo, incluindo três latino-americanos, existe uma proteção constitucional contra a discriminação por orientação sexual, seja de forma explícita ou por decisão da Justiça"[8]. Ato contínuo, em pelo menos 30, não há criminalização, porém, tampouco há proteção doméstica[9], fazendo com que a violência cometida contra a

6 ESKRIDGE JR., William. N. A history of same-sex marriage. *Virginia Law Review*, v. 79, n. 7, p1419-1513, 1993.

7 CASTEDO, Antía; TOMBESI, Cecilia. Mapa mostra como a homossexualidade é vista pelo mundo. *BBC*, 28 jun. 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48801567. Acesso em: 25 ago. 2021.

8 *Ibid.*

9 ALFAGEME, Ana. Morrer por ser gay: o mapa-múndi da homofobia. *El País*, 22 mar. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/19/internacional/1553026147_774690.html. Acesso em 20 ago. 2021; CASTEDO, Antía; TOMBESI, Cecilia. Mapa mostra como a homossexualidade é vista pelo mundo. *BBC*, 28 jun. 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48801567. Acesso em: 25 ago. 2021.

população LGBTQIA+ reste '*somewhat normalized*', tal como ocorre, por exemplo, na Federação Russa[10].

Em vista disso, objetiva-se nessa seção tecer algumas considerações sobre a situação desta população (parte A), incluindo-se, apontamentos específicos sobre a Rússia (parte B).

2.1 A SITUAÇÃO DAS PESSOAS NÃO HETEROSSEXUAIS E NÃO CISGÊNERAS NO MUNDO: REFLEXÕES INICIAIS

Pessoas não heterossexuais e não cisgêneras formam um contingente potencial de pelo menos 80 milhões de pessoas no globo[11]. Outrossim, apesar dos avanços legislativos havidos em diversos países e regiões, esse grupo ainda sofre de grandes discriminações e restrições ao gozo de diversos direitos civis.

Em um estudo datado de 2019, foi relatado, por exemplo, que ainda existem 70 países, onde o direito à livre orientação sexual não pode ser plenamente gozado[12]. Apesar de ter exemplos importantes, como a África do Sul – um dos

10 ALFAGEME, Ana. Morrer por ser gay: o mapa-múndi da homofobia. *El País*, 22 mar. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/19/internacional/1553026147_774690.html. Acesso em 20 ago. 2021; CASTEDO, Antía; TOMBESI, Cecilia. Mapa mostra como a homossexualidade é vista pelo mundo. *BBC*, 28 jun. 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48801567. Acesso em: 25 ago. 2021.

11 Não existem números totais mapeados. Há, porém, números sugestivos por países. Nessa toada, segundo os dados obtidos junto a 27 países pela fundação IPSOS, *those who identify as transgender, non-binary, non-conforming, gender-fluid, or other than male or female make up 4% of Gen Z (born since 1997)*. Logo, considerando que a população que compõe a geração Z é de aproximadamente 2 bilhões de pessoas no mundo e que o número de entrevistados pela IPSOS foi de 19.069, em uma regra de três, 4% perfaria aproximadamente 80 milhões no globo. Alerta-se para o fato deste ser um número potencial, haja vista que diversas circunstâncias devem ser consideradas, notadamente a insegurança de se autoafirmar parte de um grupo não-heteronormativo. KOOP, Avery. Chart: How Gen Z employment levels compare in OECD countries. *World Economic Forum,* 26 mar. 2021. Disponível em: https://www.weforum.org/agenda/2021/03/gen-z-unemployment-chart-global-comparisons/. Acesso em: 20 ago. 2021; IPSOS. *LGBT+ Pride 2021 Global Survey points to a generation gap around gender identity and sexual attraction.* New York, 9 jun. 2021. Disponível em: https://www.ipsos.com/en/lgbt-pride-2021-global-survey-points-generation-gap-around-gender-identity-and-sexual-attraction. Acesso em: 20 ago. 2021.

12 ALFAGEME, Ana. Morrer por ser gay: o mapa-múndi da homofobia. *El País*, 22 mar. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/19/internacional/1553026147_774690.html. Acesso em 20 ago. 2021.

primeiros países a reconhecer o casamento homoafetivo em 2006[13] –, a África é o continente em que essa situação é mais reportada[14].

Há locais, inclusive, que tais impedimentos não se limitam a restrições atreladas a direitos civis (liberdade de expressão, matrimônio, adoção, etc.) e econômicos (reconhecimento de companheiro/a para fins de dependência no tocante a impostos), sendo considerada uma infração penal passível à restrição de liberdade e multa, ou mesmo sujeito à pena morte, como no Afeganistão, Arábia Saudita, Catar, Emirados Árabes Unidos, Irã, Iêmen, Mauritânia, Paquistão, Nigéria e Somália[15]. "Em resumo, em um em cada três países (35%) é perigoso revelar ser membro da comunidade LGTBI"[16].

Além disso, são recorrentes os casos de perseguição e de violência verbal e física cometidos contra essa população[17]. Na Europa, em uma pesquisa datada de 2020, salientou-se o perceptível aumento da intolerância, sendo essa situação mais notória no Leste Europeu[18]. Para além de países tradicionalmente homofóbicos, lesbofóbicos, bifóbicos, transfóbicos e intersexfóbicos, como a Rússia, tal como se debaterá no próximo tópico, países com maioria cristã, onde partidos de extrema direita estão no poder, como Hungria e Polônia, são destaque[19].

---

13 SIMÕES, Rogério. Casamento gay: onde ocorreram as primeiras cerimônias, há exatos 20 anos. *BBC*, Londres, 1 abr. 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56004287. Acesso em: 20 ago. 2021.

14 BBC. Dia do Orgulho Gay: os países onde é ilegal ser homossexual. *BBC*, 28 jun. 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57641679. Acesso em: 20 ago. 2021

15 ALFAGEME, Ana. Morrer por ser gay: o mapa-múndi da homofobia. *El País*, 22 mar. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/19/internacional/1553026147774690.html. Acesso em: 20 ago. 2021; BBC. Dia do Orgulho Gay: os países onde é ilegal ser homossexual. *BBC*, 28 jun. 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57641679. Acesso em: 20 ago. 2021; OLIVEIRA, Caroline. População LGBTI+ demanda inclusão no mundo do trabalho para combater discriminação. *Brasil de Fato*, São Paulo, 25 jun. 2020. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2020/06/25/inclusao-no-mundo-do-trabalho-e-fundamental-populacao-lgbti-apontam-organizacoes. Acesso em: 25 ago. 2021.

16 ALFAGEME, Ana. Morrer por ser gay: o mapa-múndi da homofobia. *El País*, 22 mar. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/19/internacional/1553026147774690.html. Acesso em: 20 ago. 2021.

17 *Ibid.*

18 HALLAM, Mark. LGBTs europeus convivem com o medo, mostra estudo. *DW*, 14 maio 2020. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/lgbts-europeus-convivem-com-o-medo-mostra-estudo/a-53443912. Acesso em: 20 ago. 2021.

19 *Ibid.*

Note-se, assim, que a hostilidade demonstrada para com os integrantes da comunidade LGBTQIA+, está muito atrelada à religião, muito embora não esteja adstrita ao cristianismo, senão também ao islamismo ou mesmo ao judaísmo.

> Não se pode negar que todas as três religiões abraâmicas tenham contribuído para aumentar e depois fixar por razões religiosas os sentimentos negativos em relação a gays e lésbicas [ou mesmo outros indivíduos cuja sexualidade foge aos padrões heteronormativos]. [...] Também no judaísmo e no islamismo, para a política *don't ask-don't tell* ('não perguntar, não contar'), gays, lésbicas, [enfim, toda a comunidade] continuam invisíveis ao mais alto grau. [...] E para fazer isso, tanto no judaísmo, como no Cristianismo e no Islamismo aparecem sempre os mesmos argumentos: a Escritura e a 'natureza' consideradas uma ordem das coisas que se está convencido tenha sido dada por Deus[20].

A combinação entre natureza e criação proveniente de crenças religiosas, é, de fato, um dos argumentos utilizados por aqueles que discriminam pessoas que apresentam orientações afetivas/sexuais diversas à norma. O interessante, porém, é que antes da metade do século XIX, as relações afetivas e sexuais que fugiam à regra eram consideradas "um comportamento vergonhoso ao qual qualquer pessoa poderia sucumbir", como explicam Souza e Pereira[21].[22] Foi somente após tal período que se

20 IHU – INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. *Homossexualidade e religião*. São Leopoldo, 3 ago. 2019. Disponível em: www.ihu.unisinos.br/78-noticias/591150-homossexualidade-e-religiao. Acesso em: 20 ago. 2021.

21 SOUZA, Eloisio Moulin de; PEREIRA; Severino Joaquim N. (Re)produção do heterossexismo e da heteronormatividade nas relações de trabalho: a discriminação de homossexuais por homossexuais. *RAM – Revista de Administração Mackenzie [online]*, v. 14, n. 4, pp. 76-105, 2013, p. 79.

22 Pontualmente no cristianismo europeu, tal conduta era vista como pecado e os seus praticantes, logo, hereges. Por certo que essa conduta, na época medieval era considerada delitiva: *para el derecho canónico el delito suponía la trasgresión de la ley de Dios, promulgada y sancionada por la Iglesia en orden a la moral, y la Iglesia exigía la responsabilidad penal del delincuente en el fuero externo, sin perjuicio de la penitencia que se le impusiera en el fuero interno en razón del pecado que suponía*. Até o século XVIII, segundo o autor, *no se produjo ningún cambio en la lógica penal de la sodomía, en sentido de equilibrar la proporcionalidad entre la pena y el delito*. Entretanto, não se classificava a pessoa na sociedade; não se atribuía a mesma um rótulo específico. A atribuição de termos como degenerado ou mesmo homo/heterossexual, na sociedade ocidental só ocorreu no século XIX. BAZÁN, Iñaki. La construcción del discurso homofóbico en la Europa cristiana medieval. *En la España Medieval*, v. 30, pp. 433-454, 2007, p. 444 e 450; AMBROSINO, Brandon. Como foi criada a heterossexualidade como a conhece-

deu, então, o surgimento de "um tipo especial de sujeito e, consequentemente, uma nova categoria social, que viria a ser marcada, estigmatizada", enfim, subalternizada, fruto de um "projeto científico, fatalmente comprometido com o evolucionismo e com os racismos oficiais"[23].

Desta feita, com "os mecanismos de poder em relação ao sexo [tendo] se desloca[do] da Igreja e da lei para a hegemonia da educação e da ciência" [24], não causa estranheza que a própria expressão da sexualidade tenha sempre sido fortemente velada, em especial àqueles não identificados como homens hetero-cisgêneros, considerado o apogeu do patriarcado, especialmente no Ocidente[25]. Veja-se, por exemplo, que foi apenas em 1934 que a heterossexualidade foi considerada uma "manifestação de paixão sexual por alguém do sexo oposto"[26]. Em 1901, por exemplo, a própria heterossexualidade era definida como "um apetite anormal ou pervertido em relação ao sexo oposto", segundo o dicionário médico Dorland; em 1923, ela era conceituada enquanto uma "paixão sexual mórbida por alguém do sexo oposto", nos termos do dicionário Merriam Webster[27].

Contudo, avulta-se que própria aceitação da "heterossexualização do desejo, [trouxe consigo] a norma binária de gênero, isto é, um ideário em que só toma como legítimo a existência de dois gêneros (homem e mulher) atribuídos

---

mos hoje. *BBC*, 11 jun. 2017. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-40093671. Acesso em: 20 ago. 2021.

23 SOUZA, Eloisio Moulin de; PEREIRA; Severino Joaquim N. (Re)produção do heterossexismo e da heteronormatividade nas relações de trabalho: a discriminação de homossexuais por homossexuais. *RAM – Revista de Administração Mackenzie [online]*, v. 14, n. 4, p. 76-105, 2013, p. 79

24 *Ibid.* p. 79

25 Desde a virada da modernidade essa discussão esteve presente. Veja-se o que aponta Freyre sobre o europeu quando do encontro colonial: "Era natural europeus surpreendidos por uma moral sexual tão diversa da sua concluírem pela extrema luxúria dos indígenas; entretanto, dos dois povos, o conquistador talvez fosse o mais luxurioso". Outrossim, no que tange às expressões sexuais de pessoas do mesmo sexo, estas eram agressivamente suprimidas e sancionadas afetando diretamente as "atitudes de outras culturas frente a essas uniões". ESKRIDGE JR., William. N. A history of same-sex marriage. *Virginia Law Review*, v. 79, n. 7, p. 1419-1513, 1993, p. 1473; FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1983, p. 101.

26 AMBROSINO, Brandon. Como foi criada a heterossexualidade como a conhecemos hoje. *BBC*, 11 jun. 2017. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-40093671. Acesso em: 20 ago. 2021.

27 *Ibid.*

a partir do sexo anatômico"[28]. Não é por outra razão que a homossexualidade, até 1973, era considerada um distúrbio mental pela Associação Americana de Psiquiatria, e até 1992 era listada como uma doença pela Organização Mundial da Saúde[29].

Em vista disso, é evidente que a sexualidade é uma construção ao mesmo tempo histórico-social[30] e hegemônico-cultural[31], a qual, por assim ser, sofre largamente da influência daqueles – homens hetero-cisgêneros – que detêm o poder[32], sendo por isso instrumentalizada e politizada para dar continuidade ao projeto almejado por estes[33]. Pode-se dizer que é justamente isso que se vislumbra na Rússia a partir de suas rotineiras práticas homofóbicas.

2.2 A HOMOFOBIA NA FEDERAÇÃO RUSSA: ENTRE (POUCOS) AVANÇOS E (MUITOS) RETROCESSOS

O histórico preconceituoso do Estado russo segue cursos semelhantes ao da Europa Ocidental, especialmente quanto à ascensão de intolerâncias relacionadas

28 TOITIO, Rafael Dias. Sobre a hegemonia heterossexista. *Anais do VIII Colóquio Internacional Marx e Engels.* Campinas, 14-17 jul. 2015. Disponível em: https://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2015/trabalhos2015/Rafael%20Toitio%2010252.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

29 JUNQUEIRA, R. D. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. *Bagoas – Estudos gays: gêneros e sexualidades*, v. 1, n. 01, 27 nov. 2012; IHU – INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. *Homossexualidade e religião*. São Leopoldo, 3 ago. 2019. Disponível em: www.ihu.unisinos.br/78-noticias/591150-homossexualidade-e-religiao. Acesso em: 20 ago. 2021.

30 Para os fins do presente texto, utiliza-se o termo histórico-social com o intuito de avultar não só a influência da religião ao longo dos anos na sua construção, senão também para concordar com Marx, quando o mesmo tece que "a essência humana [...] é o conjunto das relações sociais". MARX, Karl. *Manuscritos econômicos -filosóficos e outros textos escolhidos.* 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 52.

31 Para os fins do presente texto, importa dizer que se entende por expressão hegemônico-cultural a conservação de *uma* "unidade ideológica em todo o bloco histórico que está cimentado e unificado justamente por [certa] ideologia", para a qual se dá o "significado mais alto de *uma* concepção de mundo, que se manifesta implicitamente na arte, no direito, na atividade econômica, em todas as manifestações de vida individuais e coletivas", em detrimento de outras visões. GRAMSCI, Antonio. *Os Cadernos do Cárcere*. v. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 98-99 – grifo nosso.

32 AMBROSINO, Brandon. Como foi criada a heterossexualidade como a conhecemos hoje. *BBC*, 11 jun. 2017. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-40093671. Acesso em: 20 ago. 2021.

33 NETO, Egerton. Entrevista. *In*: JORDÃO, Pedro. O que dizem as religiões do mundo sobre a comunidade LGBTQIA+. *Portal iG QUeer*, 16 abr. 2021. Disponível em: https://queer.ig.com.br/2021-04-16/o-que-dizem-as-religioes-do-mundo-sobre-a-comunidade-lgbtqia-.html. Acesso em: 20 ago. 2021.

à religião cristã, vinculada à Igreja Ortodoxa Russa. Apesar da sua familiaridade com o Ocidente, as práticas homossexuais foram inicialmente tratadas no território russo como um valor importado, motivo pelo qual, não eram bem vistas[34].

De toda sorte, historicamente, tal como ocorrera no feudalismo europeu[35], as normas proibitivas da homossexualidade e heterogamia impostas pelas igrejas eram apenas "válidas" para certas classes de fiéis, não se aplicando para a aristocracia russa[36]. As relações homoafetivas e outras relações indesejadas, tal como a prostituição, eram comuns entre nobreza, clérigos e outros representantes religiosos, inexistindo punição determinada, fazendo com que eventuais acusações de "sodomia" fossem utilizadas como manobra política[37]. A sua proibição plena (isto é, para toda a população) ocorrera, de fato, no século XIX durante o Império Russo, quando as relações homossexuais foram proibidas por lei – e não mais por dogmas ortodoxos[38].

Após a Revolução de 1905, porém, houve um breve período de abertura, concomitante ao avanço de movimentos de vanguarda ligados a temas atrelados às minorias, especialmente às mulheres, homossexuais e trabalhadores[39]. Para a comunidade não heterossexual e não cisgênera, como consequência da Revolução Vermelha, o ano de 1918 foi marcante, vez que ocorrera a primeira descriminalização

---

34 ALMEIDA, Paula. LGBTs na Rússia: uma história de resistência e luta subterrânea. *Diário Esquerda*, 29 jun. 2018. Disponível em: www.esquerdadiario.com.br/LGBTs-na-Russia-uma-historia-de-resistencia-e-luta-subterranea. Acesso em: 4 set. 2020.

35 Momento em que as relações homoafetivas na Classe Alta, além de serem toleradas, embora veladas, eram relativamente comuns. Outrossim, ao passar por reformas, a Igreja buscou o controle das relações afetivas e sexuais dos fiéis. ADAID, Felipe. Homossexualidade no medievo: o legado da peste negra aos sodomitas. *Jus.* Campinas, p. 1-2. jan. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/71387/homossexualidade-no-medievo/2. Acesso em: 26 dez. 2020.

36 MILARÉ, Jéssica. Por uma nova revolução sexual: viva a Revolução Russa. *Esquerda online*, 4 nov. 2017. Disponível em: https://memoria100anosrevolucaorussa.wordpress.com/2017/11/04/por-uma--nova-revolucao-sexual-viva-a-revolucao-russa/. Acesso em: 26 jul. 2021.

37ADAID, Felipe. Homossexualidade no medievo: o legado da peste negra aos sodomitas. *Jus.* Campinas, p. 1-2. jan. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/71387/homossexualidade-no-medievo/2. Acesso em: 26 dez. 2020.

38 MILARÉ, Jéssica. Por uma nova revolução sexual: viva a Revolução Russa. *Esquerda online,* 4 nov. 2017. Disponível em: https://memoria100anosrevolucaorussa.wordpress.com/2017/11/04/por-uma--nova-revolucao-sexual-viva-a-revolucao-russa/. Acesso em: 26 jul. 2021.

39 ALMEIDA, Paula. LGBTs na Rússia: uma história de resistência e luta subterrânea. Diário Esquerda, 29 jun. 2018. Disponível em: www.esquerdadiario.com.br/LGBTs-na-Russia-uma-historia-de-resistencia-e-luta-subterranea. Acesso em: 4 set. 2020.

formal da homossexualidade consentida e entre adultos no país, além da previsão do direito ao divórcio[40]. Ato contínuo, em 1922, descriminaliza-se a sodomia com a promulgação do Código Penal Soviético[41].

Em 1923, com Stálin, encerrou-se o ciclo progressista[42]. A maior parte dos direitos e emancipação das minorias começaram a ser retirados e/ou boicotados, sendo que em 1934, inflamada por conservadores a proibição da "sodomia" é reintroduzida no ordenamento russo[43]. Houve, então, um encarceramento e aniquilação em massa de pessoas não heterossexuais e não cisgêneras[44]. Outro ciclo de abertura russa somente viria a se estabelecer em 1993, quando novamente descriminaliza-se a homossexualidade, novamente em função da influência Ocidental[45].

Apesar da nova descriminalização, os fatores sócio-políticos e econômicos russos atuais culminam na manutenção não só da LGBTQIA+ fobia, como também de outras pautas conservadoras. Isso porque, após a queda do muro de Berlim e a inserção da Rússia no modo de produção capitalista, a qualidade de vida, no que tange à fome e à expectativa de vida, caiu drasticamente, fomentando instabilidades e demandas democráticas[46].

Em vista disso, para manter-se politicamente estável, o governo passou a se valer de duas estratégias: o autoritarismo e a exploração de temas reacionários, como o patriarcalismo e o ódio aos LGBTQIA+, juntamente à Igreja Ortodoxa[47]. Estratégia essa que é utilizada até os tempos atuais e que sustentam Vladimir Putin

---

40 ALMEIDA, Paula. LGBTs na Rússia: uma história de resistência e luta subterrânea. Diário Esquerda, 29 jun. 2018. Disponível em: www.esquerdadiario.com.br/LGBTs-na-Russia-uma-historia-de-resistencia-e-luta-subterranea. Acesso em: 4 set. 2020.

41 Registra-se que esses acontecimentos não se deram por altas classes nem pela classe política, mas por movimentos organizados da sociedade civil, em que pese "não se tenha notícia de organizações [específicas] pelos direitos dos LGBTs". *Ibid.*

42 MILARÉ, Jéssica. Por uma nova revolução sexual: viva a Revolução Russa. *Esquerda online*, 4 nov. 2017. Disponível em: https://memoria100anosrevolucaorussa.wordpress.com/2017/11/04/por-uma--nova-revolucao-sexual-viva-a-revolucao-russa/. Acesso em: 26 jul. 2021.

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

45 ALMEIDA, Paula. LGBTs na Rússia: uma história de resistência e luta subterrânea. Diário Esquerda, 29 jun. 2018. Disponível em: www.esquerdadiario.com.br/LGBTs-na-Russia-uma-historia-de-resistencia-e-luta-subterranea. Acesso em: 4 set. 2020.

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*

à frente do governo russo desde 1999. Dessa forma, tem-se que desde 1993, a homossexualidade não é mais criminalizada no país, porém, uma série de direitos são negados sistematicamente à população LGBTQIA+, em decorrência da condução política adotada.

Por exemplo, apesar de a Constituição russa prever o direito à associação pacífica, as autoridades se recursam a registrar associações LGBTQIA+, tendo sido essa uma medida, inclusive, levada à Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)[48]. Outra situação semelhante é a do serviço militar, que, apesar da desconsideração, em 1999, da homossexualidade enquanto uma doença mental no país, a qual impedia a inscrição de pessoas não heterossexuais, ainda evita a entrada destas, submetendo os candidatos a um escrutínio físico exacerbado a fim de encontrar qualquer indicação da orientação sexual da pessoa[49].

As paradas gays também são largamente proibidas no Estado. A Corte Superior de Moscou acolheu pedido feito pelas autoridades da cidade para proibir as referidas demonstrações de orgulho por 100 anos na capital em 2012, sob o argumento de que elas poderiam causar desordem pública[50]. Este caso foi submetido à CEDH por Nikolay Alexeyev, conhecido ativista russo, a qual ordenou o Estado a pagar-lhe €29.510 como forma de reparação por tal proibição, além reembolsar-lhe as custas judiciais[51].

Em 2013, o país aprovou uma lei que proíbe propagandas relacionadas à temática LGBTQIA+, exigindo que a sua publicação só ocorresse, em certas circunstâncias, caso fosse inserido um selo "18+", sob o fundamento de que tais publicações iam de encontro com a moral e saúde pública, além de adentrar à esfera individual de outras pessoas[52]. Uma situação pontual foi a proibição de circulação

48 ICJ – INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *European Court finds Russia's refusal to register three LGBT organizations unjustified and discriminatory*. Geneva, jul. 17, 2019. Disponível em: https://www.icj.org/european-court-finds-russias-refusal-to-register-three-lgbt-organizations-unjustified-and-discriminatory/. Acesso em: 30 ago. 2021.

49 BBC. Russian army put on alert for tell-tale tattoos. *BBC*, 25 jan. 2013. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-europe-21194719. Acesso em: 25 ago. 2021.

50 BBC. Gay parades banned in Moscow for 100 years. *BBC*, 17 ago. 2012. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-europe-19293465. Acesso em: 25 ago. 2021.

51 BBC. European court fines Russia for banning gay parades. *BBC*, 6 mar. 2012. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-europe-11598590. Acesso em: 25 ago. 2021.

52 FLOOD, Alison. The picture book fighting back against Russia's LGBT+ propaganda law. *The Guardian*, 17 ago. 2021. Disponível em: https://www.theguardian.com/books/2021/aug/17/picture--book-russia-lgbt-gay-propaganda-law-lawrence-schimel. Acesso em 25 ago. 2021.

de um livro infantil que mostrava dois pais e um filho, tendo sido essa situação submetida à CEDH após a rejeição dos recursos feitos à Corte Constitucional do país, a qual ordenou o pagamento de €43.000 para as partes, além do ressarcimento das custas judiciais[53].

Ainda, nos recentes debates atrelados às reformas constitucionais datados de 2020-2021, um dos pontos em pauta era a de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, cuja possibilidade restou afastada pela menção de que casamento se dá apenas entre homens e mulheres[54] – situação que motivou uma ordem da CEDH para reconhecer de alguma forma o status das pessoas que vivem em uniões homoafetivas, rejeitada pelo governo Putin[55]. A Constituição também proibiu casais de adotarem[56].

Outras demonstrações de discriminação são também relatadas quando pessoas admitem a sua orientação sexual não-heteronormativa, fazendo com que saiam do Estado enquanto refugiados por temor de perseguição[57]. Há, ainda, situações de violência também são recorrentes, como é o caso de diversas pessoas que são sequestradas e conduzidas à Chechênia, região ao sul do Estado, onde são submetidas à atos de cárcere privado, tortura e mesmo de assassinatos extrajudiciais, sobre os quais as autoridades não demostram ter a intenção de investigar forte na orientação sexual das vítimas[58].

---

53 RANKIN, Jennifer. Russian 'gay propaganda' law ruled discriminatory by European court. *The Guardian*, 20 jun. 2017. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2017/jun/20/russian--gay-propaganda-law-discriminatory-echr-european-court-human-rights. Acesso em: 25 ago. 2021.

54 NBC. *Russian constitution change ends hopes for gay marriage*. St. Petesburg, 13 jul. 2020. Disponível em: https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/russian-constitution-change-ends-hopes-gay--marriage-n1233639. Acesso em: 25 ago. 2021.

55 EURONEWS. Russia rejects European Court of Human Rights order to recognise same-sex unions. *Euronews*, 14 jul. 2021. Disponível em: https://www.euronews.com/2021/07/14/russia-rejects-european-court-of-human-rights-order-to-recognise-same-sex-unions. Acesso em: 25 ago. 2021.

56 BRAGA, Carlos Heniruqe. Rússia formaliza homofobia governamental e proíbe casamento e adoção por casais LGBT. *Gay Blog*, 11 abr. 2021. Disponível em: https://gay.blog.br/politica/russia-formaliza-homofobia-governamental-e-proibe-casamento-e-adocao-por-casais-lgbt/. Acesso em: 25 ago. 2021.

57 BURGEN, Stephen. 'We can't go back': the Russian gay family who took refuge in Spain. *The Guardian*, 6 ago, 2021. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2021/aug/06/we-cant--go-back-the-russian-gay-family-who-took-refuge-in-spain. Acesso em: 25 ago. 2021.

58 RFERL – RADIO FREE EUROPE & RADIO LIBERTY. *Russian LGBT Group Says Man Was Abducted, Taken To Chechnya, And Pressed For Info On Gays In Region.* 26 ago. 2021. Disponível em: https://www.rferl.org/a/chechnya-lgbt-man-abducted/31429280.html. Acesso em: 25 ago. 2021.

Enfim, como se pode notar, todas essas situações fazem da Rússia um país largamente inseguro para as pessoas não cisgêneras ou não-heteronormativas, em que pese o país não proíba abertamente no seu texto constitucional a pluralidade sexual. Porém, verifica-se que muitas das situações citadas foram alçadas à CEDH, tribunal vinculado ao Conselho da Europa ao qual a Rússia se submete desde 1996, demonstrando ser este um órgão essencial para a destacar a necessidade de proteção de pessoas LGBTQIA+ no Estado, especialmente por não estar submetida à atuação do Governo russo.

Aliás, por meio da atuação dessa, tem-se que é igualmente possível documentar a realidade de pessoas LGBTQIA+ em território russo e reparar, em certa medida, os danos causados pela atuação negligente do país referente a essa minoria. É sobre isso que o tópico a seguir dedicar-se-á a debater.

3 PROTEÇÃO REGIONAL DO DIREITO À IGUALDADE E DO DIREITO À DIFERENÇA: A LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL AOS OLHOS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

No âmbito da justiça internacional, ao lado do sistema global de proteção dos direitos humanos, encontramos os chamados sistemas regionais de proteção de direitos humanos, sobressaindo-se o sistema europeu, o sistema interamericano e o sistema africano. Nesse caminhar, "o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos"[59].

Com isso, garante-se nos diversos Estados-parte de cada consenso regional a existência de parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos; impõe-se deveres jurídicos reclamáveis judicialmente; cria-se órgãos e meios de proteção, como Comissões e Cortes Regionais; e institui-se órgãos permanentes de monitoramento da situação dos direitos humanos em cada região[60].

Trindade[61] ressalta ponto central na importância dos tribunais internacional na realização da justiça internacional:

59 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional:* um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 119.

60 *Ibid.* p. 120

61 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais e a realização da justiça.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 31

> Os tribunais internacionais de direitos humanos (e, em menor escala, os tribunais penais internacionais), têm contribuído a assegurar a *centralidade* das vítimas no processo legal internacional. Os tribunais internacionais contemporâneos, ao atender a uma real necessidade da comunidade internacional (de assegurar a proteção dos que a necessitam, dos mais vulneráveis), tem fomentado o alentador processo histórico que testemunhamos e para qual contribuímos, que me tenho permitido denominar de *humanização* do direito internacional contemporâneo.

No âmbito do sistema regional europeu é a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) o órgão legitimo para realizar a interpretação da Convenção Europeia, a qual como será visto abaixo tem contribuído para uma interpretação evolutiva do seu texto, garantido uma proteção atualizada dos direitos humanos na região europeia[62], especialmente em casos envolvendo à proibição de discriminação baseada em orientação sexual.

3.1 DESENVOLVIMENTOS ANTI-HETERONORMATIVOS NO ÂMBITO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A CEDH é um tribunal atrelado ao Conselho da Europa, uma organização internacional fundada ainda em 5 de maio de 1949, que tinha como propósito promover o desenvolvimento democrático e a estabilidade político-social europeia, sendo, por isso, essencial defender os direitos humanos. Apesar do Sistema Europeu de proteção de Direitos Humanos, na sua origem, ter sido formado por dois órgãos – a Comissão e a Corte Europeia –, hoje, ele é apenas formado pelo último, forte nas modificações que passaram a vigorar em 1º de novembro de 1998.

Com sede em Estrasburgo, na França, o tribunal fundado em 1959 tem como objetivo "implementar *standards* internacionais em matéria de direitos humanos" previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 (em vigor desde 3 de setembro de 1953), exigindo que os seus membros os respeitem e internalizem em seus ordenamentos domésticos na medida em que com eles concordaram, sob pena de serem questionados por essa instância suplementar,

62 LETSAS, George. *A theory of interpretation of de European Convention on Human Rights.* New York: Oxford University Press, 2010.

cuja jurisdição contenciosa obrigatória permite a imposição de sanções no caso de eventual descumprimento[63].

A CEDH pode ser acessada tanto por Estados como por indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, além de grupo de indivíduos ou organizações não-governamentais, tendo no polo passivo um de seus 47 Estados-Parte, incluindo a Rússia (desde 1996), por violação de direitos humanos prevista na Convenção perpetrada dentro de sua jurisdição[64]. Outrossim, "na hermenêutica dos direitos previstos na Convenção", registra-se o uso por parte da Corte do princípio da interpretação dinâmica e evolutiva da Convenção, sendo-lhe basilar "considerar as mudanças ocorridas nos planos social e político para a adequada interpretação dos direitos nela estabelecidos"[65].

Quer isso dizer que a CEDH entende ser a Convenção um *living instrument*, a ser interpretado à luz das condições dos dias presentes"[66], de modo que ela pode ampliar a sua interpretação acerca de um dispositivo para compreender mandamentos que reflitam a conjuntura hodierna mundana.[67] Acerca disso, por exemplo, avulta-se a previsão da não-discriminação com base no sexo no art. 14 da Convenção Europeia[68]; porém, anota-se a inexistência da liberdade de orientação sexual. Nesse caso, seria plenamente possível que a CEDH compreenda com base na citada interpretação dinâmica tal liberdade, o que é de suma importância para o debate aqui desenvolvido acerca da conduta russa.

---

63 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional:* um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 105-106.

64 CE – CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 13 set. 2021, arts. 34 e 35.

65 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional:* um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109.

66 *Ibid.*

67 Registra-se o uso dessa interpretação pela CEDH no caso *Dudgeon v. Reino Unido*, em 1981, que versa sobre a assecuração de direitos de homossexuais naquele país, como destacou a professora. *Ibid.* p. 109-110.

68 CE – CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

Aliás, a CEDH já vem desenvolvendo uma jurisprudência evolutiva no que tange a livre orientação sexual. Piovesan[69] aponta cinco grandes acréscimos nesse sentido: (a) casos relativos à proibição da criminalização de práticas homossexuais consensuais, (b) casos relativos à proibição da discriminação baseada na orientação sexual, (c) casos relativos ao reconhecimento de direitos de transexuais; (d) casos relativos à adoção por homossexuais; e (e) casos relativos ao direito de casamento de homossexuais.

No tocante ao primeiro grupo, ressalta a autora dois grandes precedentes: *David Norris v. Irlanda*, julgado em 1988, e *Modinos v. Cyprus*, julgado em 1993. Em ambas as situações, as quais versavam sobre gozo da sexualidade, apontou a necessidade de os Estados demandados respeitarem o direito à vida privada, contida no art. 8 da Convenção, não sendo possível a interpretação dos mesmos no sentido de que a ingerência levada à cabo seria justificada em uma sociedade democrática, nos termos do parágrafo segundo do citado artigo[70].

No tocante ao segundo grupo, ressalta a autora dois casos contra o Reino Unido: *Perkins e R. v. Reino Unido*, e *Beck Copp e Bazley v. Reino Unido*, julgados em 2002, ambos referentes à dispensa de homossexuais das forças armadas após investigações de suas vidas privadas e sexualidade terem sido realizadas. Nas duas decisões, a CEDH apontou uma violação do art. 8 (direito ao respeito à vida privada), mas também ao art. 14 que estabelece o princípio da não-discriminação[71].

No tocante ao terceiro grupo, ressalta a autora um precedente também contra o Reino Unido: *Christine Goodwin v. Reino Unido,* julgado em 2002, atinente ao reconhecimento legal de transexual, após a realização de cirurgia de mudança

69 PIOVESAN, Flávia. Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção de direitos humanos. *In*: RAMINA, Larissa; FRIEDERICH, Tatyana. *Coleção Direito Internacional Multifacetado*: direitos humanos e jurisdição internacional. v. IV. Curitiba: Juruá, 2014. p. 54-60.

70 *Ibid.* p. 54-55.

71 Apesar de não termos trazido no texto principal, avulta-se outro caso paradigmático ao direito a não-discriminação, qual seja, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, julgado em 2000 pela CEDH. Neste caso, Portugal havia negado o poder parentar ao pai que teria abandonado o lar conjugal para morar, em união estável, com pessoa do mesmo sexo. Diante dessa situação, a CEDH entendeu que Portugal teria adicionado um critério não previsto na legislação para negar o referido poder ao Sr. Mouta por sua orientação sexual e, em vista disso, teria violado os arts. 8 e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. PIOVESAN, Flávia. Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção de direitos humanos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDERICH, Tatyana. *Coleção Direito Internacional Multifacetado*: direitos humanos e jurisdição internacional. v. IV. Curitiba: Juruá, 2014. p. 56.

de sexo, realizada pelo sistema de saúde estatal. Nesse caso, a CEDH apontou a necessidade de o país alterar nos registros do Estado o sexo da autora, garantir o seu direito à aposentadoria e observar o seu direito ao matrimônio, logo, não apenas ponderando sobre os já citados arts. 8 e 14 da Convenção, senão também o art. 12, sustentando ser ilegal quaisquer restrições legislativas que concebam o direito de constituir família apenas como sendo passível de exercício entre homem e mulher[72].

No tocante ao quarto grupo, ressalta a autora um precedente importante: *E. B. v. França*, julgado em 2008, em que o Estado francês negou a habilitação de um casal homossexual à adoção, tecendo que a legislação não contemplaria essa possibilidade de maneira expressa. No caso, a CEDH, ao verificar que o pleito havia sido formalizado de maneira individual, e que a lei não proíbe pessoas solteiras de adotarem, não poderia o Estado impedir tal ato com base não só nos mesmos arts. 8 e 14 da Convenção, como igualmente à luz do princípio do maior interesse da criança, assim como do princípio da proporcionalidade, segundo qual os meios empregados e os fins alcançados devem dialogar[73], proibindo-se qualquer excesso (como ocorrera no caso)[74].

No tocante ao quinto grupo, por fim, ressalta a autora um precedente importante: *Kopf v. Ásutria*, julgado em 2010, em que um casal que já mantinha união estável, reivindicavam o direito ao matrimônio. Note-se que nesse caso, apesar de a Corte ter afirmado que não poderia impor ao Estado-Parte o registro do casamento entre pessoas do mesmo sexo, ela considerou, para os fins do art. 12, não

72 PIOVESAN, Flávia. Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção de direitos humanos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDERICH, Tatyana. *Coleção Direito Internacional Multifacetado*: direitos humanos e jurisdição internacional. v. IV. Curitiba: Juruá, 2014. p. 57-58.

73 *Ibid*. p. 110.

74 Interessante dizer que a professora aponta a existência de um outro caso anterior, *Fretté v. França*, julgado em 2002, em que a CEDH não reconheceu a violação dos arts. 8 e 14 quando a França negou a possibilidade da Sra. Frette em se habilitar para adoção ao assumir a sua homossexualidade, tendo o Estado justificado – diga-se, de maneira absurda – tal negativa na impossibilidade de a Sra. Frette oferecer um 'modelo estável de maternidade'. Nessa situação, incrivelmente, apenas reconheceu a CEDH violação ao art. 6 da Convenção, "por violação ao devido processo legal, apontando falhas no curso do processo de adoção". PIOVESAN, Flávia. Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção de direitos humanos. *In*: RAMINA, Larissa; FRIEDERICH, Tatyana. *Coleção Direito Internacional Multifacetado*: direitos humanos e jurisdição internacional. Vol. IV. Curitiba: Juruá, 2014. p. 59.

seria possível mais interpretar o casamento como sendo aquele apenas celebrado entre um homem e uma mulher[75][76].

Desta feita, interessante notar que a CEDH já vem se posicionando no sentido de defender os direitos de pessoas não heterossexuais e não cisgêneras, mesmo que a própria Convenção não tenha trazido expressamente a diversidade sexual enquanto um preceito explícito, merecedor de *respeito*, *proteção* e *implementação*[77]. Diante disso, haja vista a circunstância anteriormente narrada de violação sistemática de direitos da população LGBTQIA+ por parte da Federação Russa e forte na frequente atuação da CEDH em face deste Estado, cabe-nos verificar, de maneira detalhada, essa situação.

3.2 OS CASOS ENVOLVENDO A FEDERAÇÃO RUSSA: PADRÕES OBSERVÁVEIS.

Até 2020, haviam 162 procedimentos submetidos à CEDH contra a Federação Russa, sendo o mais antigo protocolado em 20 de janeiro de 2007.[78] O país foi condenado 152 vezes desde a primeira submissão. Em relação aos direitos

75 PIOVESAN, Flávia. Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção de direitos humanos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDERICH, Tatyana. *Coleção Direito Internacional Multifacetado*: direitos humanos e jurisdição internacional. v. IV. Curitiba: Juruá, 2014. p. 60.

76 Salienta-se, por oportuno, um caso mais recente sobre o tema, o qual, pela data da obra não poderia ter sido ponderado por Piovesan, qual seja, *Orlandi e outros v. Itália*, julgado em 2017. Este caso refere-se ao casamento contraído por pessoas do mesmo sexo no exterior, as quais requeriam o translado posterior do mesmo na Itália. A CEDH ressaltou que, apesar de as partes já gozarem dos direitos enquanto casal perante a jurisdição onde o matrimônio foi celebrado, a Itália não teria agido de modo proporcional ao negar o registro pela imprevisão do citado tipo de matrimônio da Itália, *in so far as it failed to provide a specific legal framework for the recognition and protection of their same-sex unions*, portanto, contrariando o art. 8. CEDH. *Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights* – right to marry. Strasbourg, 31 aug. 2021. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_12_ENG.pdf. Acesso em: 2 set. 2021.

77 PIOVESAN, Flávia. Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção de direitos humanos. *In*: RAMINA, Larissa; FRIEDERICH, Tatyana. *Coleção Direito Internacional Multifacetado*: direitos humanos e jurisdição internacional. v. IV. Curitiba: Juruá, 2014. p. 63.

78 Para a realização da presente pesquisa, utilizou-se o termo "Rússia" com a ferramenta de busca no site da Corte Europeia de Direitos Humanos, na aba referente ao polo passivo.

da comunidade LGBTQA+, há (apenas) 13 casos, sendo seis condenações, seis em fase de comunicação[79] e uma absolvição/inadmissão.

Em relação aos direitos apontados como tendo sido violados pelo Estado contra indivíduos LGBTQI+, ressalta-se que estes vão além dos típicos arts. 8 e 14 apontados no estudo de Piovesan[80] sobre a proibição da discriminação por orientação sexual. Aliás, o art. 8 não apareceu nas buscas, tendo sido questionadas condutas antijurídicas da Rússia referentes aos arts. 5 (direito à liberdade e a segurança), 6 (direito à um direito equitativo), 10 (direito à liberdade de expressão), 11 (liberdade de reunião e associação), 13 (direito ao recurso efetivo), 14 (direito de proibição da discriminação), 18 (direito da limitação e aplicação de restrições aos direitos), 41 (direito à reparação razoável à vítima) e 46 (força vinculativa e execução de sentenças) da Convenção Europeia de Direitos Humanos[81].

A partir da pesquisa, pode-se dizer que a Rússia, em particular, possui um padrão observável de violação de direitos humanos, sobretudo de direitos LGBTQI+, de modo que é possível classificar essas violações em três categorias marcantes: (1) omissão ao combate à violência; (2) impedimento velado ou expresso à exposição da existência LGBTQIA+; e (3) violações expressas. Essas categorias foram descritas na sequência:

(1) *Omissão ao combate à violência*: se refere ao Estado russo não ter combatido devidamente a violência dentro de suas fronteiras contra pessoas LGBTQIA+. E os casos referentes a essa categorização podem ser assim tabelados:

79 A comunicação é a notificação do pedido ao Governo, de modo que na fase seguinte do processo, denominada de "fase não-contenciosa", as partes são convidadas buscar uma solução amistosa no prazo de 12 semanas. Se não houver acordo, a ação entra na "fase contenciosa", quando as partes apresentarão seus argumentos ao júri, que sentenciará quanto à condenação ou absolvição.

80 PIOVESAN, Flávia. Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção de direitos humanos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDERICH, Tatyana. *Coleção Direito Internacional Multifacetado*: direitos humanos e jurisdição internacional. v. IV. Curitiba: Juruá, 2014.

81 CE – CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

Tabela 1 – Casos contra a Rússia perante à CEDH atinentes à omissão Estatal no combate à violência contra a comunidade LGBTQIA+.

N. App.	Nome do peticionante	Data de entrada	Categorização	Decisão da corte e arts. violados	Data da decisão
42395/15	Dmitriy Olegovich CHECHETKIN	17/08/2015	1	COMUNICADO	06/07/2017
58358/14 7146/15 25887/15	Boris Borisovich ROMANOV Pavel Vladimirovich LEBEDEV e Andrey Sergeyevich NASONOV Sergey Aleksandrovich STAROV, Anna Viktorovna PITENOVA, Kirill Vladimirovich FEDOROV, Yevgeniy Aleksandrovich PROKOPENKO e Svetlana Dmitriyevna LEVINA	11/08/2014 29/01/2015 15/05/2015	1	COMUNICADO	02/11/2017
56368/17	Khudoberdi Turgunaliyevich NURMATOV	04/08/2017	1	PARCIALMENTE INADIMISSÍVEL/ PARCIALMENTE ABSOLVIDA	02/10/2018
46712/15	Yelena Vladimirovna BERKMAN	09/09/2015	1	COMUNICADO	12/11/2018

Fonte: elaboração própria com dados de CEDH até jan. 2020.

(2) *Impedimento velado ou expresso à exposição da existência LGBTQIA+*: corresponde a inviabilização, via regras e burocracia estatal, do acontecimento de eventos que celebram a cultura, resistência ou luta por direitos da comunidade LGBTQIA+. E os casos referentes a essa categorização podem ser assim tabelados:

Tabela 2 – Casos contra a Rússia perante à CEDH atinentes ao impedimento velado ou expresso à exposição da existência LGBTQIA+.

N. App.	Nome do peticionante	Data de entrada	Categorização	Decisão da corte e arts. violados	Data da decisão
31782/15	Nikolay Aleksandrovich ALEKSEYEV Kirill NEPOMNYASHCHIY Sofya MIKHAYLOVA Yaroslav YEVTUSHENKO Maria RUMYANTSEVA Irina ALEKSEYEVA	21/01/2015	2	COMUNICADO	15/01/2016
57818/09 51169/10 4618/11 19700/11 31040/11 47609/11 55306/11 59410/11 7189/12 16128/12 16134/12 20273/12 51540/12 64243/12 37038/13	LASHMANKIN e outros 23	05/10/2009 24/08/2010 08/12/2010 25/02/2011 11/05/2011 13/07/2011 14/06/2011 27/08/2011 07/12/2011 28/02/2012 28/02/2012 20/03/2012 19/05/2010 21/09/2012 20/05/2013	2	CONDENAÇÃO (art. 5, 6, 11 e 13)	07/02/2017
57818/09 51169/10 4618/11 19700/11 31040/11 47609/11 55306/11 59410/11 7189/12 16128/12 16134/12 20273/12 51540/12 64243/12 37038/13	Nikolay BAYEV Aleksey KISELEV Nikolay ALEKSEYEV	09/11/2009	2	CONDENAÇÃO (arts. 10 e 14)	20/06/2017
33421/16	Yelena Aleksandrovna KLIMOVA	29/05/2016	2	COMUNICADO	26/10/2017

14988/09 & 50 others	ALEKSEYEV e outros	múltiplas	2	CONDENAÇÃO (art 11, 13 e 14)	27/11/2018

Fonte: elaboração própria com dados de CEDH até jan. 2020.

(3) *Violações expressas:* relaciona-se aos abusos cometidas diretamente por membros e representantes do próprio Estado durante a execução de suas funções executivas, legislativas e judiciais ou pela construção de normativas, que ferem os direitos humanos desse grupo social. E os casos referentes a essa categorização podem ser assim tabelados:

Tabela 3 – Casos contra a Rússia perante à CEDH atinentes às violações expressas cometidas contra LGBTQIA+.

N. App.	Nome do peticionante	Data de entrada	Categorização	Decisão da corte e arts. violados	Data da decisão
40792/10	Irina Borisovna FEDOTOVA e Irina Vladimirovna SHIPITKO	20/07/2010			
30538/14	Dmitriy Nikolayevich CHUNOSOV e Yaroslav Nikolayevich YEVTUSHENKO	05/04/2014			
43439/14	Ilmira Mansurovna SHAYKHRAZNOVA e Yelena Mikhaylovna YAKOVLEVA	17/05/2014	3	COMUNICADO	02/05/2016

(4) Fonte: elaboração própria com dados de CEDH até jan. 2020.

Ademais, a seguir foi desenvolvida uma tabela que que contempla os casos atinentes a duas categorizações simultâneas, contendo dados a respeito de cada ação:

Tabela 4 – Casos contra a Rússia perante à CEDH que figuram em mais de uma categoria de violação cometidas contra LGBTQIA+.

N. App.	Nome do peticionante	Data de entrada	Categorização	Decisão da corte e arts. violados	Data da decisão
4916/07 25924/08 14599/09	Nikolay ALEKSEYEV	20/01/2007 14/02/2008 10/03/2009	2 e 3	CONDENAÇÃO (arts. 11, 13 e 14)	21/10/2010
12200/08 35949/11 58282/12	ZHDANOV e & 2 others	03/03/2018	2 e 3	CONDENAÇÃO (art 6, 11 e 14)	16/07/2019
26624/15 & 76 others	Nikolay Aleksandrovich ALEKSEYEV	múltiplas	2 e 3	CONDENAÇÃO (art 11, 13 e 14)	16/01/2020

Fonte: elaboração própria com dados de CEDH até jan. 2020.

Ato contínuo, com o intuito de explanar as referidas categorizações e, assim, avultar as ações cometidas pelo Estado russo contra a população LGBTQIA+, selecionam-se três casos em que o país fora condenado: (i) o caso de Yelena Vladimirovna Berkman, julgado em 12 de novembro de 2018, representando a primeira categoria; (ii) o caso de Nikolay Aleksandrovich Alekseyev, julgado em 16 de janeiro de 2020, correspondente à segunda categoria; e (iii) o caso de Aleksandr Zhdanov, julgado em 16 de julho de 2019 a exemplo da terceira categoria.

Frisa-se que esses casos foram selecionados por serem os mais recentes de cada uma das categorias no momento da pesquisa. No entanto, outros casos serão também abordados no decorrer das considerações a título de complementação, a fim de confirmar as categorizações formuladas.

3.2.1 *Yelena Vladimirovna Berkman v. Rússia* e a omissão ao combate à violência[82]

Os fatos do caso ocorreram em São Petersburgo, mais especificamente em 12/10/2013. Neste dia ocorria um evento destinado a apoiar pessoas LGBTQIA+,

82 CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. do caso: 46712/15.* Yelena Vladimirovna Berkman. Comunicado em 12 nov. 2018. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-188236. Acesso em: 4 set. 2020.

que foi interrompido por ataques físicos e verbais violentos e motivados pelo ódio à essa comunidade. Os policiais presentes, ao invés de conterem os agressores, prenderam um grupo de manifestantes, dentre os quais estava a peticionante, a qual foi encaminhada a uma delegacia e acusada de desordem em local público.

Posteriormente, os processos administrativos contra a autora foram encerrados por "ausência de um delito administrativo"; no entanto, a mesma continuou a questionar legalidade das ações administrativas, apresentando uma queixa ao tribunal distrital de Vasileostrovskiy de São Petersburgo em 12/02/2014. Ocorre que o tribunal negou o recurso da autora em 23/10/2014, a qual recorreu novamente agora ao tribunal da cidade de São Petersburgo, que, ao seu turno, confirmou a decisão anterior no dia 11/03/2015. A autora contestou ainda as duas decisões, por meio de recurso à Corte do Presídio de São Petersburgo, mas o mesmo negou a admissão do recurso.

Assim, em 09/09/2015 a autora demandou contra Rússia no âmbito CEDH, alegando a incompatibilidade das condutas russas com os artigos 5° (direito à liberdade e à segurança), 11 (direito à liberdade de reunião e associação) e 14 (proibição da discriminação). A Rússia foi comunicada em 12/11/2018.

Outros casos denunciam a clara desmotivação do governo russo em investigar e tomar as cabíveis medidas a respeito de ataques de cunho LGBTQIA+ fóbico. O caso de Dmitriy Olegovich Chechetkin[83], levado à Corte em 17 de agosto de 2015, é outro exemplo disso.

Este caso refere-se a uma situação ocorrida em 03/11/2013, em que dois jovens não identificados, munidos de um taco de baseball e uma pistola de ar, invadiram um evento que ocorria periodicamente em um centro de prevenção ao HIV (chamado de *Rainbow Tea Social*), em São Petersburgo. Os criminosos agrediram as pessoas presentes no local e dispararam tiros contra as mesmas. O autor do processo ficou cego após ser acertado por um disparo no olho e agredido com chutes ao tentar se defender. Enquanto ocorriam as agressões, frases de cunho claramente homofóbico, como: "onde você está indo, sua bicha?", eram vociferadas pelos agressores denotando o caráter da agressão. Os criminosos deixaram o local e a polícia e o socorro foram acionados.

83 CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**.** *N. do caso: 42395/15***.** Dmitriy Olegovich Chechetkin. Comunicado em 06 jul. 2017. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175886. Acesso em: 4 set. 2020.

No dia seguinte (04/11/2013), a Sra. P (administradora do estabelecimento) protocolou uma ação criminal, de acordo com o art. 213§2º do Código Penal da Rússia (CPR). Em 12/11/2013, Dmitriy recebeu o status de vítima e foi entrevistado no dia seguinte para descrever o ataque. Ele relatou a ocorrência de telefonemas intimidadores ao centro e, em 19/11/2013, foi constatado pela perícia que a vítima sofreu graves danos à saúde.

Em 26 de novembro o investigador classificou o ataque cometido contra Dmitriy como ato intencional de danos corporais graves por motivos desordeiros (art. 111§2º, alínea 'd' do CPR) e contra Sra. P como espancamento agravado (art. 116§2º do CPR). Nesse dia, o investigador impediu os requerentes de apontar a motivação do ataque como "motivo de ódio", recusando um pedido de cópia dos registros dos interrogatórios, da decisão de abertura de um processo criminal e da ordem de exame pericial dos ferimentos do requerente, solicitados pelo advogado do mesmo.

Em 04/03/2014, o processo foi suspenso pelas autoridades, as quais alegaram não conseguir encontrar os agressores, em que pese no dia 12/03/2014, essa decisão ter sido anulada pela instância superior ao notar-se que a investigação não tinha sido completada porque o investigador não teria dado devida atenção à intolerância dos atos perpetrados (contra homossexuais) ou mesmo investigado quem eram os proprietários das pistolas de ar.

Outrossim, em 26/04/2014, o processo foi arquivado novamente, sem indícios de que as recomendações foram colocadas em prática. Em 08/05/2014, o gabinete do procurador do distrito de Admiralteyskiy revogou o arquivamento do processo alegando mais falhas na execução da investigação e nesse processo foram traçados os perfis de quatro suspeitos. Em 16/06/2014, o inquérito foi suspenso novamente sem que o requerente fosse notificado – ato este cuja legalidade fora questionada pelo advogado das partes, tendo o mesmo insistido em classificar o ocorrido como crime de ódio. Em 28/11/2014 o tribunal local teria declarado a ilegalidade da não comunicação, porém, indeferiu o pleito no da ação. Assim, em 26/03/2015 as autoridades encerraram as investigações novamente e o caso continua sem solução, motivo pelo qual o mesmo foi apresentado à CEDH em agosto de 2015 e atualmente se encontra em fase não contenciosa ("comunicado").

Em ambas as situações, resta claro que as autoridades russas não demonstram importar-se com a prática de atos abertamente contrários à população LGBTQIA+, denotando a sua plena omissão quanto aos atos de violência realizados, aquiescendo quanto a atos atentatórios à segurança individual (art. 5º),

senão também ao próprio direito a um processo equitativo (art. 6º), de liberdade de reunião e associação (art. 11º) e da própria necessidade de não ser discriminado (art. 14º), fazendo, assim, eco às estatísticas que apontam para a crescente onda de violência e intolerância no país.

3.2.2 *Nikolay Aleksandrovich Alekseyev e outros 76 v. Rússia* e o impedimento velado ou expresso à exposição da existência LGBTQIA+[84]

Os casos mais recentes da segunda categoria foram levados à CEDH em diferentes datas e em 77 processos diferentes, alegando a recusa constante do governo russo em aprovar eventos e manifestações que abordam a pauta LGBTQIA+ e o cumprimento de normativas que protegem a comunidade.

O primeiro processo é de 25/11/2015, levado por Nikolay Aleksandrovich Alekseyev, frente às inúmeras censuras perpetradas pelo Estado russo no que tange a realização de eventos referentes ao grupo, sendo pelo menos 19 paradas do orgulho LGBTQIA+ e 140 assembleias públicas. A CEDH verificou, no dia 16/01/2020, a ocorrência expressa da violação do art. 11 (liberdade de reunião e associação), do art. 13 (direito a um recurso efetivo) e do art. 14 (proibição da discriminação).

Um caso semelhante foi movido por Alekseyev e outros 50 cidadãos russos[85] referentes as mais de 50 tentativas de promover comícios públicos LGBTQIA+ com planos de discutir direitos dessa parcela da população, entre 2009 e 2014, em que as autoridades locais foram notificadas repetidas vezes a respeito de suas intenções, tendo sido todas elas rechaçadas. Várias falhas eram apontadas nos projetos, como datas e locais, a fim de impossibilitar que esses movimentos ocorressem. Além disso, aos tribunais locais, ao arquivarem os processos de solicitação, apontavam esses feitos como repreenda a desordens públicas.

Os 51 casos foram levados à CEDH, mas 44 ainda não foram apreciados pelo tribunal por, até o presente momento, ainda estarem dentro do prazo de resposta legal do Estado russo (de 6 meses). No entanto, levando em consideração os outros sete casos, ressalta-se que a Corte decidiu que a censura do governo russo

84 CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. dos casos: 26624/15 and 76 others e Nikolay Aleksandrovich Alekseyev*. Julgado em 16 jan. 2020. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-200321. Acesso em: 4 set. 2020

85 CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. dos casos: 14988/09 and 50 others e Nikolay Alekseyev, Irina Alekseyeva, Kirill Nepomnyashchiy, Aleksey Kiselev, Sofya Mikhaylova, Yaroslav Yevtushenko e Irina Fedotova*. Julgado em 27 nov. 2018. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6262020-8153391. Acesso em: 4 set. 2020.

aos eventos feria a liberdade de expressão dos envolvidos, afastando o argumento de que os mesmos poderiam configurar desordens públicas, notando que, o governo lançou mão de diversos recursos para contê-las e que, mesmo sendo a maioria da população opositora da causa LGBTQIA+, cercear o direito de debate desses cidadãos configurava uma violação ao art. 10 da Convenção.

A respeito da omissão e abstenção das autoridades para com as datas e locais das reuniões marcadas, a CEDH entendeu que essa conduta configura violação do art. 13 da Convenção. A Corte também identificou que o real motivo para que os eventos não fossem permitidos era justamente a desaprovação moral das autoridades, tendo o prefeito de Moscou afirmado sua oposição pessoal aos comícios LGBTQIA+, caracterizando, assim, igualmente a violação do art. 14 da Convenção (motivo pelo qual o caso também é relacionado à terceira categoria apontada neste estudo).

Além disso, levando em conta que o país ainda estava proibindo eventos LGBTQI+ mesmo após a apreciação dos pleitos, foi igualmente apontada a violação aos arts. 1 (obrigação de respeitar os direitos humanos) e 46 (força vinculante e execução das sentenças) da Convenção – verificação essa que reforça a categorização aqui realizada quanto a existência de um impedimento à exposição da existência da comunidade em si no âmbito da sociedade russa.

3.2.2 *Zhdanov e outros dois v. Rússia* e as violações expressas[86]

Por fim, no que diz respeito da terceira categoria, a sentença do caso Zhdanov e outros dois é datada de 16/07/2019, tendo sido o mesmo levado à CEDH em 03/03/2008. Trata-se de um caso em que três organizações de apoio e defesa à população LGBTQAI+, e de combate à homofobia, junto aos seus presidentes, alegavam que a recusa de registro de organizações não-governamentais LGBTQIA+ pelo governo russo configurava em um ato discriminatório.

Pontualmente, o caso refere-se à solicitação de registo das organizações *Regional Public Association Rainbow House*, *Autonomous Non-Profit Organisation Movement for Marriage Equality* e *Regional Public Sports Movement Sochi Pride House*, entre 2006 a 2011, os quais foram recusados sob a alegação de existência de

86 CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. dos casos: 12200/08, 35949/11, 58282/12. Zhdanov e outros*. Julgado em 16 jul. 2019. Disponível em: http://www.sexualorientation-law.eu/images/documents/Zhdanov__Rainbow_House_v__Russia_communicated_2011-03-11.pdf . Acesso em: 4 set. 2020.

irregularidade formal e de que as citadas organizações se destinavam a promoção de direitos LGBTQIA+, os quais poderiam vir a violar valores morais da sociedade, interferir nos direitos pessoais dos demais cidadãos russos, levar à diminuição da população e causar inimizade social e/ou religiosa em razão do grau ofensivo que as relações entre pessoas do mesmo sexo eram consideradas por outrem – o que, aliás, aos olhos das autoridades russas, poderia representar riscos aos membros das organizações cujos registros solicitava-se.

Em vista disso, os requerentes basearam suas ações nos arts. 11 (liberdade de reunião e associação) e 14 (proibição de discriminação). Ademais, os requerentes da *Sochi Pride House* também notaram que a recusa de examinar os seus recursos durante o processo administrativo de registro violaria igualmente o art. 6(1) da Convenção (direito de acessar o tribunal).

A Corte então condenou o governo russo levando em conta os arts. 6(1) e 11, além do próprio art. 14, por entenderem que o Estado deveria – diretamente – zelar pela segurança dos cidadãos e suas liberdades, inclusive de associação, não podendo restringi-las com base em eventual reação violenta de outros grupos da sociedade, a qual, à propósito, o país também tem igualmente o dever de evitar (caso não o faça, configurar-se-ia uma violação relativa à primeira categoria apontada neste estudo). Ademais, apontou a corte que houve discriminação – art. 14 – por parte do governo baseada em orientação sexual e gênero, a qual, atrelada a impossibilidade de inscrição das associações, confira-se não só numa violação expressa cometida pela autoridade governamental, senão também uma forma de impedir a existência de expressões LGBTQIA+ (motivo pelo qual o caso também é relacionado à segunda categoria apontada neste estudo).

Por fim, levando em consideração o art. 41 da Convenção, condenou o governo russo a pagar ao Sr. Jdanov €10.000 e aos Srs. Nepomnyashchiy e Naumchik, €13.000 cada, relativamente a danos imateriais, além de mais €6.500, em conjunto, a título de ressarcimento de custas e despesas processuais.

4 CONCLUSÃO

A Corte Europeia de Direitos Humanos é um importante mecanismo para a assecuração dos Direitos Humanos na Europa e realiza um excelente trabalho ao dar visibilidade aos casos levados perante a si, honrando o compromisso ao qual ela se propõe. A possibilidade de indivíduos submeterem Estados à mesma é outro ponto favorável à instituição, exatamente por dar o máximo de atenção e

protagonismo possível às pessoas oprimidas dentro dos limites jurisdicionais de um Estado-Parte.

No entanto, é possível observar que a postura de alguns países permanece imutável frente à defesa de minorias, mesmo com os "incentivos" da Corte para que os Direitos Humanos sejam garantidos. A Rússia, objeto de estudo dessa pesquisa, é um deles. Pode-se perceber que, apesar das repetidas ações e condenações no âmbito da CEDH, verifica-se que as mesmas não abalam suficientemente o país a ponto de instigar alguma mudança.

A abordagem indesejada sobre os direitos de certas minorias representativas, no caso, de não heterossexuais e não cisgêneros, persiste mesmo após repetidas condenações. Talvez isso decorra do fato de a Rússia não estar em uma posição em que a sua imagem seria demasiadamente afetada pelo *power of embarassment* gerado pelas repetidas condenações impostas contra si, a ponto de o Estado realmente querer adotar medidas em prol da população LGBTQIA+ que se encontra em sua jurisdição. Outrossim, exigir uma punição mais severa, como a própria exclusão do Estado do Conselho da Europa através de decisão do Comitê de Ministros, o qual detém o papel de supervisionar o cumprimento das sentenças[87], não irá solucionar o problema.

Se o objetivo maior do Conselho da Europa era avultar a existência uma *ratio* europeia, democrática, a qual deixa os horrores da Segunda Guerra Mundial no passado, sobretudo a discriminação, talvez deva-se trabalhar em frentes que busquem desenvolver esse ideal. Ademais, poder-se-ia pensar em outras formas de obrigação de fazer a serem ordenadas pela CEDH nas condenações, sobretudo, para que haja um retorno real de benefícios à população oprimida, particularmente em casos de opressão estatal sistemática. Afinal, hodiernamente esses não existem. Ao ordenar que a Rússia indenize os autores das ações, sem que demandas específicas sejam adotadas para a manutenção dos direitos da minoria em questão, o seu alcance se pouco suficiente. Isso porque, mesmo que os proponentes das ações vençam as disputas judiciais e utilizem os recursos angariados em benefício da comunidade, dentro de um Estado que claramente viola e boicota os direitos dessa minoria, como no Estado russo, estes teriam sua efetividade reduzida ao máximo.

Se pensasse-se em incluir nas condenações, não só da Rússia, mas dos países que se apresentam relutantes em adequar suas condutas aos Direitos

87 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional:* um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 12; BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos Humanos*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 350-351.

Humanos, penas que envolvam a aplicação de recursos ou o pagamento para instituições nacionais que lutem e protejam os direitos das comunidades oprimidas, em montantes expressivos, talvez isso pudesse colaborar para uma melhoria na rede de apoio ofertada às pessoas e também para que houvesse um trabalho de conscientização social (vez que a desinformação é, em grande medida, responsável pelos atos de violência).

Dessa forma, defende-se que as ações da CEDH impactariam eficazmente em duas diferentes frentes no combate das violações de Direitos Humanos:

Com penas maiores, a manutenção da postura indesejada restaria financeiramente elevada ao país, o que poderia configurar em um desincentivo a sua conduta ilícita e/ou conivente;

Com os recursos adicionais, as organizações defensoras dos Direitos Humanos poderiam intensificar suas atuações na luta por direitos, realizando uma espécie de "trabalho de base" – termo emprestado do marxismo – no sentido de educar a população e ajudar toda a comunidade a superar a mentalidade discriminatória, que é dominante, contrariando, dessa forma, os interesses das elites políticas, e melhorando a qualidade das relações sociais.

Dessa maneira, os Estados seriam colocados em uma espécie de *deadlock* para a perpetuação de idealismos transgressores: ou parariam de favorecer o ambiente interno, deixando de ser coniventes às violações dos direitos de minorias ou mesmo de violá-los diretamente, favorecendo a proteção das comunidades oprimidas e a atuação da militância em prol de seus direitos, ou passariam, por meio das condenações, a financiar instituições e projetos internos que lutam contra a opressão dessas minorias promovidas pelo poder estatal e pelos civis. Sendo assim, por meio da primeira opção, mais palatável, ou da segunda, mais ríspida e afrontosa, queiram os líderes ou não, a progressão dos Direitos Humanos seria favorecida.

Há ainda a opção de que os Estados violadores parem de se submeter à Corte frente à essa pressão. No entanto, fazendo isso, estariam atestando a oposição aos Direitos Humanos frente toda a sociedade internacional, prejudicando a percepção internacional frente ao país. Isso seria claramente indesejável, já que, se esses Estados escolheram se submetem, até a atualidade, a esse mecanismo, fazê-lo traz benefícios consideráveis aos mesmos e que possivelmente não valham a pena serem arriscados.

Pelo exposto, então, percebe-se que há ainda passos a serem dados pelo citado órgão internacional em apreço, notadamente no sentido de fato provocar

mudanças em casos extremos, como são as situações perpassadas pela população LGBTQIA+ na Rússia.

REFERÊNCIAS

ADAID, Felipe. Homossexualidade no medievo: o legado da peste negra aos sodomitas. *Jus.* Campinas, p. 1-2. jan. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/71387/homossexualidade-no-medievo/2. Acesso em: 26 dez. 2020.

ALFAGEME, Ana. Morrer por ser gay: o mapa-múndi da homofobia. *El País*, 22 mar. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/19/internacional/1553026147_774690.html. Acesso em: 20 ago. 2021.

ALMEIDA, Paula. LGBT's na Rússia: uma história de resistência e luta subterrânea. *Diário Esquerda,* 29 jun. 2018. Disponível em: www.esquerdadiario.com.br/LGBTs-na-Russia-uma-historia-de-resistencia-e-luta-subterranea. Acesso em: 4 set. 2020.

AMBROSINO, Brandon. Como foi criada a heterossexualidade como a conhecemos hoje. *BBC*, 11 jun. 2017. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-40093671. Acesso em: 20 ago. 2021.

BAZÁN, Iñaki. La construcción del discurso homofóbico en la Europa cristiana medieval. *En la España Medieval*, v. 30, p. 433-454, 2007.

BBC. *Gay parades banned in Moscow for 100 years.* 17 ago. 2012. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-europe-19293465. Acesso em: 25 ago. 2021.

BBC. *European court fines Russia for banning gay parades*. 6 mar. 2012b. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-europe-11598590. Acesso em: 25 ago. 2021.

BBC. *Russian army put on alert for tell-tale tattoos*. 25 jan. 2013. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-europe-21194719. Acesso em: 25 ago. 2021.

BBC. *Dia do Orgulho Gay*: os países onde é ilegal ser homossexual. 28 jun. 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57641679. Acesso em: 20 ago. 2021.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos Humanos*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRAGA, Carlos Heniruqe. Rússia formaliza homofobia governamental e proíbe casamento e adoção por casais LGBT. *Gay Blog*, 11 abr. 2021. Disponível em: https://gay.blog.br/politica/russia-formaliza-homofobia-governamental-e-proibe-casamento-e-adocao-por-casais-lgbt/. Acesso em: 25 ago. 2021.

BURGEN, Stephen. 'We can't go back': the Russian gay family who took refuge in Spain. *The Guardian*, 6 ago, 2021. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2021/aug/06/we-cant-go-back-the-russian-gay-family-who-took-refuge-in-spain. Acesso em: 25 ago. 2021.

CASTEDO, Antía; TOMBESI, Cecilia. Mapa mostra como a homossexualidade é vista pelo mundo. *BBC*, 28 jun. 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48801567. Acesso em: 25 ago. 2021.

CE – CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. dos casos: 4916/07, 25924/08, 14599/09 Nikolay Alekseyev*. Julgado em 21 out. 2010. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3311485-3700129. Acesso em: 4 set. 2020.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. do caso: 31782/15 Nikolay Aleksandrovich Alekseyev, Kirill Nepomnyashchiy, Sofya Mikhaylova, Yaroslav Yevtushenko, Maria Rumyantseva e Ms Irina Alekseyeva*. Comunicado em 15 jan. 2016. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160661. Acesso em: 4 set. 2020.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. dos casos: 40792/10, 30538/14, 43439/14 Irina Borisovna Fedotova, Irina Vladimirovna shiptiko, Dmitriy Nikolayevich Chunosov, Yaroslav Nikolayevich Vevtushenko, Ilmira Mansurovna Shaykhraznova e Yelena Mikhaylovna Yakovleva*. Comunicado em 02

mai. 2016. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163362. Acesso em: 4 set. 2020.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. dos casos:57818/09, 51169/10, 4618/11, 19700/11, 31040/11, 47609/11, -55306/11, 59410/11, 7189/12, 16128/12, 16134/12, 20273/12, 51540/12, 64243/12, 37038/13.* Lashmankin e outros 23. Julgado em 07 fev. 2017. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5621962-7111246. Acesso em: 4 set. 2020.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. N. dos casos: 57818/09, 51169/10, 4618/11, 19700/11, 31040/11, 47609/11, 55306/11, 59410/11, 7189/12, 16128/12, 16134/12, 20273/12, 51540/12, 64243/12, 37038/13. Nikolay Bayev, Aleksey Kiselev e Nikolay Alekseyev. Julgado em 20 jun. 2017. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5755355-7315126. Acesso em: 4 set. 2020.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. do caso: 42395/15 Dmitriy Olegovich Chechetkin*. Comunicado em 06 jul. 2017. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175886. Acesso em: 4 set. 2020.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. do caso: 33421/16 Yelena Aleksandrovna Klimova*. Comunicado em 26 out. 2017. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178824. Acesso em: 4 set. 2020.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. dos casos: 58358/14, 7146/15, 25887/15 Boris Borisovich Romanov, Pavel Vladimirovich Lebedev, Andrey Sergeyevich Nasonov, Sergey Aleksandrovich Starov, Anna Viktorovna Pitenova, Kirill Vladimirovich Fedotov, Yevgeniy Aleksandrovich Prokopenko e Svetlana Dmitriyevna Levina.* Comunicado em 02 nov. 2017. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-178997%22]}. Acesso em: 4 set. 2020.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. do caso: 56368/17. Khudoberdi Turgunaliyevich Nurmatov*. Julgado em 02 out. 2018.

Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187460. Acesso em: 4 set. 2020.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. do caso: 46712/15. Yelena Vladimirovna Berkman.* Comunicado em 12 nov. 2018. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-188236. Acesso em: 4 set. 2020.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. dos casos: 14988/09 and 50 others e Nikolay Alekseyev, Irina Alekseyeva, Kirill Nepomnyashchiy, Aleksey Kiselev, Sofya Mikhaylova, Yaroslav Yevtushenko e Irina Fedotova*. Julgado em 27 nov. 2018. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6262020-8153391. Acesso em: 4 set. 2020.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. dos casos: 12200/08, 35949/11, 58282/12. Zhdanov e outros*. Julgado em 16 jul. 2019. Disponível em: http://www.sexualorientationlaw.eu/images/documents/Zhdanov__Rainbow_House_v__Russia_communicated_2011-03-11.pdf . Acesso em: 4 set. 2020.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *N. dos casos: 26624/15 and 76 others e Nikolay Aleksandrovich Alekseyev.* Julgado em 16 jan. 2020. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-200321. Acesso em: 4 set. 2020.

CEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights* – right to marry. Strasbourg, 31 aug. 2021. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_12_ENG.pdf. Acesso em: 2 set. 2021.

D'ANGELO, Helô. Estudo mostra diversidade de práticas sexuais entre indígenas no Brasil pré-colonial. *Cult.* São Paulo, p. 1-1. jun. 2017. Disponível em: https://revistacult.uol.com.br/home/estudo-mostra-diversidade-de-praticas-sexuais-entre-indigenas-no-brasil-pre-colonial/. Acesso em: 26 dez. 2020.

EURONEWS. Russia rejects European Court of Human Rights order to recognise same-sex unions. *Euronews*, 14 jul. 2021. Disponível em: https://www.

euronews.com/2021/07/14/russia-rejects-european-court-of-human-rights-order-to-recognise-same-sex-unions. Acesso em: 25 ago. 2021.

ESCUER, Edmundo. Los mayas y su curiosa sexualidad: Lujuria, amor, placer y sexualidad tuvieron un profundo valor entre los mayas, que solían identificarse con ciertas artes como la plumería o con cierto tipo de flores. *Nova Tribuna*, [*S. l.*], p. 1-17, 20 jul. 2017. Disponível em: https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/mayas-curiosa-sexualidad/20170720142655141918.html. Acesso em: 27 ago. 2020.

ESKRIDGE JR., William. N. A history of same-sex marriage. *Virginia Law Review*, v. 79, n. 7, p. 1419-1513, 1993.

FARO, Julio Pinheiro. Uma nota sobre a homossexualidade na história. *Revista Subjetividades*, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 124-129, abr. 2015.

FERRAZ, Taís; CARDIAL, Ilana. Polônia e Hungria recrudescem leis contra direitos de mulheres e LGBT e desafiam a UE. *Estadão*, 12 abr. 2021. Disponível em: https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,polonia-e-hungria-recrudescem-leis-contra-direitos-de-mulheres-e-lgbt-e-desafiam-a-ue,70003676254.
https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,polonia-e-hungria-recrudescem-leis-contra-direitos-de-mulheres-e-lgbt-e-desafiam-a-ue,70003676254. Acesso em: 20 ago. 2021.

FLOOD, Alison. The picture book fighting back against Russia's LGBT+ propaganda law. *The Guardian*, 17 ago. 2021. Disponível em: https://www.theguardian.com/books/2021/aug/17/picture-book-russia-lgbt-gay-propaganda-law-lawrence-schimel. Acesso em: 25 ago. 2021.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1983.

GRAMSCI, Antonio. *Os Cadernos do Cárcere*. v. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

HALLAM, Mark. LGBTs europeus convivem com o medo, mostra estudo. *DW*, 14 mai. 2020. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/lgbts-europeus-convivem-com-o-medo-mostra-estudo/a-53443912. Acesso em: 20 ago. 2021.

HRW – HUMAN RIGHTS WATCH. *Russia: Impunity for Anti-LGBT Violence*. New York, dec. 15, 2014. Disponível em: https://www.hrw.org/news/2014/12/15/russia-impunity-anti-lgbt-violence. Acesso em: 20 ago. 2021.

ICJ – INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *European Court finds Russia's refusal to register three LGBT organizations unjustified and discriminatory*. Geneva, jul. 17, 2019. Disponível em: https://www.icj.org/european-court-finds-russias-refusal-to-register-three-lgbt-organizations-unjustified-and-discriminatory/. Acesso em: 30 ago. 2021.

IHU - INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. *Homossexualidade e religião*. São Leopoldo, 3 ago. 2019. Disponível em: www.ihu.unisinos.br/78-noticias/591150-homossexualidade-e-religiao. Acesso em: 20 ago. 2021.

IPSOS. *LGBT+ Pride 2021 Global Survey points to a generation gap around gender identity and sexual attraction.* New York, 9 jun. 2021. Disponível em: https://www.ipsos.com/en/lgbt-pride-2021-global-survey-points-generation-gap-around-gender-identity-and-sexual-attraction. Acesso em: 20 ago. 2021.

JUNQUEIRA, R. D. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. *Bagoas* – Estudos gays: gêneros e sexualidades, v. 1, n. 01, 27 nov. 2012.

KOOP, Avery. Chart: How Gen Z employment levels compare in OECD countries. *World Economic Forum*, 26 mar. 2021. Disponível em: https://www.weforum.org/agenda/2021/03/gen-z-unemployment-chart-global-comparisons/. Acesso em: 20 ago. 2021.

KONDAKOV, Anexander. Putting Russia's homophobic violence on the map. *Open Democracy,* 17 may, 2017. Disponível em: https://www.opendemocracy.net/en/odr/putting-russia-s-homophobic-violence-on-map/. Acesso em: 20 ago. 2021.

LETSAS, George. *A theory of interpretation of de European Convention on Human Rights.* New York: Oxford University Press, 2010.

MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos e outros textos escolhidos*. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MILARÉ, Jéssica. Por uma nova revolução sexual: viva a Revolução Russa. *Esquerda online*, 4 nov. 2017. Disponível em: https://memoria100anosrevolucaorussa.wordpress.com/2017/11/04/por-uma-nova-revolucao-sexual-viva-a-revolucao-russa/. Acesso em: 26 jul. 2021

NBC. *Russian constitution change ends hopes for gay marriage*. St. Petesburg, 13 jul. 2020. Disponível em: https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/russian-constitution-change-ends-hopes-gay-marriage-n1233639. Acesso em: 25 ago. 2021.

NETO, Egerton. Entrevista. In: JORDÃO, Pedro. O que dizem as religiões do mundo sobre a comunidade LGBTQIA+. *Portal iG QUeer*, 16 abr. 2021. Disponível em: https://queer.ig.com.br/2021-04-16/o-que-dizem-as-religioes-do-mundo-sobre-a-comunidade-lgbtqia-.html. Acesso em: 20 ago. 2021.

OLIVEIRA, Caroline. População LGBTI+ demanda inclusão no mundo do trabalho para combater discriminação. *Brasil de Fato*, São Paulo, 25 jun. 2020. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2020/06/25/inclusao-no-mundo-do-trabalho-e-fundamental-populacao-lgbti-apontam-organizacoes. Acesso em: 25 ago. 2021.

PERSONAS trans viven lo que el promedio en la Edad Media, advierte campaña. *Milenio*, Ciudad de Mexico, 20 nov. 2019. Disponível em: https://www.milenio.com/ciencia-y-salud/trans-viven-promedio-gente-edad-media-35-anos. Acesso em: 25 ago. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional:* um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PIOVESAN, Flávia. Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção de direitos humanos. *In*: RAMINA, Larissa; FRIEDERICH, Tatyana. *Coleção Direito Internacional multifacetado*: direitos humanos e jurisdição internacional. v. IV. Curitiba: Juruá, 2014.

RANKIN, Jennifer. Russian 'gay propaganda' law ruled discriminatory by European court. *The Guardian*, 20 jun. 2017. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2017/jun/20/russian-gay-propaganda-law-discriminatory-echr-european-court-human-rights. Acesso em: 25 ago. 2021.

RFERL – RADIO FREE EUROPE & RADIO LIBERTY. *Russian LGBT group says man was abducted, taken to Chechnya, and pressed for info on gays in region*. 26 ago. 2021. Disponível em: https://www.rferl.org/a/chechnya-lgbt-man-abducted/31429280.html. Acesso em: 25 ago. 2021.

SAHUQUILLO, María R. 'Jogos Mortais', o grupo homofóbico que assassina LGBTIs na Rússia. *El País*, Moscou, 30 jul. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/29/internacional/1564418171_802346.html#:~:text=Há%20mais%20de%20cinco%20anos,cada%20pessoa%20LGBT%20 "caçada. Acesso em: 22 mar. 2021.

SIMÕES, Rogério. Casamento gay: onde ocorreram as primeiras cerimônias, há exatos 20 anos. *BBC*, Londres, 1 abr. 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56004287. Acesso em: 20 ago. 2021.

SOUZA, Eloisio Moulin de; PEREIRA; Severino Joaquim N. (Re)produção do heterossexismo e da heteronormatividade nas relações de trabalho: a discriminação de homossexuais por homossexuais. *RAM – Revista de Administração Mackenzie [online],* v. 14, n. 4, pp. 76-105, 2013.

TMT – THE MOSCOW TIMES. Anti-LGBT Hate Crimes Up in Russia, Watchdog Says. *The Moscow Times*, 5 Feb. 2020. Disponível em: https://www.

themoscowtimes.com/2020/02/05/anti-lgbt-hate-crimes-up-in-russia-watchdog-says-a69176. Acesso em: 20 ago. 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais e a realização da justiça.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

TOITIO, Rafael Dias. Sobre a hegemonia heterossexista. *Anais do VIII Colóquio Internacional Marx e Engels.* Campinas, 14-17 jul. 2015. Disponível em: https://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2015/trabalhos2015/Rafael%20Toitio%2010252.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

Violação de direitos de grupos vulneráveis a partir do Caso Yean e Bosico *vs.* República Dominicana junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Monica Teresa Costa Sousa[1]

1 INTRODUÇÃO

A ideia de garantia e proteção internacional dos direitos humanos acompanha a sociedade de forma efetiva desde o século passado a partir dos pressupostos normativos das Nações Unidas (ONU), em se tratando do caráter universal, vez que a organização lançou as bases para os sistemas regionais de proteção, destacando-se aqui o sistema interamericano, criado a partir da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Dentre os maiores destaques do trabalho da OEA está aquele que é feito pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), iniciativa regional de garantir o respeito a estes direitos em uma sistemática jurisdicional. Formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), o sistema tem se destacado por importantes decisões em casos individuais e coletivos em que há violações de direitos humanos, junto aos Estados que reconhecem sua competência e jurisdição.

A partir de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que repercutiram de maneira significativa nas estruturas legislativas e institucionais

1 Doutora em Direito (UFSC). Professora Associada na UFMA. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (FAPEMA). Docente permanente nos cursos de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDir/UFMA) e Cultura e Sociedade (PGCult/UFMA). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA/DPG CNPq). Professora Visitante na Universidade de Valencia (Espanha).

de países que reconhecem sua autoridade jurisdicional, desenvolve-se a ideia de proteção específica a grupos ou pessoas em situação de vulnerabilidade que sofrem violações sistemáticas de direitos humanos; neste artigo, a atenção se volta às crianças, já consideradas de *per se* em situação de vulnerabilidade e em especial, no caso a ser apresentado, porque ainda se inserem no grupo de pessoas refugiadas e/ou migrantes.

Assim, é objeto deste estudo o caso Yean e Bosico Vs República Dominicana, processado ante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Comissão e Corte Interamericana) que descreve a demanda judicial de duas meninas descendentes de haitianos, mas nascidas em território dominicano, para que lhes fosse concedido o direito à nacionalidade e muitos deste decorrentes, como documentos e acesso à educação e serviços públicos essenciais, negados principalmente em decorrência de sua origem, como se verá a seguir.

É importante destacar que mesmo uma questão individual, como o caso Yean e Bosico, serve de base para a compreensão alargada da situação de discriminação, violência e supressão de direitos enfrentadas por grupos minoritários e/ou vulneráveis, o que especificamente será analisado por esta proposta de pesquisa.

Para tanto, do ponto de vista metodológico, este artigo se apoia na revisão bibliográfica específica, no que diz respeito à fundamentação teórica, bem como na apresentação da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e ainda na Opinião Consultiva emitida pela mesma instituição, que consagra a infância e adolescência como grupo a ser especialmente considerado e protegido em demandas judiciais a fim de efetivar a proteção e garantia de direitos humanos às pessoas em situação de vulnerabilidade.

2 O CASO DAS CRIANÇAS YEAN E BOSICO VS REPÚBLICA DOMINICANA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: NEGAÇÃO DE NACIONALIDADE COMO PRIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em 28 de outubro de 1998, o *Movimiento de Mujeres Domínico-Haitianas* (MUDHA), apresentou denúncia ante Comissão Interamericana de Direitos Humanos em favor das meninas Dilcia Oliven Yean e Violeta Bosico Cofi (em diante, Yean e Bosico), descendentes de imigrantes haitianos residentes na República Dominicana, em razão de negação às crianças de suas certidões de nascimento, muito embora tivessem nascido em território dominicano e a Constituição do país

adote como critério de nacionalidade, o *jus soli*[2]. Sem os documentos, as meninas não poderiam frequentar escolas, ter acesso a serviços de saúde, programas sociais e exercer outros direitos; era como se não existissem.

Em de abril de 1999, a CIDH recebeu aditamento da denúncia e pedido de medidas cautelares, apresentados pelo MUDHA, pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *International Human Rights Law Clinic, School of Law (Boalt Hall), da* Universidade da California, como representantes das supostas vítimas, que alegaram a violação dos artigos 3º, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 e 24 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e ainda dos artigos VI, VII, VIII, XII, XVII, XIX, XX e XXIII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; fundamentalmente, a denúncia e o pedido de medidas cautelares baseava-se no fato de que a República Dominicana, ao "[...] negar-se a registrar as crianças com base em seu estado legal e na origem de seus pais, constitui uma violação a seus direitos e expõe as crianças a perigos imediatos e de longo prazo em termos de segurança pessoal e bem- estar"[3].

Nas muitas tentativas de conciliação amistosa entre as partes e a República Dominicana, o país alegou reiteradas vezes que não houve esgotamento dos recursos internos e que o acesso aos documentos de registro de nascimento das meninas não era negado por práticas discriminatórias e arbitrárias, como argumentavam as peticionantes, mas sim por formalidades legítimas que não eram cumpridas por seus representantes legais.

No entanto, sabe-se que a discriminação contra imigrantes haitianos é forte e constante na República Dominicana, tanto é que nas audiências presenciais as autoridades dominicanas negavam qualquer tentativa de reconhecer nacionalidade originária das meninas apontando sempre sua "origem haitiana", sem fazer nenhuma menção a própria ordem constitucional dominicana que, à época, claramente estendia aos nascidos em território dominicano esta nacionalidade.

---

2 Vigente na época a Constituição da República Dominicana de 1994 ("Art. 11 – Son dominicanos: Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que están de tránsito en él.") Atualmente a Constituição retira da condição de nacionais pelo critério do *jus soli* nascidos em território dominicano filhos de residentes ilegais: Constituição da República Dominicana de 2010 ("Art. 18 – Nacionalidad. Son dominicanas y dominicanos: [...] 3. Las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares, de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano").

3 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana.* Sentença de 08 de setembro de 2005. p. 3.

É pertinente contextualizar a situação fronteiriça, histórica e geopolítica da República Dominicana e do Haiti para esclarecer (não para justificar) a intransigência do governo dominicano em conceder às meninas Yean e Bosico nacionalidade que lhes era direito e compreender mudanças na legislação de imigração dominicana após o caso.

Os países são fronteiriços e possuem formação histórica complexa e conexa, decorrente de compartilhamento territorial da América Central por parte da Espanha e França. Trabalhadores haitianos viviam no território do país vizinho, ocupando-se nas colheitas de cana-de-açúcar, o que impulsionava a economia de ambos os Estados, situação comum e tranquila até a primeira metade do sec. XX, quando o governo do ditador dominicano Rafael Trujillo iniciou a "dominicanização" da fronteira[4].

Em ações que hoje poderiam ser tipificadas como políticas de extermínio e/ou genocidas, Trujillo procedeu da seguinte forma:

> Determinou ele que as suas tropas dizimassem os haitianos encontrados na República Dominicana, mormente nas faixas de fronteira, poupando apenas aqueles contratados para trabalhar no setor da cana-de-açúcar. Nesse processo, até mesmo as características culturais haitianas foram causa de execração nos currículos escolares dominicanos[5].

Após o processo de independência, imerso em regimes ditatoriais e pobreza extrema (o país tem índice de IDH muito baixo) o Haiti permaneceu em estado de fragilidade econômica: os haitianos sobrevivem basicamente de oferta de empregos sazonais na República Dominicana, tanto é que apesar das políticas dominicanas de expulsão, haitianos e os seus descendentes são o maior contingente de imigrantes no país; o que se verifica em território dominicano é um desprezo pela dignidade dos imigrantes haitianos e dos haitiano-dominicanos.

Há discriminação em razão da cor da pele dos haitianos, e muitas vezes lhes é impedido acesso a serviços básicos de saúde, educação, documentação e até mesmo entrada e circulação em estabelecimentos comerciais, bancos, supermercados

4 REIS, Ulisses Levy Silvério dos; PETERKE, Sven. *A justiciabilidade do direito à nacionalidade*: um desafio para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, 2017.

5 *Ibid.*

e outros locais tidos como indispensáveis à sobrevivência. Os haitianos, na República Dominicana, em grande maioria vivem em condições desumanas[6].

É neste contexto de violação sistemática de direitos humanos de um grupo duas vezes vulnerável (migrantes/refugiados e crianças) que se deu o caso Yean e Bosico Vs República Dominicana: reiteradas vezes foi negada certidão de nascimento às meninas nascidas em território dominicano e descendentes de haitianos, muito embora a CIDH tenha insistido, tanto nas audiências presenciais como nas recomendações encaminhadas ao Estado, que o comando constitucional era claro no sentido de estender nacionalidade a quem fosse nascido no território da República Dominicana e não estivesse nas exceções previstas, o que não era o caso.

Ante a CIDH, nas argumentações e audiências presenciais para solução amistosa reiteradamente os representantes das peticionárias solicitavam medidas de satisfação, tais como a expedição do registro de nascimento das meninas, a mudança de requisitos para o registro tardio de nascimento a fim de garantir direitos de crianças dominicanas de ascendência haitiana, a criação de um mecanismo interno de queixas por meio do qual se resolvam as disputas de casos acerca da nacionalidade e a garantia do direito à educação sem distinção em decorrência da nacionalidade; houve pedido de reparação de danos para as crianças e seus familiares[7].

Por sua vez a República Dominicana insistia no não esgotamento dos recursos internos e que o caso das crianças Yean e Bosico não era isolado; além disso, informou que os requisitos para o procedimento de registro impostos pela legislação dominicana não são discriminatórios e sim de caráter geral, já que se trata de uma lei nacional, e que aceitar o pedido das crianças seria uma violação da norma interna, aplicável a todos. A República Dominicana sustentava que era inaceitável a obtenção de certidão de nascimento de maneira ilegal e que se o registro tardio das meninas apontadas como haitianas fosse feito fora dos padrões da lei dominicana, seria de nulidade absoluta[8].

Após alguma insistência e ainda no procedimento ante a CIDH, o Estado informou que aceitava a proposta de solução amistosa proposta e concederia as certidões de nascimento em nome de Dilcia Yean e Violeta Bosico, que afinal

6 REIS, Ulisses Levy Silvério dos; PETERKE, Sven. *A justiciabilidade do direito à nacionalidade*: um desafio para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, 2017. p. 101.

7 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 08 de setembro de 2005. p. 4-5.

8 No que diz respeito ao esgotamento dos recursos internos, a CIDH desconheceu a preliminar levantada pela República Dominicana. *Ibid.*

foram emitidas em emitidas em 25 de setembro de 2001; no entanto, em outubro de 2001, os representantes das meninas informaram à Comissão:

> [...] que apesar de a emissão das certidões de nascimento das crianças por parte do Estado ter sido um passo importante, consideravam que esta ação não constituía uma solução amistosa no presente caso, já que durante a audiência de 6 de março de 2000 nenhum dos pontos por eles propostos foram considerados pelo Estado. [...] afirmaram na audiência que o dano causado às crianças como consequência do procedimento discriminatório de registro, bem como por terem vivido como apátridas por mais de quatro anos, não será remediado pela entrega das certidões de nascimento por parte do Estado e que esta atitude não representa um acordo amistoso, já que esta proposta compreendia a adoção de outras medidas, tais como o reconhecimento público das violações, a indenização das crianças pelos danos causados por sua situação de apátridas e a adoção de medidas de não repetição[9].

Em março de 2003, durante o Período Ordinário de Sessões, a CIDH aprovou o relatório de mérito (nº. 30/2003) sobre a questão e fez uma série de recomendações ao Estado concedendo prazo de dois meses para que informasse sobre as medidas adotadas; ao mesmo tempo, comunicou os representantes das crianças sobre a elaboração do relatório nº 30/03, solicitando que manifestassem, no prazo de trinta dias, sua posição a respeito da submissão do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que efetivamente foi feito.

Dando seguimento, o caso Yean e Bosico vs. Republica Dominicana foi submetido à jurisdição da CtIDH e começou a ser processado ante esta instância em julho de 2003; além das partes, foram incluídos como *amicus curiae* as seguintes pessoas e organizações: i) *Centre on Housing Rights and Evictions* (COHRE); ii) Associação Civil de Centros Comunitários de Aprendizagem (CECODAP); iii) Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM); iv) *Minority Rights Group International* (MRG);v) Professora Katarina Tomasevski; vi) Secretaria Ampliada da Rede de Encontro Dominicano Haitiano Jacques Viau (RED); vii) *Comparative International Education Society* (CIES); viii)

9 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 08 de setembro de 2005. p. 10-11.

Themis Foundation, em cooperação com a *University of Ottawa School of Law*; ix) *Open Society Justice Initiative*, e ix) Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), Serviço de Apoio e Orientação a Imigrantes e Refugiados (CAREF), Clínica Jurídica para os Direitos de Imigrantes e Refugiados (Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, CELS e CAREF) e o senhor Christian Courtis, Professor da Universidade de Buenos Aires e do Instituto Tecnológico Autônomo do México[10].

É importante destacar a presença e indicar nominalmente os *amicus curiae*, vez que estas entidades e pessoas são levadas à demanda movidas por um interesse maior que o das partes envolvidas no processo; literalmente, *amicus curiae* é amigo da corte e sua atuação se dá no sentido de servir como fonte de conhecimento em temas difíceis e/ou controversos; podem e devem chamar a atenção da corte para questões que poderiam passar despercebidas. A função do *amicus curiae* não é favorecer uma das partes, mas subsidiar fundamentadamente a questão *sub judice*.

Quanto à atuação e decisão da CtIDH, a República Dominicana apresentou três exceções preliminares, sendo a primeira a de que não foram esgotados os recursos internos, o que mais uma vez foi rejeitado[11]; a segunda exceção preliminar foi a do cumprimento da solução amistosa apresentada pela Comissão e aceita pelo Estado, no que diz respeito às recomendações feitas pela CIDH, dentre elas, a concessão de registro de nascimento às crianças.

Neste caso, tem-se que das recomendações indicadas pela CIDH, a única efetivamente atendida foi a da concessão das certidões, que foram anexadas ao feito. As demais, que no entender da República Dominicana fariam com que documentos fossem emitidos de maneira ilegal, não foram atendidas e justamente por isso as partes argumentaram que não houve cumprimento da solução amistosa[12].

Desta forma, a CtIDH compreendeu que:

> [...] para alcançar uma solução amistosa, é necessário que exista um consenso básico entre as partes, no qual se possa constatar sua vontade de por fim à controvérsia, no que tange ao mérito do assunto e às possíveis reparações, situação que não ocorreu no presente caso[13].

10 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 08 de setembro de 2005. p. 11.

11 *Ibid.* p. 14-16.

12 *Ibid*. p. 19.

13 *Ibid.* p. 20.

Assim, também foi rejeitada a segunda exceção preliminar levantada pela República Dominicana; em relação à terceira e última, o Estado alegou a incompetência *ratione temporis* da CtIDH argumentando que a suposta violação aos direitos das crianças Yean e Bosico ocorreu em 1997 e o Estado reconheceu a competência contenciosa da CtIDH 1999, ou seja, dois anos depois da pretensa violação, o que também foi rejeitado pela Corte ante a previsão normativa sobre o poder de toda instância jurisdicional de determinar o alcance de sua própria competência e jurisdição.

Quanto à sentença propriamente dita, a CtIDH reforça as condições precárias em que vivem os haitianos na República Dominicana, inclusive transcrevendo relatório do escritório local do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) no país, que confirma as dificuldades pelas quais passa a população de origem haitiana, mesmo os que já nasceram em território dominicano:

> [o]s haitianos e haitianas vivem no país em condições muito precárias e de extrema pobreza. Além disso, a maioria está indocumentada e tem de enfrentar uma atitude política e social geralmente hostil, sem possibilidade de assistência jurídica e com limitado acesso a serviços sanitários, de saúde e de educação, o que inclui os filhos dos haitianos nascidos no país. Cabe indicar que as limitações no acesso aos serviços públicos e o problema da falta de documentação são generalizados entre os segmentos mais pobres da população dominicana. […] Com respeito à imigração haitiana, as informações demonstram as condições de incorporação em ramos de mercados laborais segmentados para este grupo de imigrantes, […] caracterizados por baixos salários, péssimas condições laborais e baixa tecnologia, definidas internacionalmente como 'As três P', pesadas, perigosas e precárias (em inglês "as três D": *dirty, dangerous, demanding*). Como é óbvio, estas não são precisamente as condições que se deveriam aceitar desde a perspectiva do desenvolvimento humano[14].

O relatório do PNUD transcrito confirma, portanto, a situação de vulnerabilidade em que se encontravam as crianças Yean e Bosico, vez que suscetíveis

14 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 08 de setembro de 2005. p. 34.

a todo tipo de privação tão somente por sua ascendência, ainda que nascidas na República Dominicana; a sentença prossegue relatando todos os empecilhos para que famílias haitianas ou haitiana-dominicanas obtenham documentos de registro de suas crianças, tanto em razão das dificuldades de acesso como em razão das exigências arbitrárias por conta de sua origem.

A sentença relata a longa lista de exigências e as sequenciais negativas das autoridades dominicanas em conceder os registros de nascimento das crianças Yean e Bosico, bem como informa que em razão da ausência de documentos, a Violeta Bosico foi negado o acesso à educação, que não poderia frequentar a escola uma vez que indocumentada.

A CtIDH além de destacar em muitos pontos da sentença a situação de vulnerabilidade em que se encontram os haitianos e seus descendentes na República Dominicana também aponta que no caso concreto o interesse envolvido é de crianças e nesta condição, há "[...] direitos especiais aos quais correspondem deveres específicos por parte da família, da sociedade e do Estado e exigem uma proteção especial que é devida por este último[15]".

Tal ponto é importante para caracterizar crianças, mulheres e migrantes/refugiados como pessoas em situação de vulnerabilidade; quando há violações de direitos humanos destes grupos, especialmente crianças, há especial gravidade, inclusive em razão da prevalência do interesse superior da infância, compreendido como a necessidade de satisfação dos direitos humanos de maneira completa.

Finalmente, a CtIDH decidiu, por unanimidade que houve violação aos art. 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), art. 18 (direito ao nome), art. 20 (direito à nacionalidade) e art. 24 (igualdade perante a lei), todos em relação ao art. 19 (direitos da criança) da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Como efeitos da decisão, a República Dominicana foi condenada a: i) publicar no Diário Oficial e em jornal de grande circulação os pontos resolutivos da sentença; ii) realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e pedido de desculpas às vítimas; iii) adotar medidas legislativas e administrativas que sejam necessárias para regulamentar o procedimento e os requisitos exigidos para adquirir a nacionalidade dominicana, mediante o registro tardio de nascimento; iv) pagar indenização por dano material às meninas Ydean

15 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 08 de setembro de 2005. p. 55.

e Bosico (US$ 8.000,00 a cada); v) pagar custas e gastos aos representantes das crianças[16].

No âmbito do SIDH, a proteção aos grupos vulneráveis não é um debate recente, pois os casos relativos à violação de direitos de pessoas assim reconhecidas são infelizmente comuns (mulheres, indígenas, comunidades tradicionais, crianças, população LGBT). Mas a partir de decisões como a que se apresentou, espera-se que haja um crescente número de disposições voltadas aos interesses das minorias vulneráveis bem como atuação eficiente em termos fiscalizatórios, de seu cumprimento.

Apresentado o caso, trata-se agora de compreender de fato como e porque crianças e adolescentes devem ser reconhecidos como pessoas em situação de vulnerabilidade e desta forma, merecem atenção especial tanto nas instituições internas quanto nas demandas internacionais.

3 CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO GRUPO VULNERÁVEL ANTES O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A maioria dos Estados americanos é parte de importantes tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, tanto no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) como junto à Organização das Nações Unidas (ONU); além da normativa geral de proteção, destacam-se também as convenções específicas para a proteção e garantias de direitos humanos de grupos que estão constantemente em situação de risco, como crianças e adolescentes, povos tradicionais e/ou indígenas, mulheres, LGBTs e pessoas portadoras de necessidades especiais.

Certamente que a todo e qualquer caso de violação de direitos humanos no âmbito regional pertinente se pode invocar o escopo de proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), porém tem-se compreendido que há situações que demandam maior atenção e justamente por isso são importantes na construção de precedentes importantes, porque há sempre a possibilidade de, a partir da violação de direitos abrangentes, como a nacionalidade (considerada como fundamental inclusive para o exercício de outros direitos, como no caso analisado, acesso à educação e serviços públicos essenciais), se construir, posteriormente ao litígio, uma política de ação do Estado no sentido de efetivar tais direitos a partir

16 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 08 de setembro de 2005. p. 81-82.

de princípios internacionais incorporados no ordenamento interno, neste caso especificamente as disposições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como proteger grupos que se encontram em vulnerabilidade.

O Instituto Interamericano de Direitos Humanos compreende que:

> [...] quando se trata de situações que dizem respeito a vítimas que pertencem a grupos vulneráveis, se amplia o espectro de proteção em favor dessas coletividades, sempre e quando se demonstre que a violação aos direitos humanos acontece justamente por se pertencer a esse grupo[17].

Assim, o enquadramento da infância e adolescência como grupo vulnerável se justifica, por exemplo, ante o alto número de meninas inseridas nos contextos de exploração sexual, trabalho infantil, tráfico, violência, trabalho infantil doméstico, o que compromete ou mesmo impede muitas vezes a continuidade da educação formal. Além disso, crianças e adolescentes são mais vulneráveis aos problemas decorrentes da pobreza e exclusão social.

Ainda sobre os grupos vulneráveis, no contexto do caso em questão, tem-se os migrantes e refugiados, como os haitianos na República Dominicana, que muitas vezes se encontram junto à parcela mais pobre da população. Além disso, são excluídos de processos políticos regulares, não estão inseridos nas políticas de saúde ou formação escolar adequada e frequentemente estão envolvidos em conflitos por moradia ou permanência nos países que residem de maneira provisória e precária.

Desta forma, o Instituto Interamericano de Direitos Humanos reconhece que há necessidade de atenção específica aos litígios estratégicos que envolvem pessoas partes dos chamados grupos vulneráveis, vez que:

> Levando em consideração essa particularidade, um litígio estratégico em casos de povos indígenas, mulheres, pessoas LGBTI, meninos, meninas e adolescentes requer um enfoque

17 Tradução da autora. No original: *[...] cuando se trata de situaciones que vinculan a víctimas pertenecientes a grupos en condición de vulnerablidad, se amplía el espectro de protección a favor de esos colectivos, siempre y cuando se demuestre que la violación a derechos humanos ocurrió por la pertenencia a ese sector poblacional*. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad:* manual general de litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado, p. 131 .

> mais elaborado para sua inserção em contextos mais abrangentes, vez que o pedido, na ação, deve incluir reparações mais amplas com enfoque nas políticas públicas a fim de garantir a não repetição de situações semelhantes, a reforma legislativa ou de atos da administração pública que visem melhorar a perspectiva das pessoas em situação de vulnerabilidade[18].

No caso da proteção de crianças e adolescentes, sabe-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos protege de maneira específica este grupo, considerando que por questões próprias da idade são vulneráveis, por possuírem certo grau de dependência de pessoas adultas e justamente por isso requerem atenção e cuidados diferenciados para que possam desenvolver-se de maneira plena sem que haja perigo ou ameaça a suas vidas e ao gozo de seus direitos[19].

Muito embora haja ampla legislação a respeito desta proteção, a realidade mostra que a pobreza extrema, o abandono, maus tratos e violência, exploração sexual, trabalho infantil e conflitos armados atingem de maneira ainda mais dura crianças e adolescentes, e por isso enquadrar casos impactantes de violação de direitos humanos deste grupo é fundamental para fomentar políticas públicas de promoção de bem-estar e proteção específicos da infância e adolescência.

Importante lembrar que quando se trata de litígios envolvendo crianças e adolescentes, há definições e garantias próprias que devem ser consideradas pelo SIDH, como as dispostas junto à Opinião Consultiva 17 de 2002 (doravante OC 17/2002), emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir de solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A OC 17/2002 esclarece, por exemplo, no que consiste o interesse superior do menor, os deveres da família, da sociedade e do Estado para com as crianças e adolescentes e questões processuais sobre como se devem conduzir

---

18 Tradução da autora. No original: *Teniendo en cuenta esa particularidad, el litigio estratégico de casos de pueblos indígenas, mujeres, personas LGBTI, niños, niñas y adolescentes requiere de un enfoque más elaborado para su inserción en contextos más generales, donde el petitorio de la demanda involucre reparaciones más amplias con enfoque de política pública para solicitar la garantía de no repetición de situaciones similares, y/o la reforma de normativa o de prácticas que deben ser modificadas para mejorar el proyecto de vida de las personas y grupos en situación de vulnerabilidad*. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad*: manual general de litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. p. 134.

19 INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad*: manual general de litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. p. 188.

procedimentos judiciais e administrativos em que figurem como partes crianças e adolescentes.

É a OC 17/2002 que, amparada em outros dispositivos legais, como a Convenção sobre o Direito das Crianças (de 1989, em vigor a partir de 1990) e a própria Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art.19) estabelece balizas para procedimentos que envolvam esta parcela vulnerável quando sujeito de demandas junto ao SIDH; a OC 17/2002 reconhece que nem todos os indivíduos possuem a chamada capacidade postulatória, de exercer plenamente seus direitos, dando como exemplo as crianças. Ao mesmo tempo, ratifica sua condição de titulares de direitos inalienáveis e inerentes a todas as pessoas humanas.

Também se ratifica na Opinião Consultiva que há um interesse superior das crianças depreendido da menção explícita que faz da disposição da Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 3) ao prever que em razão se sua condição especial, compreendida como vulnerabilidade, instituições públicas ou privadas que promovem o bem-estar coletivo, tribunais, autoridades administrativas e órgãos legislativos devem levar em consideração de maneira especial os seus interesses.

Considerar crianças e adolescentes como grupo em situação de vulnerabilidade é fundamental não apenas para garantir prioridade de tratamento que instituições públicas e privadas devem lhes dispensar mas também para considerar que este grupo em especial não pode sofrer prejuízos ou atrasos em seu desenvolvimento devido à influência de fatores de ordem estatal, social e programática, exatamente o que aconteceu a partir das constantes negativas da República Dominicana em conceder nacionalidade às meninas Yean e Bosico.

Tem-se que ainda que em razão da idade, crianças e adolescentes formam um grupo vulnerável em decorrência de certa invisibilidade jurídica, não porque sejam sujeitos incapazes, mas porque podem ocorrer ações que impedem o bem-estar na infância. Assim, é mais que necessário atribuir às ações oficiais segurança jurídica para viabilizar o bem-estar tanto no espaço público quanto privado; é necessário, então, amortizar fatores de vulnerabilidade que ameaçam o bem-estar infanto-juvenil[20].

A CtIDH sinaliza como se pode agir no sentido se diminuir os fatores que tornam as crianças mais vulneráveis enfatizando notadamente a questão da

20 SIERRA, Vania M.; MESQUITA, Wania A. *Vulnerabilidades e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes.* 2006.

educação, negada às meninas Yean e Bosico em decorrência da violação de seu direito à nacionalidade:

> No mesmo sentido, se depreende das normas dispostas na Convenção sobre os Direitos da Criança que seus direitos dizem respeito não apenas que o estado se abstenha de intervir indevidamente nas relações privadas e familiares das crianças como também, a depender das circunstâncias, que sejam adotadas providências para assegurar o exercício e gozo de seus direitos, o que requer a adoção de medidas, entre outras, de caráter econômico, social e cultural. Particularmente o Comitê sobre os Direitos das Crianças enfatizou, em seu primeiro relatório, a relevância do direito à educação. Efetivamente, é sobretudo através da educação que gradualmente se supera a vulnerabilidade das crianças[21][22].

Em verdade, garantir às crianças Yean e Bosico acesso à educação, além de obrigação da República Dominicana em razão das disposições dos arts 28 e 29 da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo país, é essencial para

21 Tradução da autora. No original: *En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural. Em particular, el Comité sobre Derechos del Niño ha enfatizado en su primer comentário general la relevancia del derecho a la educación. Efectivamente, es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002,* solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. p. 71.

22 É certo que a educação é fundamental para que o indivíduo supere privações e possa inclusive gozar de direitos fundamentais para além deste, daí a importância que a CtIDH estabelece ao direito à educação. Mas também se sabe da dificuldade de alguns Estados em implementar políticas públicas diretamente relacionadas às questões econômicas orçamentárias, e a educação pode ser uma delas. Neste sentido, longe de se querer justificar a conduta da República Dominicana, apenas se aponta a dificuldade de implementação de algumas decisões da CtIDH e a discussão recente que se forma sobre um crescente ativismo judicial das Cortes internacionais. Sobre o ativismo judicial das Cortes internacionais, especialmente sobre a CtIDH, cf.; LIMA, Lucas Carlos. Should I stay or should I go? The effects of denunciation of the American Convention and the Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion 26/2020. *Questions of International Law*. Disponível em: http://www.qil-qdi.org/should-i-stay-or-should-i-go-the-effects-of-denunciation-of-the-american-convention-and-the-inter-american-court-of-human-rights-advisory-opinion-26-2020/. Acesso: ago. 2021.

que as meninas adquiram habilidades que lhes permitam alcançar o seu potencial de desenvolvimento e libertarem-se de privações de capacidade. É a educação que permite que as crianças cresçam como cidadãs informadas inclusive acerca de suas culturas, particularidades, entorno político e social.

Para além das meninas Yean e Bosico, o direito à educação deve ser acessível a todas as crianças, principalmente às que estão inseridas em grupos minoritários ou ainda mais vulneráveis, como migrantes e refugiados. É de conhecimento amplo que a garantia do direito à educação pode oferecer a crianças e adolescentes parcela de proteção contra riscos associados à pobreza extrema, trabalho infantil, recrutamento em conflitos armados ou exploração sexual.

Vê-se, pois que crianças e adolescentes podem ser considerados grupos vulneráveis, ou pessoas em situação de vulnerabilidade tanto para o SIDH como para as normativas internacionais e nacionais de caráter geral.

O conceito de vulnerável abarca aqueles que são fragilizados juridicamente, que sofrem as consequências da exclusão social e que são diminuídos em sua dignidade, exatamente o que aconteceu com as meninas Yean e Bosico e o que acontece com crianças de maneira geral, vez que possuem necessidades especiais e há necessidade imperiosa do reconhecimento de sua situação pelo Estado.

4 CONCLUSÃO

Este artigo, parte de necessária publicação sobre grupos e pessoas em situação de vulnerabilidade, justifica-se porque embora seja comum o discurso generalizado de promoção dos direitos humanos na agenda dos Estados membros da OEA, também se verifica de maneira constante o descaso desses mesmos Estados quando se trata da efetivação e gozo desses direitos, daí que chamar a atenção para demandas que envolvem especificamente grupos vulneráveis, como as crianças, é importante no sentido de se reforçar não apenas o SIDH e seu sistema de proteção, mas a atuação dos Estados e suas instituições internas.

O desenvolvimento do artigo seguiu três momentos, iniciando pela apresentação do caso, que traz a demanda promovida pelos representantes das meninas Dilcia Oliven Yean e Violeta Bosico Cofi, nascidas na República Dominicana, descendentes de haitianos, a quem foi negado registro de nascimento em razão de sua ascendência; em tendo sido negado este documento às crianças, lhes foi negada também a nacionalidade dominicana, que era seu direito, vez que o país em que nasceram adota o critério do *jus soli* para concessão de nacionalidade;

apátridas e indocumentadas, a Violeta e Dilcia foram suprimidos sequencialmente acesso aos serviços públicos como educação e saúde, o que comprometeu seu desenvolvimento e bem-estar justamente em sua infância e adolescência, fase de suas vidas em que deveriam ser especialmente protegidas pelo Estados e por suas instituições.

Na sequência, apresenta-se de maneira breve o contexto de pobreza extrema e condições absolutamente precárias em que estão inseridos os haitianos que vivem na República Dominicana, alijados de qualquer política de inclusão e discriminados em razão da cor de sua pele; por fim, se apresenta o enquadramento de crianças e adolescentes como pessoas em situação de vulnerabilidade, vez que por não terem acesso a direitos essenciais e garantias especiais de proteção, veem comprometidos o desenvolvimento de seu bem-estar e capacidades fundamentais para o exercício de sua cidadania.

A partir do caso Yean e Bosico, afirma-se que crianças e adolescentes são, portanto, vulneráveis por uma situação que representa uma ameaça mesmo a sua existência (no caso Yean e Bosico, sem documentos, é como se as meninas não existissem), além de estarem, na demanda apresentada ante o SIDH, inseridos em outro grupo de pessoas em situação de vulnerabilidade (migrantes e/ou refugiados). Como se não bastasse os direitos que foram negados às meninas por não terem nem documentos e nem nacionalidade, há também no contexto os problemas provenientes do entorno em que vivem, que ameaçam seu bem-estar.

A partir da condenação do Estado dominicano, percebe-se que o SIDH contribui para a detecção de vários problemas sociais nas Américas, que emergem a partir das denúncias de violações de direitos humanos e da necessidade de proteção e atenção especial às pessoas em situação de vulnerabilidade.

É interessante pontuar, no entanto, os problemas verificados a partir das decisões da CtIDH não se restringem exclusivamente a um trabalho de assistência e reparação imediata e individualizada, mas também a uma tomada de posição por parte dos Estados no sentido de promover condições mais adequadas ao bem-estar dos grupos vulneráveis, garantindo e efetivando seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana.* Sentença de 08 de setembro de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf. Acesso: set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002*, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Diposnível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso: set.2021.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad*: manual general de litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. IDH: San José (Costa Rica), 2014.

LIMA, Lucas Carlos. Should I stay or should I go? The effects of denunciation of the American Convention and the Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion 26/2020. *Questions of International Law*. Disponível em: http://www.qil-qdi.org/should-i-stay-or-should-i-go-the-effects-of-denunciation-of-the-american-convention-and-the-inter-american-court-of-human-rights-advisory-opinion-26-2020/. Acesso: ago. 2021.

REIS, Ulisses Levy Silvério dos; PETERKE, Sven. A justiciabilidade do direito à nacionalidade: um desafio para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. *REJUR – Revista Jurídica da UFERSA*. Mossoró, v.1, n.1, jan/jul., 2017, p. 87-110.

SIERRA, Vania M.; MESQUITA, Wania A. Vulnerabilidades e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo: Fundação Seade. v. 20, n. 1, p. 148-155, jan./mar. 2006.

PARTE III

IMPACTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Direitos Humanos e Antirracismo: A Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância e seus impactos para o Brasil

Luana Olímpio Maia[1]
Thiago Oliveira Moreira[2]

1 INTRODUÇÃO

Diante dos inúmeros casos de racismo, discriminação racial e correlatos verificados todos os dias, tanto internacionalmente, como o assassinato de George Floyd, quanto no ambiente doméstico, tal qual o homicídio de João Alberto Freitas em um supermercado, questiona-se quais são e como atuam os instrumentos jurídicos de combate a tais mazelas sociais que ferem brutalmente os direitos humanos, em especial, dos mais vulneráveis, além de colocar em risco a paz e a segurança internacionais. Em virtude desses fenômenos atingirem com maior incidência as populações negras, especialmente no Brasil, e considerando-se seu significado histórico, tendo em vista o colonialismo e a escravidão, esse estudo priorizará tal nicho populacional.

Nesse sentido, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem buscado à proteção dos indivíduos contra o racismo e a discriminação racial, seja

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq/UFRN) Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade Lattes: http://lattes.cnpq.br/8942741121669280. E-mail: luanaolimpio7@gmail.com.

2 Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Doutor e Mestre em Direito pela Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN Líder do Grupo de Pesquisa (CNPq/UFRN) Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8030681636075210. E-mail: thiago.moreira@ufrn.br.

por meio de normativas mais gerais em prol da igualdade e não discriminação, seja por meio de instrumentos específicos como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, desenvolvida pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1965, em um contexto global, e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância - objeto desse estudo - e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, ambas criadas pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2013, em um contexto regional.

Desse modo, em virtude da recente aprovação da Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância pelo Brasil, inclusive com valor normativo equivalente ao de uma emenda constitucional, por ter sido internalizada sob o rito especial previsto no art. 5º, § 3º, da Carta Magna, optou-se por analisá-la, bem como investigar seus desdobramentos a nível nacional. Nesse contexto, considerando-se sua relevância do ponto de vista jurídico e social, indaga-se: quais os impactos da ratificação pelo Brasil da Convenção em estudo?

Assim, tem-se como objetivo geral desse estudo analisar os impactos que a mencionada Convenção produziu ou produzirá no Brasil, notadamente em relação à sua legislação, desenvolvimento de políticas públicas e/ou decisões do judiciário para o combate da problemática no país. Para tanto, essa pesquisa objetiva, especificamente, identificar como o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH) atua em relação ao combate ao racismo e a discriminação racial; verificar o teor do conteúdo da Convenção em estudo; e demonstrar, de fato, os impactos dessa normativa internacional para o Brasil.

Buscando alcançar tais objetivos e responder o problema central da pesquisa, metodologicamente, será realizada uma revisão bibliográfica acerca do tema, a partir de uma de uma perspectiva antirracista e antidiscriminatória, bem como uma análise documental de normativas e manifestações do SIPDH e, por fim, a observação de algumas decisões de tribunais pátrios baseadas na Convenção em comento. Portanto, trata-se de uma pesquisa qualitativa e descritiva, quanto à forma de abordagem, e exploratória e explicativa, quanto ao alcance dos objetivos, a partir de um método dedutivo.

Dessa forma, tal trabalho mostra-se relevante na medida em que, apesar de outros estudos acerca do tema, ainda são escassos conteúdos mais voltados para o Brasil, considerando-se a recente aprovação dessa Convenção e sua importância como instrumento juridicamente vinculante.

Destarte, esse estudo tem potencial contribuição tanto do ponto de vista teórico, podendo ensejar o desenvolvimento de debates e outras pesquisas acadêmicas sobre a temática, quanto prático, uma vez auxiliando na aplicação do tratado, principalmente no âmbito interno, a fim de combater tais violações aos direitos humanos.

2 O ATUAL CENÁRIO DO RACISMO E DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL

Adilson Moreira define o racismo como "um projeto de dominação que assume diferentes formas ao longo do tempo com o propósito de manter oportunidades sociais nas mãos do grupo racial dominante"[3]. A discriminação racial, por sua vez, pode ser conceituada como qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseada na raça, que anule ou prejudique o gozo ou exercício, de modo igualitário, dos direitos humanos e liberdades fundamentais em quaisquer esferas da vida pública e privada[4]. Já para Bobbio, o problema da tolerância em relação ao diverso, seja por fatores físicos ou sociais, coloca em primeiro plano o preconceito que tem como consequência a discriminação[5]. Diante da problemática exposta em tais definições, cumpre, de início, abordar o panorama geral do racismo e da discriminação racial no mundo, na América Latina e no Brasil.

2.1 RACISMO E DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO MUNDO

Após o assassinato de George Floyd, homem negro vítima de violência policial nos Estados Unidos em 2020, a ONU Direitos Humanos elaborou um relatório, lançado em julho de 2021, no qual aborda violações de direitos humanos sofridas por pessoas afrodescendentes diariamente em diferentes Estados do mundo, constatando-se a incidência do racismo sistêmico ao redor do globo[6]. Tal documento traz violações contra afrodescendentes por instituições de aplicação da lei, bem como respostas dos governos a protestos antirracismo pacíficos, além da responsabilização e reparação das vítimas. Por fim, o relatório conclui que em

3 MOREIRA, Adilson José. *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica.* São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 159.

4 SOLANES CORELLA, Á. La discriminación racial o étnica: marco jurídico, formas y protección. Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad,* 2019. p. 36.

5 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 86.

6 ONU BRASIL. *ONU Direitos Humanos lança relatório sobre racismo sistêmico e pede fim de violência policial.* Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/133502-onu-direitos-humanos-lanca-relatorio-sobre-racismo-sistemico-e-pede-fim-de-violencia. Acesso em: 5 ago. 2021.

muitos países, especialmente nas Américas e na Europa, as pessoas afrodescendentes vivem desproporcionalmente na pobreza, além de enfrentarem muitos entraves no que diz respeito ao acesso a vários direitos humanos[7].

Nesse cenário, a Assembleia Geral da ONU declarou esta década (entre 2015 e 2024) como a década internacional dos afrodescendentes, reconhecendo que esses povos representam um grupo distinto, dos quais os direitos humanos precisam ser protegidos e promovidos, estimando a presença de 200 milhões de pessoas afrodescendentes apenas nas Américas[8].

Outro documento desenvolvido no âmbito da Organização das Nações Unidas retrata o Panorama Social da América Latina. Criado pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), tal panorama analisa anualmente a pobreza e a desigualdade nos países da região[9]. Nele, a CEPAL reconhece a relação entre a desigualdade socioeconômica e a desigualdade étnico-racial na região[10].

Por fim, o relatório de 2019 da CEPAL observa que a pobreza não afeta igualmente os diversos grupos da população latino-americana, constatando também que em 80% dos países que dispõem de informações acerca da incidência da pobreza segundo critérios étnico-raciais, a taxa de pobreza da população indígena e afrodescendente era significativamente maior que a da população não indígena e não afrodescendente[11].

Assim, pode-se atribuir a desigualdade socioeconômica como consequência do racismo e da discriminação racial ao redor do mundo, bem como na América Latina. Para Almeida, a desigualdade econômica nada mais é do que uma das diferentes expressões concretas do racismo[12]. Ademais, para Adilson Moreira, as consequências da discriminação racial podem assumir várias formas

---

7 ONU BRASIL. *ONU Direitos Humanos lança relatório sobre racismo sistêmico e pede fim de violência policial.* Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/133502-onu-direitos-humanos-lanca-relatorio-sobre-racismo-sistemico-e-pede-fim-de-violencia. Acesso em: 5 ago. 2021.

8 ONU. *Década Internacional de Afrodescendentes*. Disponível em: http://decada-afro-onu.org/index.shtml. Acesso em: 17 set. 2021.

9 Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), Panorama Social da América Latina, 2019. Resumo executivo (LC/PUB.2020/1-P), Santiago, 2020.

10 *Ibid.* p. 6.

11 *Ibid.*

12 ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural.* São Paulo: Pólen Livros, 2019.

a depender do contexto social e momento histórico, desde exclusão econômica à marginalização cultural de indivíduos, além de outros danos[13].

2.2 AINDA HÁ RACISMO E DISCRMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL

No que diz respeito ao Brasil, apesar do repúdio ao racismo previsto constitucionalmente[14] e sua prática ser considerada crime inafiançável e imprescritível[15], muitos autores apontam o racismo e a discriminação racial como problemas estruturais, frutos de um processo político e histórico.

Para Almeida, o racismo decorre da própria estrutura da sociedade, isto é, de como "normalmente" se desenvolvem as relações econômicas, políticas, jurídicas, inclusive familiares, a partir desse processo político e histórico. Político, uma vez que como um processo de discriminação sistemática que influencia a organização social, depende do poder político para se manter impondo desvantagens sociais a determinados grupos. Histórico, pois deriva do processo de formação nacional do Estado[16].

Na concepção de Adilson Moreira, a discriminação estrutural pode ser definida da seguinte forma:

> Podemos definir a discriminação estrutural como consequência da existência de sistemas discriminatórios que promovem a exclusão de grupos minoritários nas diversas dimensões da vida, sistemas que operam por meio da ação coordenada das mais diversas instituições, sejam elas públicas ou privadas. Suas práticas discriminatórias estão interligadas porque expressam o interesse comum de promover a exclusão de grupos minoritários para que oportunidades e recursos permaneçam nas mãos dos membros dos grupos majoritários. Dessa forma, temos sistemas sociais, como o Direito, a Economia e a Política, que operam a partir dos interesses

13 MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 562.

14 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. art. 4º, VIII.

15 *Ibid*. art. 5º, CLII.

16 ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural.* São Paulo: Pólen Livros, 2019.

> desses indivíduos de forma que as hierarquias sociais possam ser mantidas[17].

Nesse sentido, "um importante meio de prova de discriminação estrutural é o uso de estudos estatísticos, que auxiliam na prova de um padrão de violações"[18]. Desse modo, recorreu-se a um estudo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que trata acerca das desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil.

Segundo esse documento, apenas 29,9% dos cargos gerenciais eram ocupados por pretos e pardos no mercado de trabalho brasileiro em 2018[19], enquanto essas populações lideravam o ranking nas maiores taxas de analfabetismo, pobreza e violência. Constando-se que a população não branca enfrenta severas desvantagens em relação à branca no país, no tocante as dimensões analisadas no estudo, como mercado de trabalho, renda, moradia, educação, representação política, entre outras[20]. Demonstrando assim, a necessidade de mais ferramentas de combate a essa situação no Brasil.

Outra fonte que retrata o cenário do racismo e discriminação racial no país é o relatório desenvolvido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – a ser abordada posteriormente – sobre a situação dos direitos humanos no Brasil. A esse respeito o relatório dispõe que "no Brasil, as pessoas afrodescendentes estiveram historicamente inseridas dentro em um contexto de discriminação estrutural e de racismo institucional"[21].

O relatório conclui que o Brasil segue apresentando um cenário de extrema desigualdade social baseada na discriminação estrutural contra pessoas afrodescendentes, comunidades tradicionais quilombolas, indígenas etc. Acrescentando que as discriminações baseadas na raça, entre outras, resultaram

---

17 MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020. p.461-462.

18 ARANTES, Paulo de Tarso Lugon. O caso Simone André Diniz e a luta contra o racismo estrutural no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n.31, jul/dez 2007. p. 138.

19 IBGE. *Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil*. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica, n. 41. p. 1, 2019.

20 *Ibid*. p. 12.

21 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf. 2021.

na exclusão histórica desses grupos, que permanecem em situação de extrema vulnerabilidade no país[22].

O documento observa ainda a vulnerabilidade dos afrodescendentes no Brasil no que diz respeito a sua segurança e sobrevivência, afirmando que "as pessoas afrodescendentes, especialmente jovens do sexo masculino e de origem familiar pobre, figuram como vítimas preponderantes de atos de violência letal intencional"[23]. Tal violência, segundo o relatório, é muitas vezes cometida no contexto de ações policiais.

Por fim, o relatório retrata que essa realidade é reforçada pela atuação do próprio sistema de justiça criminal brasileiro, tanto pela impunidade dos crimes cometidos contra essa população, quanto pelo aparato repressivo desproporcional do Estado contra elas[24]. Tal tragédia racial pode ser demonstrada pelo assassinato de João Alberto de Freitas, homem negro agredido e morto por seguranças em um supermercado no Rio Grande do Sul, em novembro de 2020. Mais uma vítima do racismo no Brasil na véspera do Dia da Consciência Negra[25].

3 O DIREITO INTERAMERICANO ANTIRRACISMO

No contexto regional "a proteção interamericana dos direitos humanos tem sido alavancada, inicialmente, pela Organização dos Estados Americanos (OEA)[26], criada em 1948 pela Carta de Bogotá"[27]. Tal documento, também chamado de Carta da OEA, apresenta como um dos princípios da organização internacional a proclamação dos direitos fundamentais da pessoa humana, sem distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo[28].

---

22 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf. 2021. p. 187.

23 *Ibid*. p. 188.

24 *Ibid*. p. 188-189.

25 EL PAIS. *O assassinato de João Alberto como símbolo da violência racista na América Latina*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/internacional/2021-09-01/o-assassinato-de-joao-alberto-como-simbolo-da-violencia-racista-na-america-latina.html. Acesso em: 21 ago. 2021.

26 Tal organismo internacional apresenta 25 Estados-membros, dentre eles, o Brasil.

27 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015. p. 74

28 CARTA da Organização dos Estados Americanos. 30 abr. 1948. Art. 3º, l.

Ainda em 1948, a OEA também desenvolveu a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a qual reforça o princípio da igualdade e não discriminação[29]. Não obstante, o documento mais importante do sistema interamericano é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, também denominada Pacto de São José da Costa Rica[30]. Tal instrumento veio reconhecer e assegurar um rol de direitos civis e políticos[31].

Assim, "em face desse catálogo de direitos constantes da Convenção Americana, cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação"[32]. Vale salientar que ao contrário da Declaração Americana, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é considerada um tratado internacional, portanto, apresenta caráter vinculante[33].

Ademais, a Convenção Americana constituiu dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) os quais buscam proteger e monitorar os direitos que ela estabelece[34]. A Corte IDH, juntamente com a (CIDH) integram o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH) que proferem sentenças e recomendações, respectivamente, acerca de violações aos Direitos Humanos no âmbito da OEA[35].

Nesse cenário, o desenvolvimento de um regime internacional de combate ao racismo e promoção da igualdade racial começou com o debate geral dos direitos humanos e, posteriormente, pautou-se em questões específicas desse

29 "Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra". Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948. art. 2º.

30 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 343.

31 *Ibid*.

32 *Ibid.* p. 344.

33 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015. p. 75-76.

34 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1342.

35 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015. p. 75-78.

grupo vulnerável[36]. Um exemplo é o reconhecimento pela Corte IDH da igualdade e proibição da discriminação como normas *jus cogens*[37], isto é, de caráter imperativo e inderrogável, tanto em matéria consultiva, quanto contenciosa[38].

Já como exemplos de normas específicas de combate a problemática no sistema interamericano têm-se a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, aprovadas em 2013[39]. Tais convenções atualizam e avançam o acervo antidiscriminatório do Direito Internacional dos Direitos Humanos no contexto regional, que teve como marco inicial a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 no contexto global[40].

Desse modo, "a proteção interamericana dos direitos humanos das populações vulneráveis e, principalmente das minorias raciais, constitui fenômeno recente na história regional"[41]. Não obstante, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) vem avançando aos poucos em prol de uma justiça racial interamericana[42].

---

36 GOES, Fernanda Lira; SILVA, Tatiana Dias. *O regime internacional de combate ao racismo e à discriminação racial.* Texto para Discussão, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), No. 1882, 2013. p. 10.

37 "Trata-se de normas imperativas que extraem dos metaprincípios ou das normas preexistentes a própria formação do Estado, seu fundamento de validade, vinculando todos os personagens da cena internacional, limitando/relativizando, inclusive, a própria soberania" MOREIRA, Thiago Oliveira. O direito internacional e as normas de jus cogens: uma questão filosófica. *Revista FIDES*, v. 3, n. 1, 2012, p. 34.

38 LIMA, Fernanda da Silva; DUARTE, Mônica. O princípio da igualdade e não discriminação como norma jus cogens, na corte interamericana de direitos humanos. *Caderno de Relações Internacionais*, v. 8, nº 15, jul./dez. 2017.

39 "A elaboração dessas convenções teve início com a iniciativa, em 2000, da Assembleia Geral da OEA, que recomendou ao Conselho Permanente que estudasse a possibilidade de elaborar projeto de convenção interamericana para prevenir, sancionar e erradicar o racismo e toda forma de discriminação e intolerância". RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 367.

40 *Ibid.*

41 SPINIELI, André Luiz Pereira. Há espaço para uma justiça racial interamericana? Novos estândares protetivos a partir do caso Acosta Martínez y otros VS. Argentina. *Revista Inclusiones*. v. 8, num 3, 2021, p. 305.

42 *Ibid.*

3.1 DA TUTELA NORMATIVA ÀS MANFESTAÇÕES DA CIDH E DA CORTE IDH

No que tange ao SIPDH, como demonstrado, algumas normativas tais quais a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica tratam da proteção contra o racismo e discriminação de maneira geral ao reconhecerem o princípio da igualdade e não discriminação, por exemplo. Além disso, a CIDH e a Corte IDH têm atuado no combate ao racismo e a discriminação racial por meio do monitoramento e implementação de normativas específicas de combate à problemática, como a Convenção em comento[43].

Nesse sentido, a CIDH manifestou-se a respeito de alguns casos brasileiros de discriminação racial. De início destacam-se o caso de Simone André Diniz Vs. Brasil e o caso Wallace Almeida Vs. Brasil[44]. No Simone André Diniz Vs. Brasil, primeiro caso de racismo brasileiro apreciado pela Comissão, a vítima teve seu ingresso em uma oferta de emprego negado por ser negra, ao denunciar o ocorrido às autoridades, o judiciário findou por arquivar o processo[45].

Sendo assim, o Brasil foi denunciado perante CIDH que "reconheceu a responsabilidade internacional do Estado por ato praticado por particular em violação ao direito à igualdade perante a lei e à não discriminação"[46], entendendo como um ato de discriminação racial a exclusão de uma pessoa do acesso ao mercado de trabalho em razão de sua raça[47] e assim pela violação da Convenção Americana de Direitos Humanos por parte do Estado brasileiro[48].

---

43 Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. 05 junho 2013. art. 15.

44 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Compendium on equality and non-discrimination*, 2019. Disponível em: https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Compendium-EqualityNonDiscrimination.pdf. Acesso em: 5 ago. 2020.

45 ARANTES, Paulo de Tarso Lugon. O caso Simone André Diniz e a luta contra o racismo estrutural no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n.31, 2007, p. 128-129.

46 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 435.

47 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Compendium on equality and non-discrimination,* 2019. Disponível em: https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Compendium-EqualityNonDiscrimination.pdf. Acesso em: 5 ago. 2020. p. 109.

48 "A violação se dá, portanto, por uma falha em prevenir ou sancionar esses atos de particulares, incidindo em uma responsabilidade internacional objetiva" ARANTES, Paulo de Tarso Lugon. O caso Simone André Diniz e a luta contra o racismo estrutural no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 31, 2007, p. 131.

A Comissão Interamericana ainda analisou a situação do Brasil do ponto de vista racial, a evolução de sua ordem jurídica em relação ao racismo e as dificuldades para aplicação de leis antirracismo, principalmente, no que se refere à prova e ao racismo institucional, determinando ao Brasil a adoção de medidas para reparação da vítima, bem como a realização de reformas legislativas e administrativas para uma maior efetividade da legislação antirracismo[49], dentre outras medidas de combate à problemática no país.

O caso Wallace Almeida Vs. Brasil, por sua vez, diz respeito ao assassinato de um jovem negro por policiais militares no Rio de Janeiro. Diante da impunidade do fato, o caso também foi denunciado a CIDH, a qual mais uma vez responsabilizou o Brasil por violar dispositivos da Convenção Americana, dentre os quais, o direito à vida[50]. A Comissão considerou que Wallace de Almeida perdeu sua vida em decorrência de uma ação discriminatória praticada por agentes do Estado[51]. Assim, recomendou ao Estado brasileiro "adotar e instrumentar medidas adequadas dirigidas aos funcionários da justiça e da polícia, a fim de evitar ações que impliquem discriminação racial nas operações policiais, nas investigações, no processo ou na sentença penal"[52], entre outras medidas.

Ademais, outro caso semelhante apreciado pela CIDH e, posteriormente, apresentado à Corte, relativo ao Brasil, foi o de Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira. Ambas trabalhadoras afrodescendentes também foram recusadas em vagas de emprego de uma mesma empresa. Mais de vinte anos após denunciarem a discriminação, o crime permanecia impune perante o judiciário brasileiro.

Com isso, "a Comissão registrou o contexto geral de discriminação e falta de acesso à justiça da população afrodescendente no Brasil, especialmente

49 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 435.

50 SILVA, Mariana de Andrade da. *"Olha quem morre, então veja você quem mata"*: o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o reconhecimento do genocídio da população negra na violência policial, um estudo de casos: Wallace de Almeida e Favela Nova Brasília. 2018. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade de Brasília, Brasília, 2018. p. 26-30.

51 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICADOS. *Relatório nº 26/09, caso 12.440*. Disponível em: https://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil12440.b.port.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

52 *Ibid.*.

das mulheres afrodescendentes"[53], recomendando ao Brasil, além da reparação da vítima, outras medidas como a adoção de mecanismos que promovam e orientem as empresas a respeitarem os direitos humanos em seus processos de contratação, "especialmente no que se refere ao acesso das mulheres afrodescendentes ao emprego sem discriminação"[54].

Outro caso também apreciado pela Comissão e, posteriormente, submetido à Corte IDH foi o caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Trata-se de duas operações policiais realizadas no Rio de Janeiro que resultaram na morte de 26 pessoas e 3 vítimas de violência sexual por policiais militares[55]. Apesar de não invocarem diretamente o racismo na apreciação do caso, tanto a CIDH como a Corte Interamericana destacaram a tendência de um perfil racial entre as vítimas fatais de violência policial, com predominância de jovens, negros, pobres e desarmados[56].

Por fim, o caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina, mais recentemente sentenciado pela Corte Interamericana, relaciona-se à detenção arbitrária e ilegal, por parte do Estado argentino – país que também enfrenta a problemática do racismo –, de José Delfín Acosta Martínez, afrodescendente de nacionalidade uruguaia, que culminou em sua morte sob a custódia de policiais[57].

Na sentença, a Corte IDH responsabilizou a Argentina pela violação de diversos dispositivos da Convenção Americana, como o direito à vida e à integridade, além de reconhecer a violação da liberdade, igualdade e não discriminação, determinando, além da reparação dos familiares da vítima, entre ouras medidas, a

53 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICADOS. *A CIDH apresenta caso sobre o Brasil perante a Corte Interamericana*. p. 13. Disponível em: https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/213.asp. Acesso em: 17 set. 2021.

54 *Ibid.*

55 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil.* Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec333por.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.

56 SILVA, Mariana de Andrade da. *"Olha quem morre, então veja você quem mata"*: o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o reconhecimento do genocídio da população negra na violência policial, um estudo de casos: Wallace de Almeida e Favela Nova Brasília. 2018. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade de Brasília, Brasília, 2018. p. 54.

57 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICADOS. *Caso Acosta Martínez y Otros vs. Argentina,* 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec410esp.pdf.

instalação de câmeras nos setores de permanência dos detidos em Buenos Aires, a fim de evitar novas violações[58].

Assim, apesar de um fenômeno recente no contexto interamericano, o combate ao racismo e à discriminação racial pode ser observado tanto nas recomendações da Comissão Interamericana quanto na jurisprudência da Corte IDH, fundamentando-se inicialmente em normativas mais gerais, como a Convenção Americana, e mais recentemente em normativas específicas voltadas aos grupos afetados, como a Convenção a ser abordada a seguir.

3.2 O ADVENTO DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO, A DISCRMINAÇÃO RACIAL E FORMAS CORRELATAS DE INTOLERÂNCIA

Tendo em vista todo cenário de racismo e discriminação racial retratado, surge a necessidade de um instrumento internacional de combate a essa grave situação. Assim, a Convenção em comento foi adotada na 43ª sessão ordinária da Assembleia Geral da OEA na Guatemala em 2013, sendo assinada pelo Brasil ainda no mesmo ano. Contudo, seu processo de aprovação começou a tramitar somente em 2016[59], arrastando-se por 5 anos, até ser finalmente aprovada em 2021[60].

A Convenção possui 22 artigos, dentre os quais se destacam os dispositivos referentes aos direitos protegidos; ao reconhecimento do dever do Estado em prevenir, eliminar, proibir e sancionar; à adoção de políticas, ações afirmativas e leis contra o racismo; aos mandados de criminalização, ou seja, assegurar às vítimas de discriminação e intolerância um tratamento adequado no acesso ao sistema justiça; à supervisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; e ao estabelecimento de um Comitê Interamericano para a Prevenção e

58 ONU BRASIL. *ONU Direitos Humanos lança relatório sobre racismo sistêmico e pede fim de violência policial.* Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/133502-onu-direitos-humanos-lanca-relatorio-sobre-racismo-sistemico-e-pede-fim-de-violencia. Acesso em: 5 ago. 2021.

59 LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL. Acervo online, dez 2020. Disponível em: https://diplomatique.org.br/o-impacto-da-aprovacao-da-convencao-interamericana-contra-o-racismo/. Acesso em: 20 jun. 2021.

60 Decreto legislativo 1/2021, publicado em 19/02/2021. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-304416057. Acesso em: 20 jun. 2021.

Eliminação do Racismo, Discriminação Racial e Todas as Formas de Discriminação e Intolerância[61].

Em seu preâmbulo a Convenção respalda-se nos princípios da dignidade humana e da igualdade e não discriminação que correspondem ao fundamento principal do ordenamento jurídico ocidental[62]. Além disso, a ideia de igualdade está intimamente relacionada à proibição da discriminação[63], ponto de vista também aludido na normativa internacional que considera ainda o racismo como um fenômeno dinâmico, tal qual compreende Adilson Moreira[64].

Ademais, o instrumento traz as definições de racismo[65] e discriminação racial[66] para os efeitos da Convenção e inova ao tratar do tema ao considerar a discriminação racial indireta, muitas vezes negligenciada pela legislação doméstica, que ocorre quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico[67]. Uma evolução, tendo em vista que a exclusão de um grupo pode ocorrer mesmo na ausência de intenção de discriminar ou ainda quando não há utilização de formas de discriminação vedadas legalmente[68].

Contudo, apesar de considerar que "determinadas pessoas e grupos vivenciam formas múltiplas ou extremas de racismo, discriminação e intolerância,

---

61 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 371-373.

62 GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação*. Sua Aplicação às Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 62-65.

63 *Ibid*.

64 MOREIRA, Adilson. *Racismo recreativo.* São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

65 "Consiste em qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial". Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. 05 junho 2013. art. 1º, 4.

66 "Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes" Convenção Interamericana Contra O Racismo, A Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. 05 junho 2013. art. 1º, 1.

67 Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. 05 junho 2013. art. 1º, 2.

68 MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 395.

motivadas por uma combinação de fatores como raça, cor, ascendência, origem nacional ou étnica"[69], a Convenção não trata acerca das discriminações múltiplas sofridas, por exemplo, pelas mulheres negras, ou seja, não aborda explicitamente as interfaces entre racismo e o gênero[70], das quais suas vítimas por uma maior vulnerabilidade demandariam uma maior proteção.

4 EVENTUAIS IMPACTOS DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO RACIAL E FORMAS CORRELATAS DE INTOLERÂNCIA

Tendo em mente que a possibilidade de mobilidade social de minorias raciais é limitada seja por normas legais discriminatórias, seja pela aplicação discriminatória de normas legais universais, ou ainda pela utilização de práticas e representações socioculturais que impedem a inserção dessas minorias na sociedade[71], serão analisados os impactos da Convenção em estudo para o Brasil em relação à sua legislação, incremento de políticas públicas e ao judiciário, ao compreender que todos os órgãos do Estado, tanto o legislativo quanto o executivo e o judiciário, além do próprio constituinte, devem se ajustar às disposições do tratado do qual se vinculou[72].

4.1 IMPACTO NA LEGISLAÇÃO

Aprovada recentemente pelo Congresso Nacional, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância é considerada um tratado internacional, nos termos do art. 2º da Convenção de Viena de 1969. Sendo assim, como um tratado, possui vinculação

69 Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. 05 junho 2013. (preâmbulo)

70 "Pensar a interseccionalidade é perceber que não pode haver primazia de uma opressão sobre as outras e que é preciso romper com a estrutura. É pensar que raça, classe e gênero não podem ser categorias pensadas de forma isolada, porque são indissociáveis". RIBEIRO, Djamila. *Quem tem medo do feminismo negro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 123.

71 MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 555.

72 CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr Philippe. *Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p 185.

jurídica internacional e, portanto, caráter obrigatório perante os Estados que o ratificaram[73].

Nesse sentido, o processo de incorporação dos tratados internacionais pelo Estado brasileiro é objeto de discussão tanto da doutrina quanto da jurisprudência, principalmente, no que se refere ao valor normativo desses tratados. No entanto, convém analisar nesse trabalho especificamente a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, caso da Convenção em estudo.

Desse modo, conforme o § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o tratado internacional de direitos humanos aprovado sob o rito especial, isto é, "em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros"[74], será equivalente às emendas constitucionais.

Tal dispositivo foi inserido na Carta Magna por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, mas ao invés de sanar as dúvidas acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, ocasionou mais discussões a respeito[75]. No entanto, "indiscutivelmente, os tratados equivalentes às emendas constitucionais gozam de supremacia perante as normas infraconstitucionais. Dessa forma, a legislação ordinária, caso conflite com tais tratados, será considerada inconstitucional ou terá a sua eficácia suspensa"[76].

Nesse prisma, uma vez internalizado o efeito imediato de um tratado é revogar todas as às disposições em contrário ou incompatíveis da legislação infraconstitucional[77]. Desse modo, a Convenção teria a capacidade de revogar, por exemplo, normativas que eventualmente promovam a discriminação racial indireta, como previsto nesse tratado.

Contudo, é relevante mencionar que os tratados internacionais de direitos humanos não são constitucionalmente iguais às emendas constitucionais, mas equivalentes. Assim, tais tratados não alteram a Constituição, mas integram

73 BICHARA, Jahyr-Philippe. O controle da aplicação do direito internacional pelo Poder Judiciário brasileiro: uma análise crítica. *Revista dos Tribunais*. v. 958, ago./2015. p. 3.

74 CF, art. 5º, §3º.

75 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira.* Natal: EDUFRN, 2015. p. 160-161.

76 *Ibid.* p.178

77 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 484.

o bloco de constitucionalidade e, portanto, são parâmetros para o controle de constitucionalidade[78].

Outro ponto importante a ser discutido diz respeito à aplicabilidade da Convenção, uma vez que um tratado para ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, além da aprovação do Congresso Nacional, necessitaria da ratificação e promulgação do Presidente da República[79]. No entanto, apesar do Chefe do Executivo ter assinado o decreto de promulgação da Convenção em 13/05/2021[80], tal decreto, até o momento, não foi publicado no Diário Oficial da União.

A despeito disso, muitos doutrinadores defendem a aplicabilidade imediata dos tratados de direitos humanos, independentemente da promulgação do Decreto Executivo, tendo em vista a fundamentalidade material dessas normas[81]. Outro argumento é que por exigir um quórum igual ao previsto no art. 60 da CF para as emendas constitucionais, o decreto do Presidente da República seria dispensável, já que as emendas são promulgadas sem a participação do Chefe do Executivo[82].

No entanto, no entendimento do Supremo Tribunal Federal o decreto presidencial seria indispensável para incorporação de um tratado internacional, até mesmo de direitos humanos, impondo assim um obstáculo à proteção desses direitos[83].

Afora essas discussões, ao ratificar essa Convenção, o Brasil obriga-se internacionalmente a cumpri-la e, portanto, prevenir, eliminar, proibir e punir todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas

78 "Trata-se, em síntese, de uma sindicância de compatibilidade vertical entre a legislação ordinária e a Constituição". MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira.* Natal: EDUFRN, 2015. p.235.

79 *Ibid.* p. 169.

80 Planalto notícias. Disponível em: https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2021/05/brasil-ratifica-a-convencao-interamericana-contra-o-racismo. Acesso em: 20 jun. 2021.

81 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira.* Natal: EDUFRN, 2015. p. 322.

82 *Ibid.* p. 170.

83 *Ibid.* p. 323.

de intolerância[84]. Do ponto de vista interno, com base no seu rito de aprovação[85], reconhece seu caráter material de norma constitucional, conferindo-lhe hierarquia formal constitucional[86]. Desse modo:

> Uma vez incorporados ao direito estatal pelo rito do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos passam a contar com o status formalmente constitucional, ou seja, no que forem mais favoráveis à proteção dos Direitos Humanos, ampliam o catálogo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos e, consequentemente, passam a ter as suas normas consideradas como cláusulas pétreas[87].

Desta forma, sua recepção pelo Brasil com status constitucional tem a capacidade de promover uma maior densidade jurídica ao ordenamento brasileiro, no tocante a leis que criminalizem práticas racistas e promovam práticas antirracistas e, por sua vez, promover toda uma produção de políticas públicas de combate ao racismo e a discriminação racial[88].

4.2 IMPACTO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Levando-se em consideração que "para garantir e assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão

84 Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. Art. 4º.

85 Apenas outros dois outros tratados internacionais têm força de norma constitucional no Brasil: a Convenção de Nova York (sobre os direitos das pessoas com deficiência) e o Tratado de Marraqueche (sobre os direitos dos deficientes visuais). Informação disponível em: http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1. Acesso em: 20 ago. 2021.

86 "Depreende-se que o § 3º do art. 5º só veio para reconhecer o caráter material de normas constitucionais aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e conferir a hierarquia formalmente constitucional aos referidos". MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira.* Natal: EDUFRN, 2015. p. 166.

87 *Ibid.* p. 183.

88 LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL. Acervo online, dez 2020. Disponível em: https://diplomatique.org.br/o-impacto-da-aprovacao-da-convencao-interamericana-contra-o-racismo/. Acesso em: 20 jun. 2021.

desses grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais"[89] é válido destacar alguns pontos da Convenção no que se refere às políticas públicas.

Nesse sentido, o documento prevê em seu artigo 5º o dever dos Estados Partes adotarem ações afirmativas para inclusão de pessoas ou grupos sujeitos ao racismo e à discriminação racial. Dessa maneira, devido a hierarquia constitucional conferida à Convenção, ela transforma a adoção de ações afirmativas em uma obrigação constitucional, como exemplo as cotas raciais, que apesar de previstas na legislação infraconstitucional, vide a Lei nº 12.711/2012, vestiriam uma roupagem constitucional.

A Convenção abordada também pode respaldar a implantação de políticas públicas antirracismo, assim como a política de promoção da equidade racial e enfrentamento ao racismo desenvolvida pela Defensoria Pública do estado da Bahia, instituída por meio da portaria nº 458/2021, a qual considera essa normativa como um de seus fundamentos ao fazer referência aos artigos 2º e 4º da Convenção em seu texto, propondo várias ações para o enfrentamento da problemática no estado e, consequentemente, no país[90].

Além disso, outro trecho da norma convencional, concernentemente à educação, expõe "a necessidade de se adotar uma pedagogia antirracista, em cumprimento com o disposto pela Convenção"[91]. Assim, a normativa em debate impõe ao Brasil a obrigação internacional e constitucional de implementar e desenvolver políticas públicas de combate ao racismo e à discriminação racial, seja por meio de ações afirmativas, tema por demais controverso no país, seja por meio da adoção de uma pedagogia antirracista ou do incremento de quaisquer políticas públicas que promovam a igualdade racial no país.

---

89 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 177.

90 Portaria nº 458/2021, de 12 de maio de 2021. Institui a política de promoção da equidade racial e enfrentamento ao racismo da defensoria pública do estado da Bahia. Disponível em: http://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2021/05/sanitize_190521-123651.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

91 MEDEIROS, Enzo Gabriel Oliveira; MOREIRA, Thiago Oliveira; SILVA FILHO, Sérgio Bezerra da. A urgência de uma pedagogia antirracista: impactos da incorporação do art. 4, x, da nova convenção interamericana contra o racismo ao ordenamento jurídico brasileiro. *REJUR – Revista Jurídica da UFERSA,* Mossoró, v. 5, n. 9, jan./jun. 2021, p. 62.

4.3 IMPACTO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Relativamente ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro e considerando a hierarquia constitucional desses tratados, a Convenção em questão deverá integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos[92].

Ademais, segundo Mazzuoli "outro efeito dos tratados, internamente, é o de autorizar que os particulares reclamem, perante as instâncias judiciais ordinárias, a satisfação dos direitos neles estabelecidos e o cumprimento das obrigações deles decorrentes"[93].

Outrossim, tal Convenção tem potencial para fundamentar decisões do Poder Judiciário, seja por meio do controle de convencionalidade[94] ou de constitucionalidade, como já verificado em alguns julgados de tribunais pátrios a serem analisados a seguir.

A princípio, destacam-se duas decisões que fizeram alusão a normativa interamericana abordada. A primeira trata-se de uma reclamação trabalhista ajuizada na Vara de São Miguel do Oeste-SC, na qual a juíza de primeiro grau julga procedente o pedido de dano moral por trabalhador em face de uma empresa por ter sido vítima de preconceito em virtude de sua cor.

Na sentença de 2019, a juíza invoca o conceito de discriminação racial trazido pela Convenção, além de fazer referência ao seu art. 2º que trata acerca do direito à proteção contra o racismo, a discriminação e formas correlatas de intolerância tanto na esfera pública quanto na privada[95]. Por fim, ao ser constatado o dano moral, a juíza condena a reclamada ao pagamento de indenização[96].

---

92 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.

93 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 485.

94 Como mencionado, trata-se do exame de compatibilidade em relação à Convenção. Tal controle além de efetivado pela Corte IDH, deve ser exercido pelos magistrados nacionais, que se ao realizarem esse exame detectarem a incompatibilidade com normativas internacionais das quais o Brasil seja signatário, devem declarar a invalidade/inconvencionalidade de leis ou atos normativos. MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago. *Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público:* concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. Anuario de Derecho constitucional latinoamericano, año XVII, Montevideo, 2011. p. 471.

95 TRT-12. Ação Trabalhista. *ROT: 0001060-75.2018.5.12.0015*. Vara Do Trabalho De São Miguel Do Oeste do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Data de Publicação: 09/12/2019.

96 *Ibid.*

O outro julgado, também trabalhista, que referenciou a norma internacional em estudo, foi um acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região em face de embargos de declaração interpostos contra uma decisão do TRT, a qual condenou uma empresa ao pagamento de indenização por dano moral a uma trabalhadora também vítima de discriminação racial.

Nesse acórdão, a relatora menciona tanto a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial quanto Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância como fundamentos para manter a decisão, contatando "a existência de humilhação e racismo no ambiente de trabalho". Assim, no acórdão de 2020, a 7ª Câmara da quarta turma do TRT-15 decide, por unanimidade, acolher os embargos apenas para trazer esclarecimentos e acrescentar fundamentação sem qualquer efeito modificativo[97].

Por fim, destaca-se mais recentemente um Agravo de Instrumento interposto por um "influenciador digital" contra uma plataforma de "streaming", uma vez que teve sua conta suspensa e posteriormente desativada, após proferir discursos racistas, misóginos e homofóbicos na plataforma e ser alvo de diversos protestos. Na decisão recorrida, conforme o relatório, o juiz de primeiro grau decidiu pela manutenção do bloqueio da conta do agravante. Ao apreciar o caso, o Tribunal negou provimento ao recurso, mantendo desativada a conta do "influencer" na plataforma agravada[98].

Entre os fundamentos da decisão, o TJ-SP apresenta a incompatibilidade com o artigo 4º da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância que veda, entre outras práticas, "a publicação, circulação ou difusão, por qualquer forma e/ou meio de comunicação, inclusive a internet, de qualquer material racista ou racialmente discriminatório que defenda, promova ou incite o ódio, a discriminação e a intolerância"[99].

Ademais, a decisão ainda invoca o conceito de discriminação racial trazido pela Convenção e atribui a essa normativa valor constitucional, sob o

97 TRT-15-ROT 0010344-27.2016.5.15.0102, Relatora: Luciane Storel, 7ª Câmara, Data de Publicação: 19/08/2020.

98 TJ-SP. Agravo de Instrumento: 22050708220208260000. SP 2205070-82.2020.8.26.0000, Relator: Alfredo Attié, Data de Julgamento: 30/03/2021, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/03/2021.

99 Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. 05 junho 2013. Art. 4º.

argumento desta ter sido "recentemente internalizada, após a adoção, pela Câmara e pelo Senado, do rito previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, com equivalência de Emenda Constitucional". Assim, ao aplicar normas previstas em um tratado internacional, o judiciário brasileiro corrobora para concretização dos direitos humanos. Diante da gravidade do caso, o TJ-SP remeteu cópia dos autos ao Ministério Público para averiguar a possível prática do crime previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89[100] e tomar as providências cabíveis.

5 CONCLUSÃO

Por todo exposto, constata-se que o cenário atual do racismo e discriminação racial é preocupante, tanto no mundo, quanto na América Latina e no Brasil. Além disso, o combate específico a essa problemática é uma pauta recente no Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial, no Sistema Interamericano.

No entanto, vem se desenvolvendo nos últimos anos o direito interamericano antirracismo, prova disso foram as manifestações da CIDH e da Corte IDH sobre o tema, seja de início, invocando normativas gerais em prol da igualdade e não discriminação, seja com advento de normativas específicas sobre a matéria como a Convenção analisada.

Ademais, evidencia-se a relevância da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, entre outros aspectos, por aprofundar o debate em torno da questão, considerando as variadas formas de manifestação do racismo e da discriminação racial, especialmente no tocante à discriminação indireta – muito presente no Brasil sob o mito da democracia racial –, muitas vezes negligenciada pela legislação dos Estados, possibilitando assim sua repressão, além da dinamicidade desses fenômenos evidenciada pela Convenção.

Concernentemente a seus impactos, demonstrou-se que esse instrumento jurídico internacional, tem a capacidade de fundamentar decisões do judiciário em prol do antirracismo, por meio do controle de convencionalidade, como constatado em decisões analisadas, bem como impõe ao Brasil a obrigação de implantar políticas públicas voltadas aos sujeitos, historicamente, vítimas de racismo e discriminação racial.

---

100 BRASIL. *Lei nº 7.716 de 1989*. "Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional".

A recente Convenção, devido ao seu rito especial de aprovação com equivalência de emenda constitucional, também tem o condão de atuar como parâmetro de controle de constitucionalidade a ser exercido pelo judiciário, ampliando o rol de direitos constitucionalmente previstos e, consequentemente, favorecendo sua efetivação.

Com isso, a ratificação da normativa internacional analisada implica ao Brasil obrigações tanto do ponto de vista internacional, quanto constitucional, para prevenir, punir e erradicar o racismo e a discriminação racial no país com o fortalecimento de sua legislação e implementação de políticas públicas de combate a problemática e promoção da igualdade racial, além da atuação do judiciário.

É bem verdade que, lamentavelmente, nenhuma normativa tem a capacidade de pôr um fim em problemas estruturais como o racismo e a discriminação racial. Contudo, é uma ferramenta que pode ser utilizada para salvar vidas negras, indígenas, entre outras; garantir que os crimes praticados contra essas populações não fiquem impunes; ou ao menos proporcionar dignidade a tais indivíduos.

Assim, resta que o Brasil demande esforços para implementação e aplicação da Convenção abordada – a publicação desse tratado já seria um bom começo, para dirimir controvérsias acerca de sua efetividade –, a fim de que o país se aproxime de uma verdadeira democracia racial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio. *Racismo estrutural.* São Paulo: Pólen Livros, 2019.

ARANTES, Paulo de Tarso Lugon. O caso Simone André Diniz e a luta contra o racismo estrutural no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade,* n.31, p. 127 a 149, jul./dez. 2007.

BICHARA, Jahyr-Philippe. O controle da aplicação do direito internacional pelo Poder Judiciário brasileiro: uma análise crítica. *Revista dos Tribunais*. v. 958, ago./2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr Philippe. *Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CARDOSO, A., Mira, B. P. de, Tollmeiner, K., & Malinski, M. R. O Assassinato de Wallace de Almeida (Caso 12.440 Da Cidh) e A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. *Revista De Extensão E Iniciação Científica da Unisociesc*, 2(2), 81-88. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), Panorama Social da América Latina, 2019. Resumo executivo (LC/PUB.2020/1-P), Santiago, 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil.* Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.

EL PAIS. *O assassinato de João Alberto como símbolo da violência racista na América Latina.* Disponível em: https://brasil.elpais.com/internacional/2021-09-01/o-assassinato-de-joao-alberto-como-simbolo-da-violencia-racista-na-america-latina.html. Acesso em: 21 ago. 2021.

IBGE, 2019. *Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil.* Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica, n.41.

GOES, Fernanda Lira; SILVA, Tatiana Dias. *O regime internacional de combate ao racismo e à discriminação racial*, Texto para Discussão, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), No. 1882, 2013.

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação.* Sua Aplicação às Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

LIMA, Fernanda da Silva; DUARTE, Mônica. O princípio da igualdade e não discriminação como norma jus cogens, na corte interamericana de direitos humanos. *Caderno de Relações Internacionais*, v. 8, nº 15, jul./dez. 2017.

MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, Montevideo, 2011, p. 463-483.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MEDEIROS, Enzo Gabriel Oliveira; MOREIRA, Thiago Oliveira; SILVA FILHO, Sérgio Bezerra da. A urgência de uma pedagogia antirracista: impactos da incorporação do art. 4, x, da nova convenção interamericana contra o racismo ao ordenamento jurídico brasileiro. *In*: *REJUR – Revista Jurídica da UFERSA,* Mossoró, v. 5, n. 9, jan./jun. 2021, p. 48 – 68, 2021.

MOREIRA, Adilson José. *Pensando como um negro:* ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MOREIRA, Adilson José. *Racismo recreativo.* São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira.* Natal: EDUFRN, 2015.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O direito internacional e as normas de jus cogens: uma questão filosófica. *Revista FIDES*, v. 3, n. 1, 2012, p. 24 - 42.

ONU BRASIL. *ONU – Direitos Humanos lança relatório sobre racismo sistêmico e pede fim de violência policial.* Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/133502-onu-direitos-humanos-lanca-relatorio-sobre-racismo-sistemico-e-pede-fim-de-violencia. Acesso em: 5 ago. 2021

ONU. *Década Internacional de Afrodescendentes*. Disponível em: http://decada-afro-onu.org/index.shtml. Acesso em: 17 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICADOS. *A CIDH apresenta caso sobre o Brasil perante a Corte Interamericana.* Disponível em: https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/213.asp. Acesso em: 17 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICADOS. *Caso Acosta Martínez y Otros Vs. Argentina*. 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_410_esp.pdf.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Compendium on equality and non-discrimination*. 2019. Disponível em: https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Compendium-EqualityNonDiscrimination.pdf Acesso em: 5 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICADOS. *Relatório nº 26/09, caso 12.440.* Disponível em: https://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil12440.b.port.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil.* Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIBEIRO, Djamila. *Quem tem medo do feminismo negro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SILVA, Mariana de Andrade da. *"Olha quem morre, então veja você quem mata"*: o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o reconhecimento do genocídio da população negra na violência policial, um estudo de casos: Wallace de Almeida e Favela Nova Brasília. 2018. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

SOLANES CORELLA, Á. La discriminación racial o étnica: marco jurídico, formas y protección. Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad,* p. 35-67, 2019.

SPINIELI, André Luiz Pereira. Há espaço para uma justiça racial interamericana? Novos estândares protetivos a partir do caso Acosta Martínez y otros VS. Argentina. *Revista Inclusiones*, v. 8, num 3 (2021): 299-307.

TJ-SP. *Agravo de Instrumento: 22050708220208260000*. SP 2205070-82.2020.8.26.0000, Relator: Alfredo Attié, Data de Julgamento: 30/03/2021, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/03/2021.

TRT-12. Ação Trabalhista. *ROT: 0001060-75.2018.5.12.0015.* Vara Do Trabalho De São Miguel Do Oeste do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Data de Publicação: 09/12/2019.

TRT-15. *ROT 0010344-27.2016.5.15.0102*, Relatora: Luciane Storel, 7ª Câmara, Data de Publicação: 19/08/2020.

La desaparición forzada de personas y la (in)aplicabilidad de los tratados internacionales sobre el tema en Brasil: un análisis del caso Edgar de Aquino Duarte

Elenilde Medeiros Diniz[1]
Thiago Oliveira Moreira[2]

1 INTRODUCCIÓN

La desaparición forzada de personas surgió como una forma de intimidación practicada por el régimen totalitario nazi, con el objetivo de dejar a las víctimas y a la población en general inconscientes de lo que pasaría con sus vidas si se rebelaban contra el sistema vigente. Sin embargo, fue durante las dictadutas que se desarrollaron en América Latina que la desaparición forzada de personas se convirtió en una verdadera afrenta a los más variados derechos humanos ya consagrados en el marco normativo internacional – que se había instituido principalmente después de la Segunda Guerra Mundial – lo que resultó en el desarrollo de documentos específicos para la prevención, protección y sanción de la ocurrencia de desapariciones forzadas de personas en todo el mundo.

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN. Discente-Pesquisadora no Grupo de Pesquisa (CNPq/UFRN) Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1367718316789074. E-mail: elenilde1992@gmail.com.

2 Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Doutor e Mestre em Direito pela Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Líder do Grupo de Pesquisa (CNPq/UFRN) Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8030681636075210. E-mail: thiago.moreira@ufrn.br.

En Brasil, la práctica se perpetuó especialmente entre los años 1964 a 1985, como método de intimidación y represión de los opositores políticos del régimen militar dictatorial, siendo el caso de la Guerrilha do Araguaia uno de los casos más emblemáticos de desaparición forzada de personas perpetrado por el Estado brasileño. Con todo, a pesar de este lúgubre pasado, el Brasil ha ratificado tratados internacionales sobre el tema, en un intento de hacer valer lo predominio de los derechos humanos, según lo previsto en el ítem II del art. 4 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

En este contexto, es imperativo señalar que solamente en junio de 2021, mediante sentencia dictada por el 9º Juzgado Penal Federal de São Paulo[3], el Ministerio Público Federal (MPF) obtuvo la primera condenación penal de un ex agente del régimen militar brasileño. En la decisión, el ex agente de la represión, Carlos Alberto Augusto, que trabajaba en el Departamento de Estado de Orden Político y Social de São Paulo (DOPS/SP), fue condenado a 2 años y 11 meses de prisión, en régimen semiabierto, por haber participado de la detención que fue el preludio de la desaparición forzada de Edgar de Aquino Duarte, desaparecido desde 1973.

A la luz de lo anterior, emerge la siguiente cuestión: ¿el Poder Judicial brasileño ha venido implementando adecuadamente el derecho humano a no desaparecer forzadamente, especialmente previsto en el ordenamiento jurídico internacional, o ha prevalecido la normativa interna en detrimento de los tratados internacionales relativos a la temática?

Desde ya se levanta la hipótesis de que la aplicación del Derecho Internacional por parte del juez brasileño es fundamental para la realización del derecho humano a no desaparecer forzadamente, especialmente en lo que refere al necesario uso de los tratados de derechos humanos relacionados con la desaparición forzada de personas para la efectiva investigación y sanción de esta práctica ocurrida en el escenario del régimen de excepción brasileño. Sin embargo, para que esto suceda, es fundamental que en las decisiones judiciales se aplique el Derecho Internacional, más especificamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), lo que, lamentablemente, no ha venido sucediendo, como se verá en lo presente escrito.

3 SENTENCIA del caso Edgar de Aquino Duarte. Disponible en: http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/sentenca-caso-edgar-aquino.pdf. Acceso en: 21 jun. 2021.

Para intentar dar respuesta a la pregunta y confirmar o no la hipótesis levantada, es necesario satisfacer algunos objetivos. En general, el objetivo es demonstrar, en teoría, que la adecuada aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es fundamental y necesaria para la realización del derecho humano a no desaparecer forzadamente, como ocurrió en la decisión del caso Edgar de Aquino Duarte. Además, para evaluar se efectivamente se está satisfaciendo este derecho humano y se están cumpliendo las obligaciones internacionales firmadas por Brasil, también será necesario alcanzar los siguientes objetivos específicos: a) analizar como se produjo la prática de la desaparición forzada de personas durante el período dictatorial militar brasileño; b) describir como los sistemas de la ONU y el Interamericano protegen la desaparición forzada de personas; y c) exponer la relevancia de la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la resolución judicial del caso Edgar de Aquino Duarte.

Para ello, se realizó una investigación cualitativa y exploratoria, partiendo del método del enfoque deductivo, con el fin de dar respuesta al problema en estudio. En un primer momento, se verifico como ocorrió la desaparición forzada de personas en el contexto del Estado de Excepción en Brasil. A continuación, se intentó enumerar los tratados internacionales sobre el tema, tanto del Sistema da la ONU como del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en un intento de examinar si el Brasil ha aplicado efectivamente o no estos tratados internacionales de derechos humanos en los casos de desaparición forzada que ocurrieron em território brasileño, especialmente durante el contexto dictatorial. Y, finalmente, se llevó a cabo el análisis de los documentos procesales y de la sentencia de Acción Penal nº 0011580-69.2012.4.03.6181, la cual fue elegida por tratarse de la primera sentencia de un tribunal brasileño en la que un ex agente de la dictadura militar fue condenado penalmente por los hechos cometidos durante la represión política brasileña, lo que representa, por tanto, el preludio de um posible ajuste de cuentas por parte del Estado brasileño con su pasado.

Es relevante, por lo tanto, que se lleve a cabo esta investigación, ya que el Brasil ha firmado obligaciones a nivel internacional derivadas de la firma de tratados de protección de los derechos humanos relacionados con la desaparición forzada de personas. Y, además, porque solamente ahora, en el año 2021, se produjo la primera condenación penal – aunque en primera instancia y pasable a recursos judiciales – de ex agente de la dictadura militar brasileño por violación de los derechos humanos, a pesar de que el Brasil ya tiene una condenación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso de desapariciones forzadas de personas el las riberas del Araguaia.

Finalmente, se espera que este escrito pueda contribuir, aunque sea de manera sencilla, a una mejor comprensión de como se ha abordado el tema de las desapariciones forzadas de personas en el ámbito de la jurisdicción brasileña, destacando la importancia de la decisión analizada para enjuiciar, juzgar y sancionar otros casos de desaparición forzada de personas en Brasil, ocurridos, en particular, entre los años 1964 y 1985.

2 LA PRÁCTICA DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS DURANTE LA DICTADURA MILITAR BRASILEÑA

Es innegable que durante el régimen militar dictatorial brasileño haya habido graves violaciones de los derechos humanos, especialmente en relación con quienes se oponían a la represión. De ese modo, es indispensable comprender como se produjeron las gravísimas violaciones a los derechos humanos relacionadas con la desaparición forzada de personas durante el período conocido como los "años del plomo".

2.1 LAS GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE LA DICTADURA MILITAR BRASILEÑA

El régimen de represión política brasileña, que se inició con el golpe de Estado del 31 de marzo de 1964, ha adoptado desde sus inicios medidas represivas contra la oposición. El *Ato Institucional núm. 1*, por ejemplo, fue editado con la intención de descarrilar acciones en oposición al nuevo régimen instituido en el país. Todavía, el uso de la violencia por parte del Estado aún estaba en pañales y persistían los mecanismos legales que garantizaban las libertades individuales de los opositores. Así, la autonomía del Poder Judicial y las limitaciones operativas impuestas al Departamento de Orden Político y Social (DOPS) frenaron el impacto de la violencia estatal a los ciudadanos[4].

De hecho, el alto grado de reglamentación y la judicialización de las prácticas represivas le dieron al régimen militar brasileño una apariencia de normalidad y legitimidad en sus primeros años, ya que existían limites institucionales reales al desempeño de las fuerzas de seguridad, que seguían un

4 PAULA, Celia Regina do Nascimento de; VIEIRA, Fernando Antônio da Costa. A Comissão da Verdade no Brasil: a luta pela memória em uma democracia fragilizada. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 121, maio 2020, p. 123-124.

estándar de conducta en el que el uso de la violencia no se mostraba ni tan massivo ni tan letal, como más tarde se convertiría[5].

En el campo, sin embargo, el régimen dictatorial impuso el terror y utilizó una violencia desenfrenada para contener la lucha de clases. Y con la publicación de AI-2, el nuevo régimen demostró su efectiva falta de compromiso con la democracia y entró en vigor una corriente de "línea dura" que buscaba contener definitivamente la "amenaza comunista" al Estado brasileño[6].

Entre los años de 1966 y 1968, sin embargo, se constató un nuevo levantamiento en la lucha opositora, que provocó que la violencia policial estallara en las calles, provocando una ola reaccionaria de movimientos estudiantiles y de otros sectores de la sociedad. Así, en un intento de agotar la fuerza del movimiento opositor, y en un intento de legitimar el resurgimiento efectivo de la violencia, se publicó lo *Ato Institucional núm. 5*, que suspendió el derecho de *habeas corpus* por delitos políticos y, en la práctica, validó el uso de violencia y arbitrariedad por parte del Estado, pues se permitían detenciones sin autorización judicial, y se estaban extirpando los mecanismos legales que garantizaban las libertades individuales de los ciudadanos, especialmente los que se oponían al régimen establecido en el período después del golpe[7].

Durante este período, como consecuencia, las guerrillas urbanas y rurales fueron combatidas sin piedad por el aparato militar-policial del régimen dictatorial. Al paso que, los numerosos secuestros, detenciones ilegales y arbitrarias, además de las sesiones de tortura que generalmente culminaban con la muerte de los opositores de la represión política, configuraron, en general, el comienzo de la ocurrencia de desaparición forzada de personas[8].

---

5 NETTO, Menelick de Carvalho; CARVALHO, Claudia Paiva; PINTO, Gabriel Rezende de Souza. Os desaparecimentos forçados e a clandestinidade do regime militar na mesma margem do Araguaia. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 6, nº 20, jul./set. 2012, p. 138-139.

6 PAULA, Celia Regina do Nascimento de; VIEIRA, Fernando Antônio da Costa. A Comissão da Verdade no Brasil: a luta pela memória em uma democracia fragilizada. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 121, maio 2020, p. 125.

7 *Ibid.* p. 127-129.

8 PERRUSO, Camila Akemi. O Brasil e o desaparecimento forçado de pessoas. *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 30, n. 1, p. 69.

La desaparición forzada de los guerrilleros de Araguaia, que incluía alrededor de 70 personas, entre militares y campesinos[9], se caracterizó como el caso más simbólico de la ruptura de la tradición legalista y conservadora del régimen militar, ya que los guerrilleros eran blancos privilegiados de la política de exterminio desarrollada por las Fuerzas Armadas brasileñas, en operaciones militares donde prevaleció el secreto absoluto y la clandestinidad[10].

En verdad, la Guerrilha do Araguaia representó el triunfo de la fase represiva más radical de la dictadura y de la clandestinidad del régimen, además de la consecución del objetivo de eliminar las ideologías radicales ampliamente combatidas por el Estado dictatorial, siendo la desaparición forzada de personas el instrumento por excelencia de este combate[11], a través del cual se conjugaba la necesaria política de exterminio para contener los movimientos de oposición y el secreto de las operaciones, este último imprescindible para el régimen en cuanto a la contención de la población en general, que creía ciegamente ser el régimen de excepción necesario para la contención de la invasión comunista.

Además de estos, otras desapariciones forzadas de personas durante el régimen militar dictatorial fueron denunciadas en el documento titulado *DOSSIÊ DOS MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS A PARTIR DE 1964*[12]. La propia Comisión de Familiares de Muertos y Desaparecidos Políticos, encargada de la elaboración del dossier, reconoció la desaparición de 138 personas – entre ellos Edgar de Aquino Duarte- en Brasil, en el período comprendido entre el 02/09/1961 al 05/10/1988, según se estableció en la Ley nº 9.140, de 04/12/1995[13]. Al paso que la Ley n. 10.536/02[14] amplió el período comprendido en la primera y la Ley n.

9 GALVÃO, Vivianny Kelly; CALHEIROS, Lívia Bandeira. O caso Araguaia: os desaparecimentos forçados no Brasil. *EM TEMPO* – Marília – v. 14 – 2015, p. 193.

10 NETTO, Menelick de Carvalho; CARVALHO, Claudia Paiva; PINTO, Gabriel Rezende de Souza. Os desaparecimentos forçados e a clandestinidade do regime militar na mesma margem do Araguaia. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Ano 6, nº 20, jul./set. 2012, p. 135.

11 *Ibid.* p. 140-141.

12 DOSSIÊ dos mortos e desaparecidos políticos a partir de 1964 / Comissão responsável Maria do Amparo Almeida Araújo... *et al.*, prefácio de Dom Paulo Evaristo Arns, apresentação de Miguel Arraes de Alencar. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1995, p. 444. Disponible en: https://www.academia.edu/24857609/DOSSI%C3%8A_DOS_MORTOS_E_DESAPARECIDOS_POL%C3%8DTICOS_A_PARTIR_DE_1964. Acceso en: 3 ago. 2021.

13 Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9140.htm. Acceso en: 1 ago. 2021.

14 Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10536.htm. Acceso en: 1 ago. 2021.

10.875/04[15] aumentó los criterios para caracterizar muertes, abarcando situaciones de manifestación pública, conflictos con agentes públicos y suicidio[16].

Es imprescindible resaltar, en dicho cuadro, que en los años posteriores al régimen de represión política, fue necesario movilizar a los familiares de los muertos y desaparecidos políticos para que no desaparecieran archivos, no se destruyeran documentos y para que el trabajo de identificación de las víctimas no se interrumpieran[17].

Según datos reportados por la Comisión Nacional de la Verdad (CNV), establecida en Brasil en 2012, se identificaron 210 desaparecidos y 33 desaparecidos cuyos cuerpos fueron localizados, además de 191 muertos, totalizando 434 casos de violaciones de derechos humanos, notablemente entre 1964 y 1985, en el territorio nacional[18].

Con la apertura de archivos y documentos, y también con la elaboración de informes sobre las atrocidades cometidas en el período más nebuloso y oscuro de la historia brasileña, se constató que la desaparición forzada de personas, especialmente de quienes se oponían al régimen militar, se ha convertido en una práctica común y muy extendida en los Departamentos de Orden Político y Social (DOPS)[19].

Se confirmó, por eso, sin lugar a dudas, que las desapariciones forzadas llevadas a cabo por el *ancien régime* casi siempre comenzaron con detenciones o prisiones ilegales, como sucedió con Edgar de Aquino Duarte, ya que no existía orden judicial de restricción de sus libertades. Y que fueron, ante esto, detenciones o prisiones arbitrarias, en las que los agentes del DOPS no se presentaban como policías, ni vestían uniformes que pudieran identificarlos. De hecho, la gente

15 Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.875.htm. Acceso en: 1 ago. 2021.

16 PERRUSO, Camila Akemi. O Brasil e o desaparecimento forçado de pessoas. *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 30, n. 1, p. 69.

17 PAULA, Celia Regina do Nascimento de; VIEIRA, Fernando Antônio da Costa. A Comissão da Verdade no Brasil: a luta pela memória em uma democracia fragilizada. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 121, maio 2020, p. 137.

18 *Ibid.* p. 140.

19 CORRÊA, Larissa Rosa. O departamento estadual de ordem política e social de São Paulo: as atividades da polícia política e a intrincada organização de seu acervo. *Histórica – Revista Eletrônica do Arquivo Público do Estado de São Paulo*, n. 33, 2008, p. 5.

simplemente desaparecía en cualquier momento del día, sin dejar rastro de su paradero.

Por lo demás, se puede decir que, después de los detenidos o presos mantenerse en celdas o "sótanos" insalubres, se llevaron a cabo sesiones de interrogatorio, acompañadas de torturas, malos tratos y otras formas de tratos crueles. Además, se le dio al detenido un régimen de incomunicabilidad, en el que no se le permitía entrar en contacto con amigos y familiares, manteniendo, en efecto, la clandestinidad y arbitrariedad de la "línea dura" del régimen militar dictatorial.

Por fin, el cautivo comprobaba extinguido su derecho a la libertad; su derecho a ser reconocido como persona ante la ley; su derecho a no ser sometido a torturas u otros tratos degradantes; su derecho a un juicio justo; su derecho a la vida familiar y, a menudo, su derecho a la vida. Como era de esperar, de los innumerables desaparecidos durante el régimen militar, la gran mayoría tuvo sus vidas truncadas, las familias ni siquiera tenían derecho a saber el paradero de los restos de sus parientes.

La desaparición forzada de innumerables personas, por lo tanto, sin que haya habido ni haya explicación alguna por parte del Estado brasileño, aún hoy, se configura como una de las más graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en Brasil. Y muchas de estas desapariciones quedan sin investigación y, peor aún, impunes, lo que nos lleva a reflexionar sobre el escenario de impunidad ya establecido que llevó al país a ser condenado por la Corte Interamericana en el caso de Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil[20].

2.2 EL ESCENARIO DE IMPUNIDAD ANTE LA LEY DE AMNISTÍA BRASILEÑA

A pesar de la ocurrencia de gravísimas violaciones de derechos humanos durante el régimen de excepción brasileño, durante el período de transición, con la inminente apertura de los grilletes para el inicio del proceso de redemocratización del país, fue aprobada la Ley nº. 6.683 de 28/08/1979 – la "Ley de Amnistía"[21], que otorgó "indulto" a todos aquellos que, en el período comprendido entre

20 Sentencia del caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acceso en: 8 ago. 2021.

21 Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm. Acceso en: 1 ago. 2021.

el 02/09/1961 y el 15/08/1979, cometieron delitos políticos o conexos con ellos.

Se perpetuó, en consecuencia, en nombre de la "justicia transicional", un verdadero escenario de impunidad, ya que el art. 1 de la Ley de Amnistía otorgó amnistía a todos los que cometieron delitos políticos, delitos de cualquier naturaleza relacionados con delitos políticos o cometidos por motivos políticos, en el período comprendido entre el 2 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979, y no otorgó amnistía a quienes fueron condenados por los delitos de terrorismo, agresión, secuestro y atentado personal, es decir, no se otorgó indulto a quienes cometieron actos considerados de oposición directa al régimen dictatorial vigente hasta entonces.

Lo que se puede ver, con esto, es que los verdugos se mantuvieron en libertad mientras las víctimas de la represión dictatorial brasileña continuaban en los "sótanos de la dictadura", mostrando que la referida legislación reflejaba la mentalidad conservadora de la sociedad brasileña incluso ante tan enormes atrocidades perpetradas en el régimen político represor.

No obstante, el Comité Brasileño de Amnistía (CBA) – fundado en 1978 en Río de Janeiro – ha luchado por el reconocimiento de las muertes y desapariciones forzadas de personas y por la rendición de cuentas de los agentes del Estado, sus reclamos no fueron contemplados por la Ley de Amnistía[22].

Lo que se puede decir, con esto, es que la promulgación de la Ley nº 6.683, de 28/08/1979, en nombre de la "transición pacífica" del régimen dictatorial al régimen democrático, provocó una amnesia nacional en relación a las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas en territorio brasileño durante los "años de plomo", resultando en una verdadera tragedia, ya que la sociedad brasileña nunca ha enfrentado su desastroso pasado, habiendo, de hecho, minimizado la violencia estatal y reducido la lucha por la verdad, la memoria, justicia y reparación[23].

Hay que subrayar, igualmente, que el escenario de impunidad de la Ley de Amnistía Brasileña se extiende hasta la actualidad, dado que en 2010 el *Supremo Tribunal Federal (STF)* mantuvo el entendimiento de que la amnistía prohíbe cualquier responsabilidad penal de los agentes estatales o colaboradores de

22 PAULA, Celia Regina do Nascimento de; VIEIRA, Fernando Antônio da Costa. A Comissão da Verdade no Brasil: a luta pela memória em uma democracia fragilizada. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, p. 129, maio 2020.

23 *Ibid.* p. 132.

la "terror" perpetrado por el sistema dictatorial, tal como se expone en la sentencia de la *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 153*, ya que la Corte Suprema de Brasil consideró que "la Ley de Amnistía fue el acto desencadenante del proceso de participación de la sociedad civil en las decisiones políticas del país, en un momento en el que era necesario ir más allá del régimen dictatorial para llegar a uno democrático" [24].

En este escenario, es necesario enfatizar que, debido a este entendimiento, el Estado brasileño fue condenando ante la Corte Interamericana en el caso de Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, ya que insiste en aplicar una normativa interna que imposibilita sancionar a los responsables de las numerosas violaciones de derechos humanos cometidas en el período 1964 a 1985, dificultando las investigaciones y el acceso a la justicia, impidiendo la solución de los casos y perjudicando las reparaciones a las víctimas y sus familias[25].

Es importante destacar, además, que las leyes de amnistía pueden ser admisibles cuando tienen el objetivo de restablecer la paz, siempre que no incluyan a quienes cometieron crímenes de lesa humanidad[26]. Sin embargo, la Ley de Amnistía brasileña no se ajusta a esta excepción de admisibilidad, ya que se caracteriza como un verdadero aparato legal que protege a los agentes de la represión política, que tuvo como objetivo y tiene como objetivo, aún hoy, evitar su rendición de cuentas por las graves violaciones de derechos humanos perpetradas en el régimen de represión política que se instaló en Brasil.

De este modo, la violación de los derechos humanos en relación con la desaparición forzada de personas y el escenario de impunidad establecido con la Ley de Amnistía brasileña muestran la debilidad del ordenamiento jurídico interno del Estado en la protección de los derechos humanos fundamentales para la comunidad internacional, como el derecho a no desaparecer por la fuerza, por ejemplo, que ha dado lugar a algunos tratados internacionales en la materia, con el objetivo de prevenir, proteger y sancionar la desaparición forzada de personas.

---

24 JUNG, Thais Michelle Winkler. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 153 e caso do Guerrilha do Araguaia: um caso de transconstitucionalismo? *Direitos Fundamentais & Justiça.* Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Imprenta: Porto Alegre, v. 7, n. 22, jan./mar. 2013, p. 242.

25 COSTA. Catarina Chaves. *As leis de anistia nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.* Desaparecimento forçado e justiça de transição: um guia a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Fi, 2019. p. 108-109.

26 *Ibid.* p. 123.

3 LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece parámetros mínimos para la actuación de los Estados, que en algunos casos se componen de normas de *jus cogens*[27], y sus determinaciones son de obligado cumplimiento para los Estados, ya que se establecen por consenso en el ámbito de los sistemas de protección de los derechos humanos.

La propia Conferencia de Viena reafirmó que los derechos humanos no son una cuestión de competencia exclusiva de los Estados, sino una cuestión mundial. Destacando, además, que la incorporación de los derechos humanos a nivel nacional y la adopción de medidas nacionales para implementar los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos son de suma importancia[28].

En este aspecto, es evidente que, en el contexto de las severas manchas a los derechos humanos sustancialmente llevadas a cabo durante la Segunda Guerra Mundial y durante los Regímenes Militares Dictatoriales en América Latina, el Sistema Universal y los Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos fueron creados, representando una forma de que las víctimas busquen la protección de sus derechos cuando el propio Estado se configura como autor de las violaciones[29], aunque estos sistemas se caracterizan por su complementariedad y subsidiariedad.

Teniendo en cuenta lo anterior, es fundamental entender como la desaparición forzada de personas está protegida por el Derecho Internacional

27 "São normas imperativas, fato que implica em certa restrição à autonomia dos Estados e a perda da faculdade de o governo dispor livremente dos seus interesses, submetendo-os aos ditames da ordem pública internacional. Vale ressaltar a importância da teoria do *jus cogens* para a ordem na comunidade internacional e como elemento dos crimes internacionais no atual Direito Internacional Penal. [...] além de obrigatória, os Estados não podem derrogá-la, a não ser que a derrogação seja oriunda de uma norma de igual quilate. A vontade isolada de um Estado ou de um grupo de Estados, então, não pode ofender uma norma cogente internacional." BENTES, Natalia Mascarenhas Simões. *Crime contra a humanidade e as normas jus cogens: o desaparecimento forçado*. Desaparecimento forçado e justiça de transição: um guia a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Fi, 2019. p. 33.

28 PERRUSO, Camila Akemi. O Brasil e o desaparecimento forçado de pessoas. *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 30, n. 1, p. 65.

29 MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira. Natal, RN: EDUFRN, 2015. p. 62.

de los Derechos Humanos, más específicamente en los Sistemas de la ONU y Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

3.1 LA LUCHA CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL SISTEMA ONUSIANO

El Sistema Global para la Protección de los Derechos Humanos - más conocido como Sistema de la ONU – conducido políticamente por la ONU, con énfasis en el Consejo de Derechos Humanos, tiene una importancia incuestionable para la sociedad internacional[30].

Y en lo que se refiere al combate a la desaparición forzada de personas, esta es una preocupación expresada por el sistema universal desde hace décadas, desde la primera Resolución de la Asamblea General de la ONU, nº. 33/173, relativa a la desaparición forzada de personas, fechada en 1978[31], hasta la adopción de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Resolución n. 47/133, del 18/12/1992[32], siendo este último el primer instrumento específico para abordar el tema a nivel internacional, y que afirmó la naturaleza de crimen de lesa humanidad que tiene la desaparición forzada de personas.

La Declaración antes mencionada ya lo dejó claro, en sus arts. 1º y 2º que la desaparición forzada de personas constituye un atentado a la dignidad humana, siendo una grave violación a los derechos humanos y libertades proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos[33]. Además, representa una violación de las normas del derecho internacional, en particular las que garantizan el derecho

30 MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira. Natal, RN: EDUFRN, 2015. p. 69.

31 PERRUSO, Camila Akemi. O Brasil e o desaparecimento forçado de pessoas. *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 30, n. 1. p. 67.

32 Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas – 1992. Disponible en: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-sobre-a-protecao-de-todas-as-pessoas-contra-os-desaparecimentos-forcados.html. Acceso en: 4 ago. 2021.

33 BENTES. Natalia Mascarenhas Simões. *Crime contra a humanidade e as normas jus cogens:* o desaparecimento forçado. Desaparecimento forçado e justiça de transição: um guia a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Fi, 2019. p. 45-46.

al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la libertad, el derecho a no ser sometido a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Sin olvidar que esta práctica viola y representa una grave amenaza al derecho a la vida.

De más a más, inquieto por la constatación de la frecuente y persistente ocurrencia de desapariciones forzadas de personas, especialmente en América Latina, y considerando que estos hechos violan los valores más profundos de cualquier sociedad comprometida con el respeto a lo Estado de Derecho Democrático, los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, el Sistema de la ONU adoptó la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CIPPTPCDF)[34] el 20/12/2006, con motivo del 61° período de sesiones de la Asamblea General de la ONU, mediante la Resolución N.º 61/177, habiendo sido ratificado por Brasil en noviembre de 2010[35].

En realidad, la CIPPTPCDF fue el primer instrumento global para prevenir y combatir la desaparición forzada de personas a nivel mundial, pues fue esta Convención la que consagró un nuevo derecho humano inderogable, estableciendo garantías en cuanto a la protección de la detención ilegal de cualquier persona en cualquier lugar; confirmando que la práctica generalizada y sistemática de la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad; incluyendo un concepto de víctima que se extiende a las familias de las personas desaparecidas; y permitiendo el uso de la jurisdicción universal para investigar, procesar y sancionar a los responsables de desapariciones forzadas de personas, además de establecer el Comité contra Desapariciones Forzadas[36].

Se resalta, en este escenario, que la CIPPTPCDF definió la desaparición forzada de personas como encarcelamiento, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea perpetrada por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, y la posterior negativa a admitir la privación de libertad o el ocultamiento del destino o paradero de la persona desaparecida, privándola así de la protección de la ley. Además de haber determinado, en su art. 4, la tipificación del delito de

34 Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm. Acceso: 1 ago. 2021.

35 PEREIRA, L. M. A convenção internacional para a proteção de todas as pessoas contra o desaparecimento forçado e seus impactos no Brasil. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL],* [S. l.], v. 18, n. 2, 2017, p. 382.

36 *Ibid.* p. 119.

desaparición forzada en la legislación interna de los países que han adoptado la Convención.

Aún en escala mundial, la lucha contra la desaparición forzada de personas también se desarrolla a través del Estatuto de Roma[37] – um tratado adoptado en 1998 en Italia y que estableció la Corte Penal Internacional (CPI) –, ya que este instrumento internacional enmarcaba la desaparición de personas como crimen de lesa humanidad, cuando se cometa como parte de un ataque, general o sistemático, contra cualquier población civil, con conocimiento de dicho ataque. Cualquier persona responsable del delito de desaparición forzada, con sujeción a los criterios del Estatuto de Roma y a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, puede ser juzgada por la Corte Internacional[38].

Por ello, se conformó en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, un *locus* que también atiende el tema de las desapariciones forzadas de personas, y que tiene una relevancia indispensable para combatir la perpetuación de esta práctica.

3.2 EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LA TEMÁTICA DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIPDH) surgió en 1948, con la adopción de la Carta de la OEA y la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, jugando un papel fundamental en la realización de los derechos humanos en todo el continente americano, prestando atención a las violaciones relacionadas con los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Integrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[39] (CIDH) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), órganos cuya función principal es promover

37 Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acceso en: 1 ago. 2021.

38 OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. Desaparecimento forçado de pessoas: conceito, desenvolvimento histórico e sua fenomenologia na interconexão entre direito penal internacional e direito internacional dos direitos humanos. *In*: *Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro*: problemas decorrentes da interconexão entre direito penal internacional e direito penal. Porto Alegre: Fi, 2016. p. 330-331.

39 Disponible en: http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp. Acceso en: 4 ago. 2021.

la observancia y defensa de los derechos humanos, aplicando e interpretando la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en litigio o asesoría.

En este escenario, es evidente que la misma preocupación que toma la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en relación a la desaparición forzada de personas también fue expresada por la Organización de los Estados Americanos (OEA), que se reflejó en la adopción de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CISDFP)[40], el 06/09/1994, en Belém do Pará, Brasil, con motivo del 24º Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, mediante Resolución n. 12556 (XXIV-0/94), que entró en vigor internacionalmente el 28/03/96, habiendo sido ratificado por Brasil solamente el 03/02/2014.

Su ratificación por parte de Brasil se debe a la presión ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso de Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil[41].

Cabe señalar que "el CISDFP fue el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante (aunque de alcance regional) para abordar el tema de la desaparición forzada de personas"[42]. Por tratarse de un fenómeno difícil de abordar, debido a la resistencia de los Estados a admitir la existencia de esta práctica en sus territorios nacionales y en proporcionar informaciones sobre los casos, así como a sancionar a los agentes y organismos involucrados, no se posible, durante mucho tiempo, que existiera un marco legal vinculante a nivel internacional y/o regional en relación con la desaparición forzada de personas. Por lo demás, la propia complejidad de los casos de desaparición forzada de personas ha frenado la respuesta internacional y regional, aunque ya se conocían las atrocidades cometidas por los regímenes militares de los países del Cono Sur, especialmente en relación con la práctica de la desaparición forzada de personas[43].

Se resalte, también, que la CISDFP, en su texto, afirma que la desaparición forzada de personas "viola múltiples derechos humanos esenciales, de carácter irrevocable", tratando este fenómeno como múltiples, continuas o

40 Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm. Acceso en: 4 ago. 2021.

41 PEREIRA, L. M. As convenções sobre o desaparecimento forçado de pessoas: breves reflexões sobre seus impactos na ordem jurídica brasileira. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, abr./jun. 2018, p. 118-119.

42 *Ibid.* p. 119.

43 *Ibid.* p. 382.

permanentes violaciones de los derechos humanos y la caracteriza como crimen de lesa humanidad. Reforzando, igualmente, la exclusión de la competencia de los tribunales militares o especiales para juzgar este delito, la imprescriptibilidad de la acción penal resultante de la desaparición forzada, así como la imposibilidad de alegar la existencia de leyes de amnistía o medidas similares para impedir lo cumplimiento de las disposiciones firmadas en la Convención[44].

Dado este marco de regulaciones, normas y estándares, que demuestran la necesaria adaptación y adecuación de los Estados a lo dispuesto en las referidas Resoluciones, Declaraciones y Convenciones, es necesario comprender, aunque en términos generales, la relevancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la resolución del caso Edgar de Aquino Duarte.

4 LA PERTINENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO EDGAR DE AQUINO DUARTE

Según datos del Portal del Ministerio Público Federal (MPF)[45], las acciones destinadas a la condenación penal de ex agentes de la dictadura militar brasileña por delitos como la desaparición forzada de personas, en su mayoría, son rechazadas o paralizadas en Tribunales federales en todo el país.

Por lo tanto, la internalización de los tratados de derechos humanos relacionados con la desaparición forzada de personas concierne no solo a la prevención de futuras desapariciones forzadas, sino que, sobre todo, impulsa al ordenamiento jurídico nacional a investigar los hechos e identificar a los responsables de las desapariciones forzadas ocurridas en el período dictatorial, proporcionando, por ejemplo, la ubicación de los restos mortales de las víctimas y la vigencia del derecho a la verdad, la memoria y la justicia de los familiares de las víctimas y de la sociedad en general, además de la debida indemnización, de ahí la deber de aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales nacionales es una medida necesaria[46].

---

44 PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cortez da Cunha. *Desaparición forzada de personas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Desaparición Forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Balance, impacto y desafíos, México, n. 1, abr. 2020, p. 29-32.

45 Disponible en: http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-obtem-sentenca-historica-contra-ex-agente-da-repressao-por-crime-politico-na-ditadura. Acceso en: 21 jun. 2021.

46 PERRUSO, Camila Akemi. O Brasil e o desaparecimento forçado de pessoas. *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 30, n. 1, p. 72.

Solamente desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es posible perseguir penalmente a los responsables de gravísimas violaciones a los derechos humanos, así como se puede darse cuenta con el examen de la decisión en el caso Edgar de Aquino Duarte, en el que el clara relevancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) – materializado en las Declaraciones y Convenciones – ya que su aplicación resultó ser fundamental y necesaria para la realización de la protección de los derechos humanos de Edgar de Aquino Duarte en relación con la investigación y sanción de su verdugo Carlos Alberto Augusto.

Dicho esto, el último capítulo de este trabajo abordará el contexto fáctico de la desaparición forzada de Edgar de Aquino Duarte y, a partir del análisis de la Decisión en ese caso, demostrará la relevancia de la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la resolución, en el ámbito del poder judicial brasileño, de la desaparición forzada de Edgar de Aquino Duarte.

4.1 EL CONTEXTO FÁCTICO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE EDGAR DE AQUINO DUARTE

Edgar de Aquino Duarte, hijo de José Geraldo Duarte y Francisca Maria Duarte, nació el 22 de febrero de 1941 en Bom Jardim, municipio de Pernambuco. Después de terminar la escuela secundaria (bachillerato), se unió a la Armada de Brasil, convirtiéndose en Cabo de la Infantería de Marina. A principios de 1964, participó en la Asociación de Marineros e Infantes de Marina de Brasil, oponiéndose al golpe de Estado de 1964, con motivo de la Revolta dos Marinheiros.

Los detalles de la persecución de Edgar se pueden encontrar en los apéndices del libro *Brasil: Nunca Mais*[47]. De manera que, en el proceso nº 179/1964 se dice: "Edgar de Aquino Duarte, calificado en las páginas nº 303, por el siguiente agravio: En la noche del 1 de octubre de 1963 se realizó una Asamblea General Extraordinaria en la sede de la Asociación de Marineros e Infantes de Marina de Brasil, en la calle São José, nº 84, 3er piso, en esta ciudad".

En otro anexo del mismo libro, más precisamente en la página 1416[48], se prueba que Edgar fue absuelto de los cargos que se le impusieron por su participación política en la Revuelta de los Marineros, según un documento de

47 Disponible en: http://bnmdigital.mpf.mp.br/pt-br/. Acceso en: 29 ago. 2021.

48 Disponible en: http://bnmdigital.mpf.mp.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=BIB_06&pesq=-edgar+de+aquino+duarte&pasta=bnm_508. Acceso en: 29 ago. 2021.

fecha 15/09/1966, que señala que "Edgar Aquino Duarte es otro cuya participación y responsabilidades no fueron debidamente comprobadas".

Incluso después de su absolución, como consecuencia de su papel en la Revolta dos Marinheiros, en junio de 1964, Edgar se vio obligado a exiliarse en México, habiendo viajado más tarde a Cuba, donde se casó, regresando a Brasil en octubre de 1968. Después de su regreso a Brasil, Edgar vivió clandestinamente en São Paulo, actuando como Agente de Bolsa a nombre de Ivan Marques Lemos hasta su arresto en junio de 1971, realizado por DOPS/SP y DOI-CODI/SP.

La detención arbitraria y política de Edgar, ocurrida el 2 de junio de 1971, se produjo en su apartamento, donde se hospedaba José Anselmo dos Santos – cabo Anselmo – y fue realizada por dos personas que se identificaron en la entrada como amigos de Edgar. Según el testimonio de María José Fernandes Willumsen, los individuos que se identificaron como amigos "salieron del edificio abrazando a Iván, uno a cada lado, y éste tenía cara de terror, con ojos de sobresalto, como si quisiera comunicarse con el portero, pero los chicos no les dejaban hablar"[49].

Cabe señalar que luego de ser secuestrado ilegalmente y encarcelado desde el 13/06/1971, la documentación conservada en el Archivo Público del Estado de São Paulo y las abundantes pruebas testimoniales producidas en la investigación, corroboradas por los testimonios de activistas políticos quienes fueron encarcelados, tanto en el DOI-CODI como en el DOPS, dan fe de que Edgar estuvo en las dependencias de estos dos órganos de represión política del Estado dictatorial de São Paulo.

Visto por la última vez en junio de 1973, en DOPS/SP, los testigos informaron que Edgar tenía barba, estaba peludo y estaba muy debilitado físicamente. También indicaron que los carceleros lo sacaron de su celda en el *fundão* del DOPS/SP y lo llevaron a un pasillo y le dijeron que debía tomar el sol porque pronto sería liberado. Sin embargo, esto fue una farsa, Edgar rápidamente comentó a otros internos: "Me van a matar y dicen que me van a liberar". En una de estas ocasiones lo llevaron a la cárcel en una campana, donde lo golpearon y uno de sus verdugos le gritó: "Te metiste con secretos de Estado, tienes que morir".

Posteriormente, María José Fernandes Willumsen y su esposo buscaron al abogado Virgílio Egydio Lopes Enei, quien interpuso varios *habeas corpus* a favor de Edgar, los cuales no fueron aceptados por no estar la paciente en prisión.

49 Sentencia del caso caso Edgar de Aquino Duarte – Disponible en: http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/sentenca-caso-edgar-aquino.pdf. Acceso en: 21 jun. 2021.

Entonces, luego de presentar un orden de alejamiento, que fue aceptado, se obtuvo la información como respuesta de que Iván había sido detenido para las investigaciones, pero había sido liberado.

También en el anexo del libro *Brasil: Nunca Mais*, se puede observar un oficio emitido el 23 de julio de 1973 por el Juez Auditor Dr. José Paulo Paiva con la siguiente solicitud al director del DOPS/SP: "Solicito que se informe a este Tribunal si EDGAR DE AQUINO DUARTE se encuentra preso en este Departamento" [50].

La Comisión de Familiares de Muertos y Desaparecidos Políticos reconoció la desaparición de Edgar de la lista de desaparecidos políticos adjunta a la Ley N.º 9.140/95 en el proceso 029/96 del 12/04/1995.

De esa manera, en cuanto al contexto fáctico de la desaparición forzada de Edgar de Aquino Duarte, en suma, tuvo su libertad restringida desde el 13/06/1971, mediante secuestro cometido en el contexto de ataque estatal sistemático y generalizado contra la población, habiendo sido arrestado por Carlos Alberto Augusto – lo cual era investigador policial adscrito al Departamento de Orden Político y Social – permanentemente privado de su libertad, inicialmente en las instalaciones del DOI-CODI (Destacamento de Operaciones de Información – Centro de Internamiento Operaciones de Defensa), y, posteriormente, en las instalaciones del DOPS, siendo ignorando su paradero hasta el día de hoy.

Como resultado de los acontecimientos narrados, el 17/10/2012 el Ministerio Público Federal interpuso una denuncia contra Carlos Alberto Brilhante Ustra, Alcides Singillo y Carlos Alberto Augusto, la cual fue recibida el 23/10/2012 por el Juzgado Federal del Estado de São Paulo y se está procesando en el 9º Juzgado Penal Federal de São Paulo.

4.2 POR EL FIN DE LA IMPUNIDAD DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN BRASIL

El caso de Edgar de Aquino Duarte es solo uno, entre muchos otros, relacionado con la desaparición forzada de personas, que requiere la investigación y rendición de cuentas de sus agentes por parte del Poder Judicial brasileño, en lo que podría llamarse un "verdadero ajuste de cuentas" del Estado brasileño con sus nacionales – siendo la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos

50 Disponible en: http://bnmdigital.mpf.mp.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=BIB_07&pesq=edgar+de+aquino+duarte&pasta=bnm_693. Acceso en: 29 ago. 2021.

Humanos en las decisiones judiciales el medio más adecuado para poner fin a la impunidad relacionada con la desaparición forzada de personas, como ocurrió en la histórica y paradigmática decisión relacionada con el caso Edgar de Aquino Duarte, como se demonstrará.

Ante todo, en relación con la Denuncia[51] del caso bajo análisis, cabe señalar que el Procurador de la República en el Estado de São Paulo denunció a Carlos Alberto Brilhante Ustra, Alcides Singillo y Carlos Alberto Augusto, por incurrir en las sanciones del artículo 148, §2, del Código Penal brasileño, por haber privado ilegalmente a Edgar de Aquino Duarte (Ivan Marques Lemos) de su libertad desde el 13 de junio de 1971, mediante un secuestro cometido en el contexto de un ataque estatal sistemático y generalizado contra la población, tiendo total conocimiento de las circunstancias de este ataque. La pieza inaugural también señaló que la víctima habría sufrido un sufrimiento físico y moral muy grave, debido a los malos tratos que ilegalmente habría causado el imputado.

Además, la denuncia presentó un amplio abanico de pruebas documentales y testimoniales que acreditarían tanto la materialidad del delito de secuestro como la autoría delictiva, fundamentalmente en base a: i) lo previsto en el art. 153, §12, de la Constitución de 1969[52], que demuestra la ilegalidad de la detención de Edgar de Aquino Duarte; ii) en la incidencia del calificativo del §2 del art. 148 del Código Penal brasileño; iii) en los entendimientos adoptados por el Supremo Tribunal Federal (STF) en la sentencia de Extradiciones nº. 974, 1150 y 1278; iv) en el entendimiento adoptado por el Segundo Juzgado Federal de la Subsección Judicial de Marabá, en dos decisiones para recibir denuncias presentadas contra militares acusados de secuestro de disidentes políticos involucrados en la denominada "Guerrilha do Araguaia", a partir de 1973; y v) en el hecho de que el secuestro es un delito de naturaleza permanente, ya que la conducta delictiva sigue en curso, ya que Edgar de Aquino Duarte permanece privado ilegalmente de su libertad, ya que esta fue la situación en la que se encontraba cuando fue visto por última vez.

Posteriormente se recibió la denuncia, el 23/10/2012. Así, los imputados fueron citados y convocados, y presentaron respuesta escrita a la acusación, a través de sus defensas constituidas. Y en la continuación del caso, ante la ausencia de

51 Denuncia del caso Edgar de Aquino Duarte. Disponible en: http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/upload/001-denuncia-mpf-edgar.pdf. Acceso en: 29 ago. 2021.

52 O Art. 153, §12, da Constituição de 1969 estabelecia claramente que "a prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não fôr legal."

causas de absolución sumaria, se llevaron a cabo las audiencias de los testigos, los informantes, los testigos de la defensa y los testigos de la Corte.

El 24/04/2014, debido a la medida cautelar otorgada en la Demanda 19760/SP, se suspendió la Acción Penal bajo análisis. Sin embargo, el 13/11/2015 se desestimó la Demanda sin resolución de fondo, por la muerte del imputado Carlos Alberto Brilhante Ustra (denunciante), por lo que se declaró extinguida la pena para el.

El 10/03/2016, debido a una nueva medida cautelar, ahora otorgada en la Demanda 22616/SP, el hecho fue nuevamente suspendido, y el tribunal informó la muerte del imputado Alcides Singillo, habiendo declarado también la extinción de su pena, el 02/17/2020. Así pues, extinguida la Denuncia 22616/SP sin sentencia de fondo, se determinó que el caso seguiría adelante y el interrogatorio de Carlos Alberto Augusto se realizaría el 19/11/2020.

Más adelante, en Memoriales[53], el Ministerio Público Federal agregó que los hechos narrados en la denuncia y imputados a Carlos Alberto Brilhante Ustra, Alcides Singillo y Carlos Alberto Augusto constituyen crímenes de lesa humanidad, debido al carácter sistemático y generalizado de los ataques cometidos por agentes de la dictadura militar contra la población brasileña, debiendo, por eso, incidir sobre ellos las consecuencias jurídicas derivadas de la subsunción de las reglas de *jus cogens* del Derecho Internacional, especialmente las referidas a la imposibilidad de otorgar amnistía a estos agentes y la imprescriptibilidad de la acusación en estos casos.

Igualmente, el organismo ministerial se refirió a la incompatibilidad de las decisiones de la Corte Interamericana con la decisión de ADPF nº. 153, así como demostró la fuerza vinculante de las decisiones de la citada Corte, cotejando varias decisiones y jurisprudencias. Adicionalmente, sostuvo la no ocurrencia del delito de homicidio y la imposibilidad legal de reconocimiento de la muerte de Edgar de Aquino Duarte, porque no existía certeza de su muerte, sea por la identificación de sus restos mortales, o por el informe objetivo de testigos que describieron claramente las circunstancias del evento muerte.

El MPF también argumentó que la conducta tipificada es la del art. 148, §2, del Código Penal brasileño, y en cuanto a su permanencia, destacó que

53 Alegatos Finales del MPF, en Memoriales, del caso Edgar de Aquino Duarte. Disponible en: http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/0011580-memoriais-edgard-de-aquino-1.pdf. Acceso en: 30 ago. 2021.

hasta que se conozca el paradero de Edgar de Aquino Duarte, la privación ilegal de libertad se mantiene, ya que, a pesar del art. 1 de la Ley n.º 9.140 de 04/12/1995 ha reconocido a la víctima como oficialmente muerta, se trata de una presunción relativa de muerte, con una finalidad claramente humanitaria, con miras a no prolongar ninguna reparación material debida a los familiares.

En conclusión a lo anterior, el *Parquet* Federal reafirmó la imputación de secuestro calificado a Carlos Alberto Augusto, enfatizando que el crimen se caracteriza como lesa humanidad y tiene carácter permanente. Afirmó expresamente la imposibilidad de invocar la Ley de Amnistía en el caso, destacando el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana y su incompatibilidad con la ADPF n.º 153. Y, finalmente, solicitó la condenación del imputado Carlos Alberto Augusto y como consecuencia de la condenación, la pérdida del cargo público que ocupaba el imputado, de Delegado de Policía Civil.

La defensa de Carlos Alberto Augusto, también a través de Memoriales, solicitó la absolución del imputado, con base en el artículo 386 incisos I, II y III del CPP, es decir, porque se probó la inexistencia del hecho y no hubo prueba de la existencia del hecho, o incluso porque el hecho no constituye delito.

Superada la fase instruccional y probatoria de la Acción Penal n.º 0011580-69.2012.4.03.6181, el Juez Federal Silvio Cesar Arouck Gemaque, del 9º Juzgado Penal Federal de São Paulo, emitió la paradigmática sentencia que es objeto de análisis en este escrito, por ser histórica y pionera – em el sentido de ser la primera condenación penal de un ex agente de la dictadura militar – y por su papel en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la solución del caso de la desaparición forzada de Edgar de Aquino Duarte.

La referida Acción Penal y la sentencia dictada en ella merecen ser destacadas, por tanto, por las siguientes razones:

I. Por lo recebimiento de la denuncia por el 9º Juzgado Penal Federal de São Paulo, incluso bajo la Ley de Amnistía Brasileña, pues, em virtud la de aplicación de esta ley los imputados Carlos Alberto Brilhante Ustra, Alcides Singillo y Carlos Alberto Augusto no podían ser considerados responsables por la desaparición forzada de Edgar de Aquino Duarte. Por tanto, ya en este primer momento procesal, se da la transposición de las normas internas por las normas internacionales que impiden la aplicación de las

leyes de amnistía, teniendo, por tanto, la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

II. Por la categorización de la acusación penal como desaparición forzada de personas, ya que el tribunal prolativo entendió que los crímenes pactados durante la dictadura militar, en un contexto de amplio ataque contra grupos de oposición, son crímenes de lesa humanidad, según la comprensión del derecho penal internacional – en particular el incluido en el Estatuto de Roma –, según tratados internacionales y decisiones de órganos y Tribunales internacionales de los que Brasil forma parte, dando lugar, por tanto, a un régimen jurídico especial, como el de la imprescriptibilidad penal y la imposibilidad de aplicar leyes de amnistía al caso concreto. Una vez más, prevaleció acertadamente la aplicación de lo DIDH.

III. Porque entendió que las normas penales internacionales, los juicios penales internacionales y las costumbres consideran los delitos imputados por la acusación como imprescriptibles y no sujetos a amnistía, y el delito de secuestro se puede caracterizar como desaparición forzada de personas, según ha decidido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

IV. Por haber manifestado que Brasil tiene la obligación de cumplir con los tratados internacionales pactados, así como de aplicar estos paradigmas en el derecho penal y procesal penal brasileño. Inmediatamente, algo bastante innovador, considerando que, incluso después de la condenación de Brasil en el caso de Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, el Poder Judicial brasileño había permanecido inerte frente a las determinaciones contenidas en la Sentencia de la Corte Interamericana, que incluye tipificar el delito de desaparición forzada de personas en el ordenamiento jurídico nacional.

V. Porque reafirmó la configuración de los hechos denunciados como graves violaciones a los derechos humanos, más específicamente como un crimen de lesa humanidad, como lo establece el Estatuto de Roma. Agregando, además, que la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Brasil ya reconoció el carácter de crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas en la sentencia de Extradición 1362/DF, y que el Poder Judicial brasileño no puede eludir este entendimiento.

VI. Por demostrar que la Resolución 33/173 de la Asamblea General de la ONU del 20/12/1978 ya había definido las medidas a ser tomadas por los Estados, 1 (un) año antes de la creación de la Ley de Amnistía Brasileña, enfatizando que la comunidad internacional y el propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos ya rechazaba la aplicabilidad de las leyes de amnistía en relación a las ejecuciónes de violaciones de derechos humanos.

VII. Por mostrar que, en materia de prescripción, la Corte Interamericana ha reconocido que son inadmisibles las disposiciones sobre prescripción destinadas a prevenir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, destacando que el Estado brasileño está sujeto a la jurisdicción de la citada Corte, de conformidad con el art. 62 del Pacto de San José de Costa Rica, promulgado por Decreto 678/92, por lo que no puede considerar prescrito el "secuestro político" de Edgar de Aquino Duarte.

VIII. Porque destaca que, en cuanto a la imprescriptibilidad, el STF, en Extradición 1150/2011 y, más recientemente, en Extradición 1270/17, ya se ha pronunciado sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes, como el delito de secuestro.

IX. Porque, de manera categórica, muestra la insuficiencia de la Ley de Amnistía y de la Sentencia ADPF No. 153/2010 en relación con el marco normativo internacional, revelando que el propio STF entiende como imprescriptibles los delitos permanentes, en los que el delito de desaparición forzada de personas o de secuestro de presos políticos se encaja, siendo la sentencia de Extradición 1270/2017 posterior a la sentencia ADPF N.º 153/2010, sobre la aplicación de la ley de amnistía.

X. Porque afirma que, en lo que respecta a el control de constitucionalidad, los tribunales internos deben preocuparse por el control de convencionalidad, por lo que es deber del Poder Judicial brasileño hacer plenamente efectivo en el derecho interno del país lo que quedó disciplinado en los tratados internacionales y en las convenciones internacionales de derechos humanos de los que forma parte, teniendo también en cuenta la interpretación que se les dé. En otras palabras, la sentencia paradigmática mostró que la aplicación de los tratados de derechos humanos y también sus interpretaciones es un deber

de los tribunales internos, ya que se deriva del orden público internacional, y no puede ser sustraído por ningún motivo, bajo pena de responsabilidad internacional del Estado.

XI. Por haber enfatizado que cualquier juez brasileño puede utilizar los tratados internacionales incorporados por el Estado brasileño, e incluso puede basarse en ellos para declarar inválida una ley que los ofende, como la Ley de Amnistía Brasileña. De manera que, la sentencia demuestra, más que acertadamente, que los tribunales deben hacer plenamente efectivo en el derecho interno brasileño lo que quedó disciplinado en los tratados internacionales de derechos humanos de los que forma parte, ya que no es concebible que un país tenga como principio constitucional la prevalencia de los derechos humanos en sus relaciones internacionales y no cumple con los tratados relacionados con este tema, en su totalidad.

XII. Por haber demostrando que, si bien el propio STF ya comprendió la aplicación de la supralegalidad de las normas convencionales, cuando se pronunció sobre la imposibilidad de encarcelamiento civil del depositario infiel, el Poder Judicial brasileño ha permanecido inerte durante todos estos años, con una omisión concreta en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en las decisiones judiciales, ya que insiste en no adoptar normas convencionales, que se caracterizan como supralegales, en detrimento de las normas internas.

XIII. Por aducir que la rendición de cuentas de posibles delitos de secuestro – delito permanente cuya consumación se prolonga en el tiempo – practicado en el contexto de la represión de la dictadura, no se logra con la Ley de Amnistía, ni por este hecho, es decir, por la perpetuidad de sus efectos en el tiempo, o por los numerosos tratados internacionales de los que el país es parte y que tipifican la desaparición forzada de personas como un crimen de lesa humanidad, incluso bajo la Ley de Amnistía. Se trata de un verdadero *jus cogens* cuya aplicación no puede pasar desapercibida.

La sentencia analizada, por tanto, es paradigmática, porque es la primera del Poder Judicial brasileño, en casos de desaparición forzada de personas, en los que

se cumple la obligación del Estado brasileño asumida en los tratados internacionales pactados[54], a pesar de la existencia de la Ley de Amnistía. Además, representa una verdadera apertura de los "sótanos" de la dictadura militar brasileña, y debe ser tomado como base y referencia para el Poder Judicial brasileño, ya que demostró que la rendición de cuentas de los imputados por violaciones de derechos humanos en Brasil, especialmente relacionados a los delitos cometidos durante la dictadura militar brasileña, como en el caso de la desaparición forzada de Edgar de Aquino Duarte, solo se materializan mediante la aplicación del Derecho Internacional por parte del juez brasileño.

5 CONCLUSIÓN

Lo que surgió del análisis de este tema relacionado con la desaparición forzada de personas es que el Poder Judicial brasileño no ha venido implementando adecuadamente el derecho humano a no desaparecer forzadamente, previsto en el ordenamiento jurídico internacional. Por el contrario, ha prevalecido la normativa interna brasileña, como la Ley de Amnistía y el entendimiento de la Corte Suprema en cuanto a su aplicación, a juzgar por la ADPF N.º 153, ya que la decisión judicial analizada en este artículo representa sólo la primera condenación de un ex agente de la dictadura militar en Brasil, despúes de aproximadamente 50 años del cometimento del delito de desaparición forzada de Edgar de Aquino Duarte.

Además, con el análisis de la sentencia de Acción Penal N.º 0011580-69.2012.4.03.6181, fue posible confirmar la hipótesis de que, en Brasil, para la resolución de casos de violaciones de derechos humanos, especialmente en lo que respecta a desapariciones forzadas de personas, la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte del juez brasileño es una medida más que necesaria – es esencial – para la realización del derecho humano a no desaparecer forzadamente, lo que incluye la lucha por la verdad, la memoria, la justicia y la reparación, superando, de esta manera, la aplicación de la ley de amnistía y el establecimiento del plazo de prescripción de la acción penal.

Lo que también se verifica es que el Estado brasileño comienza a discutir internamente su herencia del período dictatorial, pero aún no cumple plenamente con las determinaciones establecidas por el Derecho Internacional de los Derechos

54 Los expedientes de la Acción Penal N.º 0011580-69.2012.4.03.6181 fueron remitidos (como recurso de apelación) al Juzgado Regional Federal de la 3ª Región, ya que tanto lo MPF como la Defensa apelaron la sentencia.

Humanos (DIDH) sobre la desaparición forzada de personas, así como si adapta bien lentamente en el cumplimiento de lo acordado en las Convenciones Internacionales e Interamericanas relativas a la desaparición forzada de personas, aunque estas dos normas internacionales ya han sido ratificadas e internalizadas a través de Decretos.

Por lo tanto, a pesar de tener legislación y principios contra la violación de los Derechos Humanos, de hecho, Brasil atraviesa un arduo proceso de adaptación y renovación, con la tardía implementación de Tratados Internacionales específicos sobre la desaparición forzada de personas, aún existiendo la Ley de Amnistía, que resulta ser un verdadero obstáculo para la condena de ex agentes de la represión política, a pesar de que la citada sentencia judicial ha sorteado este obstáculo y aplicado lo DIDH de manera histórica y pionera, de ahí su importancia para abrir nuevos caminos contra la impunidad relacionada con las desapariciones forzadas de personas en Brasil.

No se verifica, efectivamente, en Brasil la protección del Estados contra la desaparición forzada de personas, ni la proactividad en investigar, enjuiciar y juzgar las desapariciones ocurridas durante el régimen dictatorial, incluso después de la condenación brasileña ante la Corte Interamericana en el citado caso Gomes Lund y Otros vs. Brasil, lo que se corrobora con la insistencia en la aplicación de la Ley de Amnistía, que prevalece sobre las normas de los tratados internacionales de derechos humanos relacionados con la desaparición forzada de personas.

Es urgente, en este escenario, realizar cambios en el ámbito legislativo (realizando la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Código Penal brasileño), en el ámbito ejecutivo (siguiendo y aplicando los tratados de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado brasileño en relación con la desaparición forzada de personas), y en el ámbito del poder judicial (utilizando las normas convencionales internacionales y regionales en la toma de decisiones), para que solo así se pueda poner fin a la impunidad de la desaparición forzada de personas en Brasil.

REFERENCIAS

BENTES. Natalia Mascarenhas Simões. *Crime contra a humanidade e as normas jus cogens:* o desaparecimento forçado. Desaparecimento forçado e justiça de transição: um guia a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos [recurso eletrônico] – Porto Alegre, RS: Fi, 2019.

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

BRASIL. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.* Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016.* Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm. Acesso em: 4 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016.* Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8767.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.* Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995.* Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9140.htm Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.536, de 14 de agosto de 2002.* Altera dispositivos da Lei no 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconhece como mortas pessoas

desaparecidas em razão de participação, ou de acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10536.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.875, de 1º de junho de 2004.* Altera dispositivos da Lei no 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.875.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.

CORRÊA, Larissa Rosa. O departamento estadual de ordem política e social de São Paulo: as atividades da polícia política e a intrincada organização de seu acervo. *Histórica – Revista Eletrônica do Arquivo Público do Estado de São Paulo*, n.33, 2008, p. 1-11. Disponível em: http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao33/materia04/texto04.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

COSTA. Catarina Chaves. *As leis de anistia nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.* Desaparecimento forçado e justiça de transição: um guia a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Fi, 2019.

DOSSIÊ dos mortos e desaparecidos políticos a partir de 1964. Comissão responsável Maria do Amparo Almeida Araújo... *et al.*, prefácio de Dom Paulo Evaristo Arns, apresentação de Miguel Arraes de Alencar. Recife: Companhia Editora Pernambuco, 1995, p. 444. Disponível em: https://www.academia.edu/24857609/DOSSI%C3%8A_DOS_MORTOS_E_DESAPARECIDOS_POL%C3%8DTICOS_A_PARTIR_DE_1964. Acesso em: 3 ago. 2021.

GALVÃO, Vivianny Kelly; CALHEIROS, Lívia Bandeira. O caso Araguaia**:** os desaparecimentos forçados no Brasil. *EM TEMPO* – Marília, v. 14 – 2015, p. 186-204.

JUNG, Thais Michelle Winkler. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N° 153 e caso do Guerrilha do Araguaia: um caso de Transconstitucionalismo? *Direitos Fundamentais & Justiça,* p. 237-256. Pontifícia

Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Imprenta: Porto Alegre, v. 7, n. 22, jan./mar. 2013.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira.* Natal/RN: EDUFRN, 2015. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/19482/4/A%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Tratados%20Internacionais%20de%20Direitos%20Humanos.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021.

MPF obtém sentença histórica contra ex-agente da repressão por crime político na ditadura. Portal do MPF, 2021. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-obtem-sentenca-historica-contra-ex-agente-da-repressao-por-crime-politico-na-ditadura. Acesso em: 21 jun. 2021.

NETTO, Menelick de Carvalho; CARVALHO, Claudia Paiva; PINTO, Gabriel Rezende de Souza. Os desaparecimentos forçados e a clandestinidade do regime militar na mesma margem do Araguaia. *Direitos Fundamentais & Justiça* – Ano 6, nº 20, jul./set. 2012, p. 135-155.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. Desaparecimento forçado de pessoas: conceito, desenvolvimento histórico e sua fenomenologia na interconexão entre direito penal internacional e direito internacional dos direitos humanos. *In*: Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro: problemas decorrentes da interconexão entre direito penal internacional e direito penal, p. 265-381. Porto Alegre: Fi, 2016.

PAULA, Celia Regina do Nascimento de; VIEIRA, Fernando Antônio da Costa. A Comissão da Verdade no Brasil: a luta pela memória em uma democracia fragilizada. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, p. 121, maio 2020.

PEREIRA, L. M. A convenção internacional para a proteção de todas as pessoas contra o desaparecimento forçado e seus impactos no Brasil. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL],* [S. l.], v. 18, n. 2, p. 381–420, 2017. DOI: 10.18593/ejjl.12940. Disponível em: https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12940. Acesso em: 22 ago. 2021.

PEREIRA, L. M. As convenções sobre o desaparecimento forçado de pessoas: breves reflexões sobre seus impactos na ordem jurídica brasileira. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, SP, p. 112-141, v. 03, n. 02, abr./jun. 2018.

PERRUSO, Camila Akemi. O Brasil e o desaparecimento forçado de pessoas. Nomos: *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 30, n. 1, p. 61-74, jan/jul. 2010/1. Disponível em: http://www.periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/54/49. Acesso em: 1 jul. 2021.

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cortez da Cunha. Desaparición forzada de personas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Desaparición Forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos:* Balance, impacto y desafíos, México, p. 21-42,
n. 1, abr. 2020.

La inconvencionalidad de la competencia de jurisdicción militar de la Unión para juzgar a civiles

Luís Felipe Sanchez Y Sanches[1]
Thiago Oliveira Moreira[2]

1 INTRODUCCIÓN

Desde hace varias décadas, la cuestión de los derechos humanos se discute en el escenario internacional. En el ámbito de esta cuestión, la garantía de los derechos humanos internacionalmente positivo está ganando fuerza y repercusión, especialmente en aquellos países que han firmado la Convención Americana de Derechos Humanos. Destacando la inconvencionalidad de los tribunales arbitrarios para juzgar, incluso con apoyo legal, específicamente en el caso del juzgamiento de civiles por la Justicia Militar de la Unión.

Teniendo en cuenta la amplia investigación realizada, en relación con las Américas, y relacionándola con la Convención Americana de Derechos Humanos, surge una preocupación. ¿Las normas internas brasileñas que definen la competencia de la Justicia Militar de la Unión para juzgar a civiles, dado que, en teoría, violan la garantía de un juicio imparcial, son inconvencionales?

Para responder a esta cuestión, es necesario enumerar algunos objetivos, entre los que cabe destacar como objetivo general la demostración

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Monitor Voluntário da disciplina de Direito Internacional Público. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7664417405555157.

2 Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Doutor e Mestre em Direito pela Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN Líder do Grupo de Pesquisa (CNPq/UFRN) Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8030681636075210. E-mail: thiago.moreira@ufrn.br

de la inconvencionalidad de la competencia jurisdiccional de la Justicia Militar de la Unión para juzgar a los civiles. Así, se hará el enfoque sobre las garantías judiciales aseguradas en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIPDH), después se analizará la posición que ambos órganos del SIPDH tienen individualmente acerca de la (in)competencia de los tribunales militares para juzgar a civiles. Por último, se presentará la forma en que Brasil viene abordando esta cuestión en los tribunales superiores, finalizando el texto con la presentación de los argumentos dados a la inconvencionalidad de la jurisdicción, así como mencionada conclusión de la investigación.

Con el fin de alcanzar los objetivos anteriores, la investigación se llevó a cabo de forma cualitativa y explicativa, ya que se utilizaron varios materiales teóricos para agotar el tema. Complementariamente, se optó por la estrategia deductiva, ya que además de la exposición de entendimientos y jurisprudencia, se emitió una conclusión argumentativa al artículo. Así, detallando el procedimiento metodológico, cabe situar que este artículo se trabajará a través del análisis de materiales bibliográficos procedentes de libros, revistas, seminarios, artículos científicos y periódicos. Incluirá la investigación de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes anuales de la Corte, los informes, las denuncias y los comunicados de prensa emitidos por la Comisión, así como la investigación documental basada en los Proyectos de Ley, Decretos, Códigos, Pactos y Convenciones de los que Brasil es signatario.

La importancia significativa de esta investigación es evidente, porque permitirá percibir las graves inconvencionalidades en las que viene incurriendo el Estado brasileño al descuidar importantes y reiterados entendimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llegando a derrocar premisas básicas de un juicio justo e imparcial, sin la presencia de tribunales de excepción, como es el caso de los tribunales militares que juzgan a civiles. Como ejemplo de los delitos contra las citadas garantías judiciales está la detención de civiles en flagrancia por el delito de desacato o desobediencia, previsto en el Código Penal Militar, y que llevó a unos 68 civiles a los tribunales militares, sólo en las operaciones de la Garantía de la Ley y el Orden (GLO) realizadas en los Complejos de Alemão, Penha y Maré entre los años 2010 y 2015, según un estudio de datos publicado por el Jornal Metrópoles en febrero de 2018.

Por lo tanto, se pretende demostrar la inconvencionalidad de la competencia jurisdiccional de los tribunales militares para juzgar a civiles con base

en la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente su artículo 8, la Convención de Viena de 1969, en sus artículos 26, 27 y 31, y las reiteradas decisiones y opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente, así como, el análisis doctrinario y jurisprudencial de la materia que debe agotarse.

2 LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para comprender mejor las garantías judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es necesario abordar los principales aspectos del propio Sistema. Presentando desde el funcionamiento del SIDH hasta el análisis de las garantías relevantes para la investigación sobre la (in)convencionalidad de la competencia de los tribunales militares de la Unión para juzgar a civiles, como es la práctica actual en Brasil.

Para profundizar en el estudio de las garantías judiciales previstas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el tema se dividirá en un examen de la estructura de los órganos miembros de la SIPDH y una exposición del funcionamiento del propio Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, haciendo uso de material teórico de juristas internacionales, como el profesor Fabián Salvioli, las juristas Ellen Taciana Pedrebon Chechi, Eliete Vanessa Schneider y Fernanda Pinheiro Brod, así como el jurista Douglas Matheus de Azevedo.

En otro momento, el enfoque se dirigirá hacia el análisis de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, dando especial atención a su normativa específica que trata de las garantías judiciales, específicamente, el artículo 8 de la Convención.

2.1 ASPECTOS BREVES DEL SISTEMA INTERAMERICANO

En 1948, en la IX Conferencia Interamericana de Estados, se fundó la Organización de Estados Americanos (OEA)[3]. En esta ocasión, los representantes de los Estados se reunieron en un intento de garantizar los derechos humanos

3 CHECHI, Ellen Taciana Predebon; SCHNEIDER, Eliete Vanessa. A efetividade do sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes. *Salão do conhecimento*, XXIII Seminário de Iniciação Científica, p. 1-5, 2015.

en las Américas, en paralelo a lo que ya se estaba desarrollando a nivel mundial.[4] Cabe destacar que sólo después de la creación de la OEA se vislumbró el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Ese mismo año, 1948, se formuló la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, una de las pioneras en la protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano[5]. Unos años más tarde, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), previendo los constantes avances mundiales en el intento de proteger los derechos humanos, decretó 1968 como año internacional de los derechos humanos e, inspirados por ello, los Estados americanos programaron la Conferencia de San José para 1969[6].

En esta conferencia de 1969 se formuló la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con la presencia de Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Ecuador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, que fueron signatarios de la Convención[7].

Además, es importante destacar la creación de los dos órganos pertenecientes al SIPDH, el primero de los cuales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, data de 1959, a partir de una resolución emitida en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores[8]. El segundo organismo, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se creó

---

4 CORTEZ, Laura Maria Silva; MOREIRA, Thiago Oliveira. A tutela dos Direitos Humanos dos migrantes pelo Sistema Interamericano De Direitos Humanos. *Cadernos de Dereito Actual*, nº 8, 2017, p. 439-452.

5 AZEVEDO, Douglas Matheus de; BROD, Fernanda Pinheiro. A atuação do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos no caso Fazenda Brasil Verde: as sentenças estruturantes como ferramenta no combate ao trabalho escravo. *Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado,* [s. l.], v. 2, n. 2 de 2017.

6 SOUZA, Thayza Wanessa Silva. Sistema interamericano: aplicabilidade na defesa dos Direitos Humanos. Thayza Wanessa Silva. 2011. 52f. Digitado. Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Relações Internacionais) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Biológicas e Sociais Aplicadas, Departamento de Relações Internacionais, 2011.

7 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/. Acesso em: 2 jul. 2021.

8 AZEVEDO, Douglas Matheus de; BROD, Fernanda Pinheiro. A atuação do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos no caso Fazenda Brasil Verde: as sentenças estruturantes como ferramenta no combate ao trabalho escravo. *Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado,* [s. l.], v. 2, n. 2 de 2017.

hasta 1979, tras la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[9]. Otro gran logro para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos fue la formulación de la Convención Americana de Derechos Humanos, en 1969, también popularizada como Pacto de San José de Costa Rica[10].

También es importante observar el SIPDH y su evolución en el tiempo, es decir, con el inicio de su desarrollo en los niveles "normativo, orgánico y procesal", como dice Fabián Salvioli[11]. En el plano instrumental, se adoptó la Declaración Americana de 1948, con la aplicación de varias normas convencionales, entre otras que complementaban a la primera. En cuanto al ámbito orgánico, su principal desarrollo ha sido las ya mencionadas creaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por último, cabe destacar también la evolución procesal, desde el fortalecimiento/creación de diversos mecanismos ante los dos principales órganos de protección de los derechos humanos, hasta las reformas progresistas que facilitan la participación de las víctimas, buscando el adecuado cumplimiento del objeto y fin del Sistema Interamericano de Protección de los derechos Humanos[12].

Además, hay tres características importantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que, aunque no son exclusivas de este sistema de protección, merecen ser destacadas: (01) su buena convivencia con los demás regímenes internacionales en el ámbito de la protección de los derechos humanos; (02) la capacidad de adaptación de los órganos y procedimientos para atender a la individualidad de cada caso; (03) su relación con la protección de la democracia – y en consecuencia del Estado Democrático de Derecho – y sus elementos fundantes[13].

Todas las características mencionadas son esenciales tanto para la armonía entre quienes tienen los mismos intereses, es decir, entre los organismos internacionales que buscan la protección de los derechos humanos, como para

9 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos* / Corte San José, C.R.: A Corte, 2018. 227 p.

10 AZEVEDO, Douglas Matheus de; BROD, Fernanda Pinheiro. A atuação do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos no caso Fazenda Brasil Verde: as sentenças estruturantes como ferramenta no combate ao trabalho escravo. *Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado,* [s. l.], v. 2, n. 2 de 2017.

11 SALVIOLI, Fabián. El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia. 1. ed. *Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México*, 2020: [s. n.], 2020. 347 p. ISBN 978-607-7822-68-4.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*

la viabilidad de la efectiva protección de los derechos humanos en el ámbito internacional.

2.2 GARANTÍAS JUDICIALES EN EL ÁMBITO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Una vez abordados algunos de los aspectos fundamentales del SIPDH en su conjunto, es imprescindible analizar la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). De esta se pueden deducir las disposiciones legales que ampara el SIPDH en materia de garantías judiciales, sólo hay que tener en cuenta los que tienen reservas a las normas establecidas en la Convención.

En este sentido, las garantías judiciales establecidas internacionalmente en el ámbito interamericano, como se explicó anteriormente, se encuentran en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente en el artículo 8, titulado "Garantías Judiciales", en él se encuentra los criterios que los Estados parte de la CADH deben garantizar para que haya un juicio verdaderamente justo. Este entendimiento fue reafirmado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-9/87, en la que se consolidó la obligación de cumplimiento de las disposiciones del artículo 8, independientemente del estado de emergencia del Estado, así como su caracterización como debido proceso legal[14].

Sin embargo, es necesario explicar cuáles son las garantías legales, ya que en el primer párrafo establece el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías, en un plazo razonable por un juez/tribunal competente, independiente e imparcial[15].

Además, es fundamental exponer el entendimiento de la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-11/90, en la que se definió que en el artículo 8.2 de la CADH sólo están las garantías mínimas que deben seguir los Estados. Es muy

14 CORTE IDH. *Garantías Judiciales em Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva oc-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

15 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/. Acesso em: 2 jul. 2021.

importante que no sólo se garanticen éstas, para que el acceso de todos al Poder Judicial se haga efectivo con plena igualdad y respeto al debido proceso legal[16].

Dentro de estas garantías judiciales mínimas se encuentra el derecho a la presunción de inocencia hasta que se demuestre la culpabilidad, disfrutando durante este periodo de los derechos a la asistencia de un traductor o intérprete y a defenderse personalmente o a través de un defensor privado, siendo irrenunciable el derecho a un defensor proporcionado por el Estado. También existe el derecho a la notificación previa de los cargos contra el acusado, a la comparecencia de testigos y peritos, a no declarar en su contra y a declararse culpable. También se garantiza el tiempo y los medios suficientes para organizar la defensa. Por último, se prevé la posibilidad de recurrir a un juez o tribunal superior[17].

En cuanto al derecho establecido en el artículo 8.3, es decir, el derecho a no admitir una confesión hecha bajo coacción[18], cabe destacar la Opinión Consultiva OC-17/02, en la que la Corte Interamericana, aunque aborda una cuestión diferente, conceptualiza la confesión como el reconocimiento por parte del acusado de los delitos que se le atribuyen, y no debe establecerse el vínculo necesario entre su confesión y todos los hechos y consecuencias de los hechos confesados[19]. Por lo tanto, las garantías contempladas en el artículo 8.3 deben seguir un procedimiento estricto para no causar dudas y efectos negativos a los que confiesan[20].

16 CORTE IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2 a y 46.2 b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva oc-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

17 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/. Acesso em: 2 jul. 2021.

18 *Ibid.*

19 CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión consultiva oc-17/02 del 28 de agosto de 2002.

20 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: Comentada / coordenadores Christian Steiner, Patricia Uribe; contribuciones Federico Abreu... [et al.]; [la compilación, diagramación y diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Coordinación editorial Nadya Hernández Beltrán y Ginna Rivera Rodríguez; prólogo Juan N. Silva Meza; prefacio Diego Garcá-Sayán; presentación Dean Spielmann]. – México: Suprema Corte de Justicia de la Nación; Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014. Xv, 1042 p.; 24 cm. ISBN 978-607-468-599-2.

En cuanto al artículo 8.4[21] de la Convención Americana de Derechos Humanos, es evidente su relación con la preservación del tránsito en cosa juzgada previsto en el ordenamiento jurídico brasileño. En este mismo sentido, está la aplicación del principio *ne bis in idem*, ya que la conservación de las decisiones definitivas e inapelables debería, por regla general, prohibir nuevos procedimientos judiciales sobre los mismos hechos[22].

Finalmente, la última garantía judicial mínima protegida por la CADH se sitúa en el artículo 8.5, que prevé la publicidad de los procesos penales, salvo para preservar los intereses de la justicia[23]. La función principal de esta protección es frenar la llamada "justicia secreta" por parte de la Administración Pública, ya que esto crea transparencia y fomenta la confianza de la población en los tribunales[24].

Sin embargo, no todos los Estados han ratificado su firma de la CADH sin reservas, especialmente cuando se trata de las garantías judiciales, punto sobre el que algunos países tienen reservas, 3 Estados en total. Estas reservas se hacen especialmente con respecto al artículo 8.2, letra e[25], que no es aplicable a los

21 "Artículo 8.4: El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos."

22 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: Comentada / coordenadores Christian Steiner, Patricia Uribe; contribuciones Federico Abreu... [et al.]; [la compilación, diagramación y diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Coordinación editorial Nadya Hernández Beltrán y Ginna Rivera Rodríguez; prólogo Juan N. Silva Meza; prefacio Diego Garcá-Sayán; presentación Dean Spielmann]. – México: Suprema Corte de Justicia de la Nación; Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014. Xv, 1042 p.; 24 cm. ISBN 978-607-468-599-2.

23 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/. Acesso em: 2 jul. 2021.

24 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: Comentada / coordenadores Christian Steiner, Patricia Uribe; contribuciones Federico Abreu... [*et al.*]; [la compilación, diagramación y diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Coordinación editorial Nadya Hernández Beltrán y Ginna Rivera Rodríguez; prólogo Juan N. Silva Meza; prefacio Diego Garcá-Sayán; presentación Dean Spielmann]. – México: Suprema Corte de Justicia de la Nación; Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014. Xv, 1042 p.; 24 cm. ISBN 978-607-468-599-2.

25 "e derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;"

Estados de Dominica y Barbados. La otra reserva se hace al artículo 8.1 por parte de Venezuela porque no se ajusta a la constitución local[26].

3 LA TUTELA INTERAMERICANA DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y LA (IN)COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR PARA JUZGAR A CIVILES

Una vez conocidas las garantías judiciales que son amparadas por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en este capítulo se expondrá la posición tanto de la CIDH como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentando sus manifestaciones, jurisprudencias y algunos otros documentos necesarios sobre la inconvencionalidad de la justicia militar en el juzgamiento de civiles.

Para ello, va a ser analizado inicialmente las posiciones y manifestaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y algunas denuncias importantes presentadas por la CIDH. También presentase algunos comunicados de prensa emitidos por la Comisión en los que se explican sus preocupaciones y posiciones sobre la cuestión de la jurisdicción militar para juzgar a civiles.

Al final, se examinarán algunas de las principales sentencias de fondo de la Corte Interamericana sobre casos denunciados por la Comisión, el último caso en el que se presentó una queja en el texto se excluyó del análisis porque no se había resuelto al final de la investigación. Sin embargo, se agregará el análisis de otros precedentes sentados por la Corte que revolucionaron la comprensión interamericana del tema, como se verá en el transcurso del capítulo.

3.1 LAS MANIFESTACIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado públicamente en varias ocasiones su comprensión de la competencia de la jurisdicción militar de la Unión para juzgar a civiles. Estas manifestaciones generalmente se han hecho públicas a través de denuncias presentadas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en declaraciones públicas emitidas a través de los canales oficiales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

26 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/. Acesso em: 2 jul. 2021.

Comenzando con el análisis de las denuncias, es posible ilustrar cómo una de las primeras denuncias que ofreció la CIDH fue el emblemático caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú[27]. El informe de la Comisión informa que se trata de un caso de juicio por traición a la patria peruana en "Fuero Privativo Militar" de los ciudadanos chilenos Jaime Francisco Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Saez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Astorga Váldez.

Limitando la visión del caso a los criterios de respeto a las garantías judiciales acordadas en la CADH, la CIDH ha señalado violaciones a los artículos 8.1, 8.2 – letra C, D, F y H- y 8.5. Estas violaciones se producen porque, respectivamente, no garantizan el derecho a ser oído en un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial; no respetan la presunción de inocencia del acusado; no garantizan el derecho de defensa; no permiten la presencia de peritos durante los interrogatorios, ni de otros testigos que puedan aclarar los hechos; no garantizan la posibilidad de recurrir la decisión ante un tribunal superior; y no permiten un juicio transparente y público.

Otra manifestación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se puede observar en el caso de Lori Berenson Mejía vs Perú[28], en este caso, la CIDH propuso una denuncia ante la Corte Interamericana debido, entre otras cosas, al incumplimiento del marco convencional, especialmente del artículo 8 (garantías judiciales) en su conjunto. Este caso se refiere al juicio de una civil, Lori Helene Berenson Mejía, por parte de un tribunal militar y los daños que se le causaron por haber estado detenida en condiciones inhumanas durante aproximadamente 5 años, sólo pudo revocar su encarcelamiento en apelación cuando el Consejo Supremo de Justicia Militar de Perú anuló la sentencia *a quo* y remitió el caso a la justicia ordinaria.

En el instrumento dirigido a la Corte Interamericana, se describen los procedimientos adoptados por la Comisión para remediar las injusticias sin la necesaria provocación de la Corte. Por ejemplo, algunos de los procedimientos adoptados serían la mediación a través de audiencias solicitadas y programadas

27 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru.* Sentença de 30 de maio de 1999. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2004.

28 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Lori Berenson Mejia vs. Peru.* Sentença de 25 de novembro de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec119esp.pdf. Acesso em: 4 ago. 2021.

por la CIDH, y la orientación hacia una solución amistosa del caso a través de un acuerdo propuesto a iniciativa de la propia Comisión o de las partes implicadas.

Además, es necesario señalar el punto común de las denuncias presentadas por la Comisión en los casos nº 11.603 (Caso de 19 Comerciantes y sus familiares vs. Colombia)[29], nº 12.482 (Caso de Valdemir Quispealaya Vilcapoma vs. Perú)[30], nº 12.916 (Caso de Nitza Paola Alvarado Espinoza, Rocío Irene Alvarado Reyes, José Ángel Alvarado Herrera y otros vs. México)[31] y nº 12.329 (Caso de Vicente Arial Noguera y familia vs. Paraguay)[32]. El punto común es que la CIDH expresa su descontento con las jurisdicciones militares nacionales y pide a la Corte que decida de nuevo la cuestión y castigue a los países que insisten en violar los derechos humanos consolidados en los entendimientos de la SIPDH y las disposiciones de la CADH.

Todas estas manifestaciones de la Comisión muestran una posición única y consistente a lo largo de los años en el sentido de entender el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares como una inconvencionalidad en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente en el artículo 8, párrafos 1 y 2.

Incluso con estas y otras denuncias, Brasil ha estado conduciendo el derecho interno de una manera diferente, ampliando cada vez más las competencias de los tribunales militares con las partes civiles. Esto se confirma con la reciente denuncia realizada por la CIDH ante la Corte Interamericana de Derechos

29 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Demanda ante la corte Interamericana de Derechos Humanos contra la república de Colombia caso n° 11. & 03 - 19 comerciantes*. [S. l.], 24 jan. 2001. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2004-1986/19%20comerciantes,%20Colombia.pdf. Acesso em: 6 set. 2021.

30 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso nº 12.482 Valdemir Quispealaya Vilcapoma Perú.* [S. l.], 5 ago. 2014. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12482NdeREs.pdf. Acesso em: 7 set. 2021.

31 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso nº 12.916 Nitza Paola Alvarado Espinoza, Rocío Irene Alvarado Reyes, José Ángel Alvarado Herrera y otros.* México. [S. l.], 9 nov. 2016. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12916NdeRes.pdf. Acesso em: 7 set. 2021.

32 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso nº 12.329 Vicente Ariel Noguera y familia Paraguay.* [S. l.], 2 jul. 2018. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12329NdeRes.pdf. Acesso em: 7 set. 2021.

Humanos en el caso número 12.727 (o el caso de Antonio Tavares Pereira y otros vs. Brasil)[33].

En el caso de Antonio Tavares Pereira y otros vs. Brasil, aunque aún no ha recibido una sentencia de mérito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su simple denuncia ya demuestra la indicación de las irregularidades del tema en el escenario jurídico brasileño, ya que las investigaciones realizadas por la Comisión concluyeron que *a intervenção da justiça penal militar no caso do Senhor Tavares Pereira constituiu um fator de impedimento para que as vítimas pudessem dispor de um recurso efetivo*[34].

La relevancia del caso anterior para la cuestión de la inconvencionalidad de la jurisdicción militar para juzgar casos que involucran a civiles no se limita a las declaraciones de la Comisión, sino también a la contemporaneidad de la denuncia (presentada en febrero de 2021), lo que demuestra la forma retrógrada en que Brasil ha estado enfrentando los pactos normativos del derecho internacional.

Hay otras manifestaciones expresas de insatisfacción de la CIDH con el sistema jurídico brasileño. Prueba de ello fue el comunicado de prensa 036/21[35], disponible por la Organización de Estados Americanos (OEA). En este comunicado, la CIDH expresó su preocupación por el cumplimiento de las garantías judiciales acordadas en la Convención Americana de Derechos Humanos debido a la reciente aprobación del Proyecto de Ley 44/2016 (PL 44/2016)[36] por parte del Congreso brasileño – el PL prevé la ampliación de la competencia jurisdiccional de los tribunales militares mediante la modificación del *Código Penal Militar*.

33 CIDH. *Relatório No. 6/20. Caso 12.727*. Mérito. Antonio Tavares Pereira e outros. Brasil. 3 de março de 2020.

34 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Denúncia. Caso nº 12.727*. 6 de fevereiro de 2021. Caso nº 12.727 Antonio Tavares Pereira e outros Brasil, [S. l.], 6 fev. 2021. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2021/BR_12.727_NdeREs_PT.PDF. Acesso em: 5 set. 2021.

35 A CIDH apresenta caso sobre o Brasil perante a Corte Interamericana. No. 036/21. ed. [S. l.], 19 fev. 2021. Disponível em: https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/036.asp. Acesso em: 2 ago. 2021.

36 El PL 44/2016 fue aprobado y convertido en Ley, y fue sancionado el 13 de octubre de 2017 (Ley 13.491).

3.2 LOS PRECEDENTES DE LA CORTE INTERAMERICANA

Así como la CIDH ya se ha pronunciado en contra de la "libertad jurisdiccional de los castrense" otorgada por algunos ordenamientos jurídicos internos, como se ilustró anteriormente con casos que involucran a países como Perú y Brasil, la Corte Interamericana en varias ocasiones, después de ser provocada por el tema de la competencia jurisdiccional de los tribunales militares para juzgar a civiles, demostró su posición en decisiones emblemáticas y en comentarios realizados a lo largo de las diversas decisiones que tocaron el tema.

En el primer caso mencionado, es decir, el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que se había producido una violación del artículo 8, en varios párrafos e incisos, entre otras disposiciones convencionales. La disposición violada, al margen de lo descrito, fue el artículo 8.1, ya que la creación de un tribunal militar para juzgar casos de civiles, o delitos no estrictamente militares, equivaldría a la creación de una justicia especial y que sólo sería necesaria bajo una fuerte justificación, de manera divergente al caso[37].

Además, la simple creación de una justicia militar de este tipo sería una afrenta a la imparcialidad, competencia e independencia consagradas en la CADH. El entendimiento anterior se justifica en el párrafo 130 de la decisión al afirmar: "las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador"[38].

Otra decisión que merece ser destacada, por su relevancia, es el Caso de Lori Berenson Mejía vs. Perú[39]. En ella, la Corte Interamericana, obligada a reexaminar la cuestión del juzgamiento de civiles por tribunales militares, en un corto espacio de tiempo de unos 5 años, reforzó e invocó los precedentes ya

37 PINTO BASTOS JUNIOR, Luiz Magno; MIOTO DOS SANTOS, Rodrigo. A inconvencionalidade do julgamento de civis pela Justiça Militar da União segundo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 138-166, Jul/Dez. 2015.

38 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Sentença de 30 de maio de 1999. Parágrafo 130. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2004-.

39 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Lori Berenson Mejia vs. Peru.* Sentença de 25 de novembro de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec119esp.pdf. Acesso em: 4 ago. 2021.

creados. Sin embargo, la Corte Interamericana innovó al señalar la competencia de la jurisdicción militar sólo para aquellos militares que incurran en delitos en el ejercicio de su función militar y bajo circunstancias expresadas en la ley, en cualquier caso, todas las demás garantías judiciales a estos militares deben ser tuteladas de acuerdo con las normas internacionales acordadas y con el ordenamiento jurídico interno.

Un tercer caso ilustrativo, el caso Palamara Iribarne vs. Chile[40], mientras que en la denuncia ofrecida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no señaló la violación del Pacto de San José de Costa Rica para reforzar su entendimiento de que es imposible juzgar a civiles en tribunales militares, los representantes del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne señalaron la posible violación del artículo 8 del Pacto, como consecuencia del juzgamiento del civil en un tribunal castrense.

En cuanto a los alegatos de los representantes de la víctima, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reforzó el entendimiento de que en un país democrático de derecho es fundamental que, de existir tribunales militares, éstos tengan un alcance restringido, excepcional y centrado en la protección de intereses jurídicos exclusivamente militares[41]. La Corte Interamericana es innovadora en su decisión de definir finalmente la convencionalidad de la jurisdicción militar sólo para juzgar a los militares activos que hayan cometido infracciones descritas en el respectivo derecho interno y que estén directa y exclusivamente relacionadas con hechos de interés militar, en cualquier caso, es necesario observar la efectividad de todos los derechos y garantías acordados[42].

Finalmente, es necesario presentar algunos otros entendimientos relevantes adoptados por la Corte sobre el tema, entre los que se encuentran los siguientes casos: (01) Caso de Nitza Paola Alvarado Espinoza, Rocío Irene Alvarado Reyes, José Ángel Alvarado Herrera y otros vs. México[43]; (02) Caso de 19 Comerciantes

40 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, [S. l.], 22 nov. 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Acesso em: 2 set. 2021.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso 12.916 Nitza Paola Alvarado Espinoza, Rocío Irene Alvarado Reyes, José Ángel Alvarado Herrera y otros México*. [S. l.], 9 nov. 2016. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12916NdeRes.pdf. Acesso em: 7 set. 2021.

y sus familiares vs. Colombia[44]; (03) Caso de la Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú[45]; (04) Caso de Vicente Arial Noguera y familia vs. Paraguay[46].

La importancia fundamental de los casos (01) y (02) para este tema puede verse en el § 232 de la decisión (01) y en el § 174 de la decisión (02). De las citadas decisiones meritorias se infiere que: la jurisdicción castrense debe ser vista sólo como una medida para mantener el orden y la disciplina militar, y no debe, por naturaleza, ser aplicada a los civiles por carecer de una función militar. Y, si por casualidad, algún tribunal militar se arroga la competencia de juzgar/investigar/sancionar a civiles, estará yendo en contra de los principios del debido proceso legal y del juez natural[47].

En cuanto al caso (03), es necesario destacar el § 245 de la decisión, y la respectiva nota de referencia. En este pasaje, la Corte Interamericana amplía la comprensión de la inconvencionalidad de los tribunales castrenses, definiendo como inconvencional toda la jurisdicción militar que se ocupa de casos relacionados con los derechos humanos. Reforzando este entendimiento, la Corte señala parte de su jurisprudencia que está en línea con lo anterior, y puede enumerar los casos: Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Cesti Hurtado vs. Perú, Durand y Ugarte vs. Perú, Cantoral Benavides vs. Perú, Las Palmeras vs. Colombia, 19 Comerciantes vs. Colombia, Lori Berenson Mejía vs. Perú, la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, Palamara Iribarne vs. Chile, la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, Almonacid Arellano y otros vs. Chile, La Cantuta vs. Perú, la Masacre de La Rochela vs. Colombia, Escué Zapata

44 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Demanda ante la corte Interamericana de Derechos Humanos contra la república de Colombia caso nº 11. & 03 - 19 comerciantes. [S. l.], 24 jan. 2001. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2004-1986/19%20comerciantes,%20Colombia.pdf. Acesso em: 6 set. 2021.

45 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Comunidad Campesina De Santa Bárbara Vs. Perú,* [S. l.], 1 set. 2015. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/299_CasoComunidadCampesinaSantaBarbaraVsPeru.html. Acesso em: 6 set. 2021.

46 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Nº 12.329 Vicente Ariel Noguera y familia Paraguay.* [S. l.], 2 jul. 2018. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12329NdeRes.pdf. Acesso em: 7 set. 2021.

47 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso 12.916 Nitza Paola Alvarado Espinoza, Rocío Irene Alvarado Reyes, José Ángel Alvarado Herrera y otros México.* [S. l.], 9 nov. 2016. Párrafo 232. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12916NdeRes.pdf. Acesso em: 7 set. 2021. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, Párrafo 165.

vs. Colombia, Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, Tiu Tojín vs. Guatemala, Usón Ramírez vs. Venezuela, Radilla Pacheco vs. México, Fernández Ortega y otros vs. México, Rosendo Cantú y otra vs. México, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia, Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Osorio Rivera y Familiares vs. Perú, Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia[48].

Finalmente, en el caso (04), la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su decisión, condena al Paraguay a probar la efectividad del control de convencionalidad en las normas internas permisivas del fuero militar juzgando a civiles. Dado que el Estado ya ha sido condenado varias veces por esta cuestión en otros casos ante la Corte[49].

4 EL RECONOCIMIENTO (NECESARIO) DE LA INCONVENCIONALIDAD DE LA JURISDICCIÓN MILITAR PARA JUZGAR A CIVILES

En el camino recorrido hasta ahora para abordar el foco del problema, se han podido conocer algunas de las principales posiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunas de las declaraciones de la Comisión. A continuación, debe pasar a los principales argumentos dados por el STF – en el análisis del *Habeas Corpus* 110.185. Sin embargo, también ha de ser visto algunos de los fundamentos y doctrinas sobre la necesidad de reconocer la inconvencionalidad de la competencia de la jurisdicción militar para juzgar a civiles, independientemente de los delitos que se les atribuyen a estos acusados civiles, además de las herramientas jurídicas de control doméstico de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional.

48 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú*, [S. l.], 1 set. 2015. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/299_CasoComunidadCampesinaSantaBarbaraVsPeru.html. Acesso em: 6 set. 2021.

49 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Noguera Y Outra Vs. Paraguay*. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/seriec_401_esp.pdf#CANOPA_S1_PARR104. Acesso em: 6 set. 2021.

4.1 LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES DE LA UNIÓN PARA JUZGAR A CIVILES

La jurisdicción de la *Justiça Militar da União* (JMU) está actualmente protegida por la Constitución Federal de Brasil (CF/88) y el Código Penal Militar (CPM). Sin embargo, al analizar históricamente la situación de los militares en Brasil, es evidente los innumerables episodios políticos con actuación de las Fuerzas Armadas, desde los períodos dictatoriales (1964-1985) hasta en las revoluciones que establecieron el Nuevo Estado (1937-1945). Todas estas apariciones militares, aunque posteriormente fueron suprimidas, dejaron su huella en la historia del derecho nacional, confiriendo y ampliando la influencia de las Fuerzas Armadas[50].

En este sentido, en el ámbito jurídico brasileño, la Constitución Federal, aunque posteriormente de la última intervención militar en la política nacional, trae en su artículo 124 de manera suave que situaciones cayeron bajo la jurisdicción de la Justicia Militar, colocando que será la jurisdicción de los militares para juzgar los crímenes castrenses que se describen en la ley, sin delimitar los posibles agentes de los crímenes.

Complementariamente, hay que ver el Código Penal Militar, verdadero "autorizador" del fuero jurisdiccional de los militares, que se remonta a 1969, es decir, al período en que los militares detentaban el poder del Estado. En este Código, en su redacción original, el artículo 9 define los delitos militares en tiempo de paz, en sus respectivos incisos. En el primer inciso se establece que los delitos militares son todos los previstos en el propio código, así como los previstos en el derecho penal común, independientemente del agente - a menos que haya una disposición especial en contrario.

En el según inciso ofrece un enfoque más detallado, especificando los delitos militares como: todos y cualquieras de los delitos previstos en el Código Penal Militar o en el Código Penal, siempre que sean practicados por militares (01) en el ejercicio de su función contra otros militares; (02) en un lugar de administración militar; (03) en una comisión de naturaleza; (04) durante un período de maniobras o ejercicios; (05) contra la propiedad militar o el orden administrativo. Aunque

50 REIS, Ulisses Levy Silvério dos. *Justiça Militar e Direitos Humanos no Brasil*: Uma análise da competência para o julgamento de crimes cometidos por militares contra civis a partir dos parâmetros constitucionais e internacionais / Ulisses Levy Silvério dos Reis. – 2019. 292 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

los delitos se cometan contra civiles, militares de la reserva o similares, en los casos previstos en los puntos 02, 03 y 04.

El tercer inciso contempla los delitos militares en los que los agentes son militares de reserva, militares retirados o civiles, siempre que (I) se cometa contra la propiedad o el orden militar; (II) en un lugar bajo administración militar contra personal militar en el ejercicio de sus funciones o miembros tanto del *Ministério Militar* como de la Justicia Militar; (III) contra personal militar en el ejercicio de sus funciones; (IV) independientemente del lugar, siempre que sea contra personal militar que esté trabajando o en función de su cargo militares.

A partir de la simple exposición de estes incisos ya se pueden comprobar numerosas posibilidades en las que se da competencia de juicio a los tribunales militares. Sin embargo, en 2017 se aprobó la Ley nº 13.491, que amplió aún más el fuero militar, por lo que actualmente cualquier delito previsto en el ordenamiento jurídico militar o común puede ser considerado como delito militar, siempre que esté presente alguna de las situaciones previstas en las letras de los incisos II y III del artículo 9 del CPM[51].

Un ejemplo de la aplicación de las normas explicadas anteriormente en la práctica se encuentra en el *Habeas Corpus* nº 110.185[52] ante el *Supremo Tribunal Federal* (STF). Según el dictamen del Subprocurador General de la República Dr. Edson Oliveira de Almeida, el caso trata de la revisión de la condena hecha por el *Superior Tribunal Militar* (STM). La condena fue impuesta como resultado de la invasión del paciente, junto con otros cinco agentes, en el Hospital General del Ejército en São Paulo, utilizando pistolas y ametralladoras para amenazar y atacar a los equipos militares que en ese momento estaban protegiendo las bolsas de dinero que iban a ser depositadas en el Banco de Brasil de esa Unidad Militar. En la ocasión, el paciente y sus compañeros se llevaron las armas de los soldados y la cantidad de R$ 330.000,00 (trescientos treinta mil reales).

Ante los hechos narrados, la Procuraduría General de la República, a través de su Subprocurador, emitió un dictamen solicitando la negación de la orden porque, según el dictamen, el hecho de que la acción delictiva se haya realizado

51 ARAUJO DA SILVA, Paula Carolina; LUCHSINGER, João Thomas. A ampliação da competência da justiça militar e sua inconvencionalidade: análise a partir da convenção americana de direitos humanos. *R. Defensoria Públ, União Brasília*, DF, ed. 13, p. 1-320, jan/jun 2020.

52 STF – HC: 110.185 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 14/05/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

dentro de un área militar contra personal militar en servicio ya configuraría las hipótesis de aplicación del artículo 9, III, 'a' y 'b' del CPM.

Además, se citaron pasajes de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal en los que, en general, los ministros ponentes delimitan la posibilidad de que los civiles sean juzgados por tribunales militares. En esta demarcación del Subprocurador-Geral, se evidencia el entendimiento hasta entonces consolidado: el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares es posible de manera excepcional, debiendo atenderse a lo dispuesto en el artículo 142 de la CF/88 y alineando a los tipos penales definidos por la Ley (CPM).

Cuando la votación del *habeas corpus* fue iniciada, en la *Segunda Turma do STF*, por el Ministro Informante Celso de Mello, destacó inicialmente la necesidad de entender que la Justicia Militar de la Unión no debe ser vista como una especie de tribunal de excepción o un tribunal *ad hoc*, ya que la propia Constitución envía la legislación ordinaria para definir los delitos militares y, en consecuencia, la jurisdicción militar. Por lo tanto, es necesario entender que es posible que cualquier civil sea juzgado por los tribunales militares, siempre y cuando se cumplan los requisitos enumerados en el artículo 9 del CPM.

No obstante, cabe destacar el carácter excepcional del sometimiento de civiles, especialmente en tiempos de paz, a los tribunales castrenses por la presunta práctica de un delito militar, ya que su imposición arbitraria representa una violación al principio de juez natural.

La tendencia internacionalista a extinguir la posibilidad del fuero militar para los civiles también fue planteada en el curso de la votación, principalmente al observar la decisión dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la mencionada sentencia del caso Palamara Iribarne vs Chile. En un intento fallido de acercar la decisión de la Corte al entendimiento establecido por el Supremo, el ministro Celso de Mello afirma que, en el caso de los acusados civiles, cuando se verifica que el delito no afectó realmente a las operaciones militares, no se establece la competencia de la JMU.

Es importante traer la decisión citada en el voto del Ministro, decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Lambden P. Milligan, que invalidó la sentencia, que había sido impuesta civil, a la muerte por ahorcamiento debido a la traición a la patria en tiempos de guerra. En la decisión se afirmaba que un civil nunca debería ser juzgado por un Tribunal Militar mientras los órganos de la Justicia Común estén en funcionamiento regular.

Por último, el Ministro afirma que aunque todas estas consideraciones – que prohíben la competencia de la jurisdicción militar para juzgar a civiles – es importante observar el principio constitucional de la naturalidad del juicio, que garantiza la imposibilidad de crear tribunales excepcionales o *ad hoc* y, por lo tanto, todas las competencias atribuidas por la Constitución son válidas, y no le corresponde al STF enfrentar el orden taxativo de las competencias constitucionalmente garantizadas.

4.2 LA INCONVENCIONALIDAD DE LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR DE LA UNIÓN PARA JUZGAR A CIVILES

Aunque el STF entiende que los tribunales militares son competentes para juzgar a civiles, debe aplicarse la Convención de Viena de 1969[53], especialmente en sus artículos 26 y 27. La Convención establece la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, así como la obligación de cumplir las normas internacionales de buena fe, una vez que han sido debidamente acordadas (*Pacta sunt servanda*).

En este sentido, la doctrina internacionalista apoya los tratados mencionados, señalando que es necesario adaptar el derecho interno, o derecho estatal, a los tratados internacionales, especialmente aquellos que tratan de la ampliación o garantía de los derechos humanos[54].

Otros juristas apoyan esta idea, añadiendo que en casos como el que se estudia es necesario el diálogo entre la ley y no sólo la Constitución, sino también todos aquellos tratados internacionales a los que el Estado ha dado su consentimiento[55].

53 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. *Decreto nº 7.030*, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. [S. l.], 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 5 ago. 2021.

54 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira.* Natal/RN: EDUFRN, 2015.

55 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25-165.

4.2.1 Control doméstico de convencionalidad

Para garantizar el cumplimiento de los pactos internacionales, en el sistema regional de protección de los derechos humanos americanos surge la herramienta ideal para hacer cumplir las normas acordadas: el control de convencionalidad[56]. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el control de convencionalidad consiste en la obligación de los jueces nacionales de acatar y proteger las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para que no sean anuladas o desvirtuadas en perjuicio del ordenamiento jurídico interno[57].

En esta coyuntura, es necesario subrayar que este mecanismo debe seguirse siempre para hacer compatibles las normas internas con el derecho internacional de los derechos humanos, siendo imposible que dicha compatibilidad se revierta. Sin embargo, aunque parece un mecanismo sencillo de adaptación, existen varias interpretaciones internacionalistas y jurisprudenciales al respecto[58].

Superada la comprensión del control de convencionalidad, es importante destacar los dos tipos de control de convencionalidad, es decir, el doméstico y el interamericano. Atendiendo especialmente al primer tipo, es correcto definirlo como *uma sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos*[59].

También se pueden enumerar algunas características adicionales, la primera de las cuales es que no es necesaria la primacía del derecho internacional, y que, tras el control doméstico de convencionalidad interno, se puede verificar la necesidad de mantener el ordenamiento jurídico interno, por ser más favorable a la tutela de la persona humano. Una segunda característica se refiere al sometimiento

56 PINTO BASTOS JUNIOR, Luiz Magno; MIOTO DOS SANTOS, Rodrigo. A inconvencionalidade do julgamento de civis pela Justiça Militar da União segundo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 138-166, jul./dez. 2015.

57 BICHARA, Jahyr-Philippe. O controle da aplicação do direito internacional pelo Poder Judiciário brasileiro: uma análise crítica. *Revista dos Tribunais*, [*s. l.*], v. 958, 2015.

58 MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do controle de convencionalidade pela corte IDH: uma década de decisões assimétricas. *In:* MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em Expansão. Anais do XV CBDI*, p. 251-271. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 251-271.

59 GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. Contornos atuais do controle de convencionalidade doméstico. *Los Desafios Juridicos a la Gobernana Global*: Una Perspectiva para los Proximos Siglos. 1. ed. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2017. ISBN 978-85-63257-16-1.

de cualquier norma estatal a este mecanismo. También es importante mencionar que, según el entendimiento actual de la Corte Interamericana, la competencia para realizar el control es de todos los órganos y poderes del Estado. Debe tener efectos *erga omnes* y *ex tunc*, una vez que la jurisdicción constitucional conceda su nulidad[60].

Destacase la importante e histórica decisión de la 5ª *Turma do Superior Tribunal de Justiça* (STJ) en el *Recurso Especial* (REsp.) nº 1.640.084-SP, que reconoció la necesidad de adecuar la norma interna, a través del control de convencionalidad, en materia de delito de desacato[61].

Por lo tanto, aunque el mecanismo de control de convencionalidad es teóricamente sencillo, su aplicación en América Latina está aún lejos del necesario para la protección y tutela real de los derechos humanos.

4.2.2 El diálogo interjurisdiccional entre el STF y el Sistema Interamericano

El diálogo, como fenómeno jurídico, es conceptualizado por la doctrina como la adopción del pensamiento ajeno, de manera que lo incorpora y establece un juicio comparativo para aceptar o rechazar el pensamiento analizado[62]. Por lo tanto, el diálogo judicial promueve la asimilación y adecuación de un sistema jurídico compuesto por las más variadas fuentes del derecho.[63]

En este mismo sentido, el diálogo interjurisdiccional se configura cuando una doctrina no nacional se incorpora al código nacional, alterando o no la forma de desarrollar un pensamiento.

Abordando el concepto del tema, como se ha probado exhaustivamente a lo largo del texto, el entendimiento de la jurisdicción militar como competente para

60 GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. Contornos atuais do controle de convencionalidade doméstico. *Los Desafios Juridicos a la Gobernana Global*: Una Perspectiva para los Proximos Siglos. 1. ed. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2017. ISBN 978-85-63257-16-1.

61 MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do controle de convencionalidade pelo Superior Tribunal De Justiça: uma breve análise do voto do min. Ribeiro Dantas. *Revista FIDES*, 15 ed., p. 99 – 103, v. 8, n. 1. Natal: 2017. p. 99-103.

62 MOREIRA, Thiago Oliveira. O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana. *In*: MENEZES, Wagner (org.). *Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*, p. 478-495. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

63 SOUZA, Elden Borges; GONÇALVES, Caio César Gadelha Moreira. O diálogo judicial e o controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos humanos. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP,* Franca, ano 20, n. 31, p. 11-33, jan./jun., 2016.

juzgar a civiles es inconvencional, como se deduce del análisis de la Convención Americana, de las denuncias hechas por la Comisión Interamericana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Los pronunciamientos de la Corte en los casos Lori Berenson Mejía vs. Perú, en el que se confirmó el entendimiento actual de la inconvencionalidad del fuero militar para juzgar a civiles; y Palamara Iribarne vs. Chile, en el que no sólo se declaró la inconvencionalidad de la aplicación de las normas que garantizaban el fuero castrense, sino que se exigió al Chile adecuar su ordenamiento jurídico interno a las garantías judiciales acordadas.

Cabe señalar que, aunque la decisión de *Habeas Corpus* 110.185 cita diversas jurisprudencias internacionales, obligaciones impuestas a terceros Estados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y entendimientos firmados por la Corte Suprema de los Estados Unidos, todos los cuales señalan la inconvencionalidad de las normas que garantizan la competencia jurisdiccional de los tribunales militares de la Unión para procesar y juzgar a civiles, la HC elige erróneamente no dialogar con los precedentes de la Corte Interamericana, lo que la lleva a ser considerada también inconvencional – pueden llevar a Brasil a ser condenado una vez más en el contexto del SIPDH.

5 CONCLUSIÓN

El tema de este artículo, como ya se ha expuesto, ha sido tratado en innumerables ocasiones por los más diversos organismos y tribunales de toda América, con las mayores apariciones en países como Perú, Chile y Brasil. Entre los órganos interamericanos, competentes para analizar el tema, las decisiones y manifestaciones más emblemáticas e innovadoras fueron expuestas convergiendo al mismo punto común, esto es, la inconvencionalidad de la competencia jurisdiccional de los tribunales militares de la Unión para juzgar casos que involucran a civiles, o incluso la inconvencionalidad de la competencia de los tribunales militares para juzgar casos que no son de interés exclusivamente militar y que sólo cuentan con personal militar activo en pleno ejercicio de su función al momento de la consumación del delito que se juzga.

En cualquier caso, a pesar del claro avance en la adopción de medidas que buscan la protección de los derechos humanos, sigue existiendo una gran divergencia entre la forma en que Brasil viene tratando la cuestión de la jurisdicción militar de la Unión y la doctrina internacionalista, apoyada esta última en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el SIPDH (que involucra desde la CIDH

hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y en la Convención de Viena de 1969.

Dicho esto, se constata la necesidad de un efectivo control de la convencionalidad en el ordenamiento jurídico brasileño en incumplimiento con las normas acordadas, en observancia de la *Pacta sunt servanda*. De este modo, Brasil podrá avanzar en la protección de los derechos humanos.

REFERÊNCIAS

A CIDH apresenta caso sobre o Brasil perante a Corte Interamericana. No. 036/21. ed. [S. l.], 19 fev. 2021. Disponível em: https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/036.asp. Acesso em: 2 ago. 2021.

ARAUJO DA SILVA, Paula Carolina; LUCHSINGER, João Thomas. A ampliação da competência da justiça militar e sua inconvencionalidade: análise a partir da convenção americana de direitos humanos. *R. Defensoria Públ, União Brasília*, DF, ed. 13, p. 1-320, jan./jun. 2020.

AZEVEDO, Douglas Matheus de; BROD, Fernanda Pinheiro. A atuação do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos no caso Fazenda Brasil Verde: as sentenças estruturantes como ferramenta no combate ao trabalho escravo. *Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado,* [s. l.], v. 2, n. 2 de 2017.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; MIOTO DOS SANTOS, Rodrigo. A inconvencionalidade do julgamento de civis pela Justiça Militar da União segundo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 138-166, jul./dez. 2015.

BICHARA, Jahyr-Philippe. O controle da aplicação do direito internacional pelo Poder Judiciário brasileiro: uma análise crítica. *Revista dos Tribunais*, [*s. l.*], v. 958, 2015.

CHECHI, Ellen Taciana Predebon; SCHNEIDER, Eliete Vanessa. A efetividade do sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes. *Salão do conhecimento*, XXIII Seminário de Iniciação Científica, p. 1-5, 2015.

CIDH. *Relatório No. 6/20. Caso 12.727*. Mérito. Antonio Tavares Pereira e outros. Brasil. 3 de março de 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso nº 12.916 Nitza Paola Alvarado Espinoza, Rocío Irene Alvarado Reyes, José Ángel Alvarado Herrera y otros.* México. [S. l.], 9 nov. 2016. Disponível em: https://

www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12916NdeRes.pdf. Acesso em: 7 set. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso nº 12.329 Vicente Ariel Noguera y familia Paraguay.* [S. l.], 2 jul. 2018. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12329NdeRes.pdf. Acesso em: 7 set. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso nº 12.482 Valdemir Quispealaya Vilcapoma Perú.* [S. l.], 5 ago. 2014. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12482NdeREs.pdf. Acesso em: 7 set. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Demanda ante la corte Interamericana de Derechos Humanos contra la república de Colombia caso n° 11. & 03 - 19 comerciantes. [S. l.], 24 jan. 2001. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2004-1986/19%20 comerciantes,%20Colombia.pdf. Acesso em: 6 set. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Denúncia. Caso nº 12.727.* 6 de fevereiro de 2021. Caso Nº 12.727 Antonio Tavares Pereira e outros Brasil, [S. l.], 6 fev. 2021. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2021/BR_12.727_NdeREs_PT.PDF. Acesso em: 5 set. 2021.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/. Acesso em: 2 jul. 2021.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: Comentada / coordenadores Christian Steiner, Patricia Uribe; contribuciones Federico Abreu... [et al.]; [la compilación, diagramación y diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Coordinación editorial Nadya Hernández Beltrán y Ginna Rivera Rodríguez; prólogo Juan N. Silva Meza; prefacio Diego Garcá-Sayán; presentación Dean Spielmann]. – México: Suprema Corte de Justicia de la Nación; Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado

de Derecho para Latinoamérica, 2014. Xv, 1042 p.; 24 cm. ISBN 978-607-468-599-2.

CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión consultiva oc-17/02 del 28 de agosto de 2002.

CORTE IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2 a y 46.2 b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva oc-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

CORTE IDH. *Garantías Judiciales em Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva oc-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, [S. l.], 22 nov. 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Acesso em: 2 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú,* [S. l.], 1 set. 2015. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/299_CasoComunidadCampesinaSantaBarbaraVsPeru.html. Acesso em: 6 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Noguera y outra Vs. Paraguay*. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/seriec_401_esp.pdf#CANOPA_S1_PARR104. Acesso em: 6 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru.* Sentença de 30 de maio de 1999. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2004-.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Lori Berenson Mejia vs. Peru.* Sentença de 25 de novembro de 2004. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf. Acesso em: 4 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório anual da Corte Interamericana De Direitos Humanos*. Corte San José, C.R.: A Corte, 2018 227 p.

CORTEZ, Laura Maria Silva; MOREIRA, Thiago Oliveira. A tutela dos Direitos Humanos dos migrantes pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Cadernos de Dereito Actual*, nº 8, 2017, p. 439 - 452.

GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. Contornos atuais do controle de convencionalidade doméstico. *Los Desafios Juridicos a la Gobernana Global*: una perspectiva para los proximos siglos. 1. ed. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2017. ISBN 978-85-63257-16-1.

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

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos Tratados Internacionais D=de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira.* Natal: EDUFRN, 2015.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do controle de convencionalidade pela corte IDH: uma década de decisões assimétricas. *In:* MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em Expansão. Anais do XV CBDI*, p. 251-271. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do controle de convencionalidade pelo Superior Tribunal De Justiça: uma breve análise do voto do min. Ribeiro Dantas. *Revista FIDES*, 15 ed. p. 99-103, v. 8, n. 1. Natal: 2017.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana. *In*: MENEZES, Wagner (org.). *Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*, p. 478-495. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

PINTO BASTOS JUNIOR, Luiz Magno; MIOTO DOS SANTOS, Rodrigo. A inconvencionalidade do julgamento de civis pela Justiça Militar da União

segundo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 138-166, jul./dez. 2015.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. [S. l.], 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 5 ago. 2021.

REIS, Ulisses Levy Silvério dos. *Justiça Militar e Direitos Humanos no Brasil*: Uma análise da competência para o julgamento de crimes cometidos por militares contra civis a partir dos parâmetros constitucionais e internacionais / Ulisses Levy Silvério dos Reis. 2019. 292 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

SALVIOLI, Fabián. El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia. 1. ed. *Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México*, 2020: [s. n.], 2020. 347 p. ISBN 978-607-7822-68-4.

SOUZA, Elden Borges; GONÇALVES, Caio César Gadelha Moreira. O diálogo judicial e o controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos humanos. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP,* Franca, ano 20, n. 31, p. 11-33, jan./jun. 2016.

SOUZA, Thayza Wanessa Silva. Sistema interamericano: aplicabilidade na defesa dos Direitos Humanos. Thayza Wanessa Silva. 2011. 52f. Digitado. Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Relações Internacionais) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Biológicas e Sociais Aplicadas, Departamento de Relações Internacionais, 2011.

STF – HC: 110185 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 14/05/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

O Diálogo Interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo à luz do pensamento de Vicki Jackson

Lavínia Cavalcante da Silva[1]
Thiago Oliveira Moreira[2]

1 INTRODUÇÃO

A partir do final do século XX, resultado das grandes guerras e do período ditatorial latino-americano, observou-se a consolidação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH) de modo a contribuir para o desenvolvimento do *corpo iuris interamericano,* assim englobado pelos instrumentos internacionais de proteção ao indivíduo, que foram firmados entre os países da América.

Dentre esses documentos de salvaguarda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) figura como o principal tratado de defesa e observância de garantias e no qual estabelece a criação da Corte Interamericana dos Direitos Humanos (Corte IDH). É nas decisões da Corte IDH que podem ser observadas

1 Graduanda em Direito pela UFRN. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa (CNPq/UFRN) Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. E-mail: laviniacavalcante.109@ufrn.edu.br.

2 Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Doutor e Mestre em Direito pela Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8030681636075210. E-mail: thiagoliveiramoreira1981@gmail.com.

as interpretações normativas da CADH a fim de que se desenvolva uma ampla proteção dos Direitos Humanos a nível internacional e nacional.

Não obstante, as posturas dos Estados frente às decisões proferidas pela Corte Interamericana podem figurar como convergentes, de resistência e de engajamento à luz dos modelos de diálogo propostos por Vicki Jackson. Nesse sentido, o esforço latino-americano em concretizar um espaço de proteção aos indivíduos se dá pela abertura e necessidade do diálogo interjurisdicional entre as Cortes locais – frise-se o Supremo Tribunal Federal brasileiro – e a Corte IDH, para fins de robustecimento da proteção aos direitos humanos no território nacional.

Nessa perspectiva, surge a seguinte problemática: como classificar o exercício do diálogo interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte IDH à luz do modelo de diálogo interjurisdicional proposto por Vicki Jackson?

Para sanar a problemática supracitada, alguns objetivos precisam ser alcançados. A *priori*, estabelecer as premissas basilares acerca do diálogo interjurisdicional, quais sejam, a definição de diálogo trabalhada na presente pesquisa, suas características e formas de expressão, bem como, a *posteriori*, apresentar os modelos de diálogo propostos por Vicki Jackson. Para isso, foram utilizados como base as produções de Christine Oliveira, Peter da Silva, Laurence Burgorgue-Larsen, Maria Valentina de Moraes, Mônica Clarissa Hennig Leal e Luiz Guilherme Arcaro Conci. Ainda, para estudar os modelos de diálogo interjurisdicional de convergência, resistência e engajamento propostos por Vicki Jackson, foram utilizadas as suas próprias produções, notadamente o livro *Constitutional Engagement in a Transnational Era* e o artigo *Constitucional comparisons: convergence, resistance, engagement*, no que consiste a análise dos modelos de diálogo judicial "Convergente, Resistente e Articulado".

Em um segundo momento, demonstrar através da análise jurisprudencial, o atual exercício do diálogo entre o STF e a Corte IDH. Neste sentido, será realizada uma análise qualitativa da *ratio decidendi* dos casos julgados pela Suprema Corte e consequentemente estudar o comportamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro frente aos modelos de diálogo interjurisdicional propostos por Vicki Jackson, no que concerne ao diálogo com a Corte IDH, bem como estudar a necessidade do diálogo interjurisdicional entre os tribunais para a concretização de uma ampla garantia de direitos humanos à nível nacional. Assim, foram utilizados para a aferição crítica da postura dos tribunais brasileiros os estudos de André de

Carvalho Ramos, Armin Von Bogdandy, Flávia Piovesan, Thiago Oliveira Moreira e Rafaela Teixeira Neves.

A presente pesquisa propõe a abordagem qualitativa e dedutiva, admitindo a pesquisa empírica para atingir os objetivos supracitados. Vez que o estudo é de caráter de compreensão e descrição da temática buscando realizar a confirmação da hipótese do comportamento de resistência e eventualmente de engajamento adotado pelo STF. Desse modo, para que atinja a compreensão da teoria geral do diálogo foi utilizada a pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, subsidiariamente apoiada pela documentação indireta, através de livros e artigos. Sobretudo, foram estudados os modelos de comportamento dos Estados propostos por Vicki Jackson, vez que em suas classificações engloba outras divisões doutrinárias, terminando por ser uma análise profunda e moderna acerca do tema.

De fato, a escolha dos casos levou em consideração quatro requisitos: (I) casos sentenciados após a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) pelo Brasil; (II) casos em que houve a menção expressa à Corte IDH e (III) o impacto social do julgado. Por isso, será analisada a ADPF 153, de 2010, por ser o mais importante precedente do STF sobre o assunto de se opor as reiteradas decisões da Corte IDH. Após, será estudado conjuntamente a ADPF 132, de 2011, e a ADPF 496, julgada em 2020, seguindo uma lógica de apresentar primeiro o comportamento de resistência e, posteriormente, de engajamento.

Nesse contexto, é necessário esclarecer a importância do diálogo interjurisdicional no Brasil, sendo de grande valia para o desenvolvimento da hermenêutica das normas de proteção aos Direitos Humanos em território brasileiro. Nesse ponto, não se fala de uma adesão imediatista aos entendimentos proferidos pela Corte IDH, mas sim de um diálogo de construção no qual possa se identificar as melhores ideias garantistas. Ademais, a adesão ao diálogo é fundamental para evitar ao Brasil futuras condenações na Corte IDH. Portanto, resta necessária a reavaliação da postura dos tribunais nacionais acerca da utilização de precedentes da Corte IDH, com objetivo de que se valha da utilização qualitativa dos julgados na jurisprudência brasileira.

Por isso, espera-se como resultado da pesquisa a contribuição aos estudos na matéria do diálogo interjurisdicional, bem como chegar à conclusão do comportamento de resistência e por vezes, de engajamento ao diálogo interjurisdicional realizado pelo STF frente os entendimentos tomados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Estes motivados – sobretudo – pela crença de uma impermeabilidade de soberania nacional, desconhecimento e desistentes

pelos precedentes da Corte. Assim, é no verdadeiro diálogo interjurisdicional que se procura o uso argumentativo e racional das decisões interamericanas pelo Supremo Tribunal Federal, com explanação da interpretação adotada em consonância ou divergência com a Corte IDH, possibilitando que possa ser visualizada a construção de um diálogo que fortalece o SIPDH.

2 TEORIA GERAL DO DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL

A priori, o diálogo refere-se à discussão de posições opinativas entre duas ou mais pessoas[3], podendo resultar em uma oposição, contradição ou concordância. No entanto, a expressão de "diálogo" utilizada na presente pesquisa será referente à "abertura ao outro", não necessitando imprescindivelmente de interação de resposta comunicativa[4]. Isso porque, de acordo com Burgorgue-Larsen, a obrigatoriedade da resposta excluiria o diálogo, impedindo a manifestação livre de argumentos, no sentido de que obrigar é compelir e não traria um natural resultado[5]. Ademais, busca-se o termo diálogo porque justifica as influências recíprocas entre os juízes nacionais e internacionais sistemática, vez que a análise visa atingir todo o ordenamento[6].

Conforme Flávia Piovesan, existem três tipos de diálogo, os entre ordens jurídicas regionais; entre jurisdições regionais e constitucionais e diálogo entre jurisdições constitucionais[7]. Assim, para o que importa na presente pesquisa, será considerado este último, qual seja, o diálogo entre a Suprema Corte brasileira e a Corte IDH. Desse modo, adiante será estudado o que seria o diálogo, suas características e formas de expressão.

---

3 Consequentemente, o diálogo entre juízes pode ser até multidimensional. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas*, v. 07, n. 1, jan./jun. Brasília, 2010, p. 263-264.

4 É o que é chamado de diálogos transjusfundamentais. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade*: Diálogos Judiciais Transnacionais sobre Direitos Fundamentais. Tese de doutorado, Universidade de Brasília, 2013. p. 274.

5 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas*, l. 07, n. 1, jan./jun. Brasília, 2010. p. 268.

6 SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma Realidade nos dias atuais. *Revista Da Ajuris*, Porto Alegre, v. 44, n. 143, 2017. p. 211.

7 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, São Paulo, 2012, p. 67-93.

2.1 PRECEITOS BASILARES DO DIÁLOGO

O diálogo interjurisdicional[8] significa primordialmente a referência de integração entre decisões nacionais e internacionais em uma organização mundial de forma a superar a limitação territorial dos magistrados[9]. Assim, o juiz doméstico poderá ter acesso a um sistema de normas nacionais e internacionais, e, consequentemente, é levado a se abrir a outras interpretações. Essa abertura faz com que haja manifestações internacionais, que permite o diálogo judicial atingindo diferentes culturas[10].

O diálogo para ser democrático deve ser dotado de elementos fundamentais, quais sejam: razões argumentativas acerca de um determinado tema, diálogo livre, poder de fala igualitária e inclusiva, não apenas formalmente, mas substancialmente[11]. Assim sendo, a legitimidade do diálogo parte do momento do reconhecimento de um processo argumentativo nos tribunais pela comunidade jurídica, bem como, os entendimentos de origem de cortes estrangeiras[12]. Está intrínseco no diálogo o entendimento da não necessária aceitação do que está sendo tratado, nesse sentido levando ao diálogo negativo quando o magistrado se opõe o que foi entendido pela outra corte e confronta os seus fundamentos[13].

---

8 Escreve Burgorgue: "diálogo constante, sem ser onipresente, aberto, sem ser complacente, crítico, sem desprezo, elogioso (por vez), sem ser pedante, com múltiplos representantes de diferentes gerações que compõem um universo acadêmico". BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas*, l. 07, n. 1, jan./jun. Brasília, 2010. p. 262.

9 LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina De. O Diálogo entre Cortes nacionais e internacionais frente à proteção dos Direitos Humanos e fundamentais. *In:* Mostra de Pesquisa de Direito Civil Constitucionalizado, p. 1-8.2017, Santa Catarina. p. 6-7.

10 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas*, l. 07, n. 1, jan./jun. Brasília, 2010. p. 263.

11 OLIVEIRA, Antonio Carlos Moni; CAMARGO, Beatriz Corrêa; ALVES, Cândice Lisbôa. Diálogo de Cortes: A Influência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de execução penal no Supremo Tribunal Federal. *Revista Quaestio Iuris*, v.11, n. 04, Rio de Janeiro, 2018. p. 3432.

12 *Ibid.* p. 127.

13 CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In:* Diálogo entre Cortes: A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita, p. 117-148. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. p. 127.

Burgorgue-Larsen ressalta que o primeiro diálogo entre juízes – aqui se referindo ao juiz doméstico e o internacional – consagra-se em uma espécie de verticalidade. Por vezes, ocorrendo por determinação do ordenamento jurídico de origem não somente nacionais, mas também internacionais, que obrigam os juízes a trabalhar com os dois espaços jurídicos simultaneamente[14]. De outro modo, existe uma segunda espécie de diálogo, caracterizado como mais aberto, no qual não possui vinculação a sistema jurídico e não possui hierarquia[15] e resultam em interações espontâneas e informais entre juízes[16]. Nesse contexto, essa última espécie é considerada imprescindível para a consolidação de uma integração de diálogo judicial[17], em que este se manifesta fora das obrigações do sistema, não devendo ser regulamentado e sim – primordialmente – fruto da espontaneidade[18].

O diálogo interjurisdicional pode ser evidenciado a partir de uma referência expressa de legislação e decisões internacionais[19]. Contudo, frise-se que a mera citação de precedentes estrangeiros[20] não pode ser considerada um diálogo propriamente dito, devendo a decisão ter uma avaliação na prática do tribunal[21]. Além disso, os diálogos também podem ocorrer em fóruns informais, conferência de magistrado, sendo presencial ou eletrônica, mas que deve ser caracterizada pela abertura de troca de ideias[22].

---

14 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas*, v. 7, n. 1, jan./jun. Brasília, 2010. p. 265.

15 *Ibid.* p. 267.

16 *Ibid.* p. 265.

17 Burgorgue-Larsen esclarece: "O juiz que dialoga assim com outros juízes, sem nenhuma obrigação para fazê-lo, encontra-se, na realidade, inserido numa rede de vinculações mais ou menos exigentes. mão invisível" de Adam Smith, um conjunto de vinculações judiciais invisíveis leva os juízes a dialogar, a citar "jurisprudências oriundas de outro lugar", aquelas se localizando fora de seu próprio sistema de referência. Conseguindo decifrar o círculo das obrigações, o sentido do diálogo aparece então; seria melhor se eu dissesse os sentidos. *Ibid.* p. 286.

18 *Ibid.* p. 286.

19 *Ibid.* p. 80-138.

20 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas*, v. 7, n. 1, jan./jun. Brasília, 2010. p. 288.

21 SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade*: Diálogos Judiciais Transnacionais sobre Direitos Fundamentais. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 62-63.

22 *Ibid.* p.138.

Com efeito, a interpretação dialógica guarda um importante instrumento de diálogo interjurisdicional, nega a perspectiva universal, uma vez que considera as diferenças entre os sistemas de modo tão fundamental que seria complicado construir uma base comum[23]. Entretanto, a jurisprudência comparada pode ser um mecanismo de reflexão crítica jurídica importante para a compreensão dos sistemas e jurisprudências nacionais[24]. Por demais, deve ser considerado na metodologia interpretativa supramencionada as premissas normativas e fatídicas do determinado caso, a comparação dessas – possível caso estrangeiro – com o caso factual doméstico, e a *posteriori*, o juiz intérprete irá analisar as semelhanças fatídicas no qual irá concluir pelo uso ou não do precedente estrangeiro em sua decisão[25].

De todo modo, é no diálogo interjurisdicional que se pode interagir com experiências estrangeiras, que são necessárias para superar os dilemas do *status quo* jurídico de modo a promover o melhoramento das interpretações e princípios voltados para a ampla garantia dos direitos humanos[26]. Assim, é nessa abertura que os magistrados nacionais podem fortalecer sua argumentação interna ou também, mudar sua interpretação[27].

Superando as premissas iniciais acerca do diálogo interjurisdicional, será analisado o modelo de diálogo proposto pela estudiosa Vicki Jackson que comporta os comportamentos de Resistência, Convergência e engajamento pelos Estados.

---

23 Importante salientar nesse ponto que Burgorgue-Larsen considera que apesar de contextos diferentes, os ordenamentos possuem uma base jurídica convergente no que tange a proteção aos direitos humanos, no qual poderá ser consolidada através do diálogo interjurisdiccional. BURGORGUE--LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas*, v. 7, n. 1, jan./jun. Brasília, 2010. p. 283-284.

24 "A partir de um olhar em que a imagem do outro pode ser percebida não por meio de um quadro, mas como se através de um espelho". SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade*: Diálogos Judiciais Transnacionais sobre Direitos Fundamentais. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 115.

25 *Ibid.* p. 117.

26 *Ibid.* p. 121-122.

27 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas*, v. 7, n. 1, jan./jun. Brasília, 2010. p. 301.

2.2 O MODELO DE DIÁLOGO PROPOSTO POR VICKI JACKSON

De acordo com Vicki Jackson existem três posturas do Estado em relação ao transnacional, são eles: de resistência, convergência e engajamento[28]. Nesse sentido, quanto à postura de resistência (diferenciação ou indiferença) pode-se depreender que vem aglutinada ao constitucionalismo excessivo, em que as normas legais são de acordo com o procedimento nacional e por isso, rechaçam as interpretações internacionais vez que não advém da comunidade jurídica interna[29]. Assim, as fontes de jurisdições nacionais possuem uma identidade nacional particular[30] na qual é presa a expressão sociocultural de um povo (diferente do estrangeiro), então segundo os defensores da mencionada supra postura, incorporar entendimentos internacionais não representaria o significado original da interpretação da norma jurídica nacional[31]. Nesse ínterim, a utilização de fontes internacionais afeta o desenvolvimento da cultura[32], isso porque assumem que os dispositivos internacionais representam significativamente as concepções ocidentais – de forma a rejeitar as características peculiares dos povos[33].

Outrossim, muito do ceticismo advém da preocupação da escolha judicial de decisões, em que os precedentes estrangeiros poderiam fundamentar as preferências de um magistrado, sendo utilizados para mascarar a preferência pelo estrangeiro[34]. Em rigor, importar os precedentes seria como legitimar sua influência

---

28 Luiz Guilherme Conci também aborda no mesmo sentido da classificação dos comportamentos dos tribunais em: "os tribunais abertos ao diálogo; os tribunais medianamente dialogantes; e os tribunais reticentes ao diálogo". CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In: Diálogo entre Cortes*: A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita, p. 117-148. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. p. 129.

29 JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford University Press. Estados Unidos, 2013. p. 8.

30 É o que a doutrina dá o nome de "quatro paredes", no qual a constituição não deve ser interpretada com base em analogias estrangeiras, mas sim dentro de quatro paredes. *Ibid.* p. 35.

31 Vicki Jackson chama esse fenômeno de Originalismo, que significa "O propósito de incorporar compromissos constitucionais básicos em um documento escrito seria prejudicado se as palavras acordadas pudessem ser interpretadas de maneiras que se afastassem desse significado público. A lei estrangeira ou internacional atual seria irrelevante para entender o significado original". *Ibid*. p. 20.

32 *Ibid.* p. 25.

33 *Ibid.* p. 28.

34 *Ibid.* p. 17.

no âmbito interno e consequentemente seria uma ameaça política. Tendo em vista que quando a constituição não prevê uma forma democrática de aceitação da utilização da fonte internacional, poderia ser entendida como um autogoverno e infração a democracia[35].

A resistência pode se manifestar através da ausência de diálogo ou o próprio reconhecimento daquilo que advém do estrangeiro resultante do desinteresse para com as fontes estrangeiras[36], o rechaço na permissão de acordos internacionais que influenciam na interpretação jurisdicional[37] e citações decorativas de precedentes internacionais nas decisões nacionais[38][39].

Assim sendo, o segundo modelo apresentado por Vicki é o de convergência que reflete o oposto da postura anterior. Nesse caso, ocorre a identificação nacional com as fontes internacionais que imaginam a implementação de um processo descentralizador visando um diálogo progressivo de convergência[40]. *In strictu sensu*, visualiza-se no âmbito nacional um lugar para o englobamento do direito internacional, no qual as constituições nacionais podem incorporar os direitos internacionais de Direitos Humanos[41].

Nesse contexto, o diálogo entre o sistema nacional e internacional irá resultar na convergência na questão de proteção às garantias, devido a um pensamento principiológico universalista de modo a desenvolver o sistema nacional, vez que os pressupostos de proteção ao ser humano decorrem da sua própria natureza, não

35 ACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford University Press. Estados Unidos, 2013. p. 22.

36 *Ibid.* p. 32-33.

37 *Ibid.* p. 34.

38 *Ibid.* p.18.

39 No mesmo sentido, CONCI coloca: "[...] O último grupo é o da bricolagem. As citações dos outros tribunais ocorrem sem qualquer adaptação ou desenvolvimento de argumentos, são meras referências que operam no campo numérico (mais citações, mais pesquisa ou erudição) mas que servem, ao final, como meros apoios unilaterais ao que se pretende decidir. Às vezes, inclusive, são desnecessárias, equivocadas ou mesmo superadas nos tribunais de origem." CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In:* Diálogo entre Cortes: A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita, p. 117-148. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. p. 130.

40 JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford University Press. Estados Unidos, 2013. p. 8.

41 *Ibid.* p. 42.

se baseando em noções de Estado ou procedimentos jurídicos específicos[42]. Por isso, a interpretação das normas internas sempre estará à luz da ampla garantia aos indivíduos, que são reconhecidos internacionalmente. Mais veemente, o processo de discussões acerca de um determinado direito e nesse sentido a análise de decisões irão resultar na solução de problemas jurídicos[43][44].

Ademais, os defensores de tal tese também argumentam que a convergência irá evitar eventuais abusos de direitos por parte do Estado, criando o hábito de proteção ampla aos direitos humanos, e logo, evitando a ocorrência de violações aos direitos humanos e protegendo as infrações contra as minorias[45].

Por último, a postura de engajamento tem sua base na abertura para eventual consonância e discordância com as fontes internacionais[46], assim, apesar de haver um diálogo, pode ou não implicar em obrigações por parte do Estado[47]. Dessa forma, a intenção é que os juízes possuam uma decisão mais fundamentada e imparcial acerca das suas normas e por isso, os precedentes estrangeiros que forem materialmente interessantes poderão ser utilizados como mecanismos de reflexão – por agora, não hierárquicas[48] – em que não vincula o magistrado[49].

Não obstante, a postura de engajamento possui duas subclassificações: deliberativo e relacional. O primeiro refere-se às posturas nas quais não há uma necessária obrigação de interpretar com base no direito internacional, mas sim, no fato deste ser uma primitiva fonte para o melhoramento das decisões, podendo os juízes

42 JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford University Press. Estados Unidos, 2013. p. 46.

43 *Ibid.* p. 47.

44 Em sentido similar, CONCI afirma: "A interação aberta é outra forma de diálogo. Os tribunais trocam experiência no tempo, observando o fazer um do outro, o modo como vem tratando de temas que são objeto de suas decisões, para construir um processo de fundamentação em rede." CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In:* Diálogo entre Cortes: A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita, p. 117-148. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. p. 130.

45 JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford University Press, Estados Unidos, 2013. p. 51.

46 *Ibid.* p. 9.

47 *Ibid.* p.71.

48 *Ibid.* p.71.

49 *Ibid.* p.71.

decidirem pela concordância ou discordância para com as fontes internacionais[50]. Já o relacional refere-se a uma relação permissiva em que pode haver a obrigação – expressa ou não – de considerar as fontes internacionais, condicionado a isso, em alguma eventual divergência com o tribunal internacional, o juiz deverá justificar a sua posição[51]. Nesse sentido, os tribunais utilizam dos precedentes internacionais para aumentar sua legitimidade interna e evitar controvérsias com a Comunidade internacional[52].

Ato contínuo, estudadas as premissas basilares do diálogo interjurisdicional e os modelos de diálogo propostos por Vicki Jackson, passa-se ao estudo do exercício do diálogo interjurisdicional realizado pelo STF com as decisões da Corte IDH.

3 O EXERCÍCIO DO DIÁLOGO INTERJURISDICIONAL ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Agora, eis que cumpre analisar precedentes do Supremo Tribunal Federal no qual se revela o caráter construtivo do diálogo interjurisdicional, vez que podem ser observadas as interpretações judiciais não meramente quantitativas, isto é, quando as decisões não se limitam à meras citações da Corte IDH, mas sim, abrangem a análise de aplicação da hermenêutica nesses casos, apontando concordâncias e discordâncias. Frise-se que a mera utilização da citação de decisões da Corte IDH não será entendida como um diálogo consolidado, mas sim aquela jurisprudência na qual há análise hermenêutica por parte do Ministro do Supremo, partindo de um estudo qualitativo.

Não obstante, interessa na presente pesquisa estudar a aplicação das decisões na Corte IDH nos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos que foram objetos de possíveis violações a preceito fundamental e ainda possuam respaldo nas interpretações feitas pelo Tribunal Interamericano.

Observado que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é necessário que haja a recepção não meramente formal, mas de constante aplicação por parte do Judiciário da hermenêutica da Corte IDH. Assim, um dos mecanismos para a efetiva recepção é o diálogo interjurisdicional,

50 JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford University Press, Estados Unidos, 2013. p. 72.

51 *Ibid.* p.72.

52 *Ibid.* p.77.

manifestado através da utilização qualitativa dos julgados da Corte Interamericana na construção de decisões judiciais da mais alta corte brasileira, principalmente em contexto de violação a Direitos Humanos.

Neste sentido, foram selecionados para a análise do diálogo interjurisdicional entre o STF e a Corte IDH as ADPFs 153; 496 e 132. Nas linhas que seguem, serão analisados os casos e como se deu a aplicação qualitativa das decisões da Corte IDH. A análise será iniciada pela paradigmática decisão proferida na ADPF nº 153, em 2010, por ser o mais importante precedente do STF sobre o assunto de se opor a reiteradas decisões da Corte IDH. Após, passa-se ao estudo conjunto da ADPF 132, de 2011, e, por último, da ADPF 496, julgada em 2020.

A ADPF nº 153 discutiu sobre a não recepção da Lei de Anistia, no qual restou improvida. Assim, apesar de haver julgados importantes na Corte IDH acerca da inconvencionalidade da lei da anistia em diversos países da América Latina, conforme pode ser evidenciado no caso *Barrios Altos vs. Peru*, julgado pela Corte IDH, em que rechaçou a Lei de Anistia, vez que a previsão é contrária a CADH. Nessa lógica, o julgamento foi utilizado como fundamento e precedente que influenciou a *Corte Suprema de la Nación*, na Argentina, no caso *Simón*[53].

Sem embargo, essa última decisão foi empregada na sentença da Corte IDH do caso *Gomes Lund* ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, em 2010. Frise-se que apenas o Ministro Celso de Mello utilizou os precedentes da Corte Interamericana, comparando-a e justificando a sua não incidência no caso em julgamento[54]. Por demais, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski lembrou por hora e em forma de citação rápida os casos julgados pela Corte IDH (Caso Goiburú e outros, Caso Ximenes Lopes, Caso Baldeón García, Caso Masacre de Pueblo e Caso do Massacre de Mapiripán). Note-se que apesar de haver de fato a citação dos precedentes da Corte IDH, não há efetivamente uma discussão comparada, vez que não foi refutada ou utilizada como fundamento em que restou a ADPF improvida pela recepção da Lei da Anistia.

Não obstante, vale destacar o julgamento da ADPF 132, que reconheceu em 2011 a união homoafetiva como instituto jurídico familiar. Apesar do provimento e da importância da matéria, a Corte Interamericana somente foi citada uma vez,

53 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização do direito interamericano dos direitos humanos pela justiça argentina*. Paradigmas do Direito Constitucional Atual, ICPA, 2017. p. 9.

54 SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma Realidade nos dias atuais. *Revista Da Ajuris*, Porto Alegre, v. 44, n. 143, 2017, p. 224.

no voto do outrora Ministro Marco Aurélio, que mencionou de forma passageira – em ínfimas 4 linhas – os casos Loayza Tamayo vs. Peru e Cantoral Benavides vs. Perú, de maneira direta e sem análise qualitativa. Além disso, o mesmo Ministro supramencionado recorda do caso Gutiérrez Soler *vs* Colômbia, julgado em 12 de setembro de 2005, e insere uma citação direta em seu voto. Ao que importa aos outros Ministros, evidenciando aqui o relator Ayres de Brito, nada foi mencionado acerca da Corte Interamericana.

Com efeito, poderiam ser utilizados como fundamentação outros casos julgados pela Corte IDH, como o caso José Alberto Pérez Meza vs. Paraguay, no qual o parceiro homoafetivo não pôde ser reconhecido como status de herdeiro perante a jurisdição interna. Ademais, até mesmo as interpretações dos artigos 11 e 24 do CADH que tratam sobre proteção da honra e da dignidade e igualdade perante a lei poderiam ter sido utilizadas.

Na ADPF n° 496, cujo objeto é o art. 331 do Código Penal, que previu o crime de desacato a funcionário público viola o princípio democrático e o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesse ponto, o voto do Ministro Barroso – apesar de decidir mais uma vez em discordância com o posicionamento da Corte Interamericana – fundamenta a inaplicabilidade dos precedentes, por vezes, detalhadamente, utilizando-os como argumentação. Já o Ministro Edson Fachin limita-se apenas a citar os precedentes da Corte, sem fundamentá-los de modo devido, enquanto os outros Ministros restantes limitam-se a não abordar a temática.

Pode-se observar a deficiência do diálogo entre o STF e a Corte IDH[55]. Em específico, as manifestações do STF em relação aos referidos julgados procedentes da Corte Interamericana visualizam-se – em maioria – ausência de esforço argumentativo[56], sendo as citações de mera passagem ou referência e

55 LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina De. O Diálogo entre Cortes nacionais e internacionais frente à proteção dos Direitos Humanos e fundamentais. *In: Mostra de Pesquisa de Direito Civil Constitucionalizado*, p. 1-8.2017, Santa Catarina. p. 5.

56 CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In: Diálogo entre Cortes*: A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita, p. 117-148. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. p. 42 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela Da Cruz. Internacionalização dos Direitos Humanos e Diálogos Transjurisdicionais: Uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: Conselho Nacional de Pesquisa e pós-graduação em Direito - Conpedi. (org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos I*, XII ed., v. I, p. 368-394. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 390.

sem fundamento vinculante[57]. Ademais, no Supremo não é realizado de modo significativo a aplicação de precedentes qualitativo da Corte Interamericana, não se podendo falar assim em um diálogo doméstico e regional[58]. Apesar disso, observa-se a utilização unilateral de precedentes por Ministros específicos, enquanto outros sequer venham a tratar das decisões internacionais, revelando assim o caráter heterogêneo do diálogo.

Isto posto, pode-se depreender a existência de um diálogo interjurisdicional deficitário com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso porque, apesar de haver quantitativamente citações razoáveis de decisões da Corte IDH nas decisões brasileiras, essas se mostram qualitativamente carentes no sentido de não existir uma hermenêutica da análise do precedente internacional pelo jurista. Nesse contexto, a partir dos modelos normativos dialógicos propostos por Vicki Jackson, observa-se a postura de resistência – e por vezes, do engajamento – ao diálogo com a Corte IDH pelos tribunais brasileiros, caracterizada pelo ceticismo e indiferença ao utilizar um precedente internacional.

4 O NECESSÁRIO DIÁLOGO INTERJURISDICIONAL ENTRE OS TRIBUNAIS ESTATAIS E A CORTE IDH

De imediato, deve-se afirmar que de acordo com a ordem internacional as normas nacionais de um determinado país devem estar compatíveis com os tratados por ele ratificados, fruto do controle de convencionalidade[59]. Por isso, a recepção das normas do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos pelo STF gera a consequência de coerência do Poder Judiciário frente aos casos similares aos já julgados pela Corte IDH, de modo a produzir um tratamento jurídico igualitário e convergente[60].

57 *Ibid*. p. 144.

58 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela Da Cruz. Internacionalização dos Direitos Humanos e Diálogos Transjurisdicionais: Uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: Conselho Nacional de Pesquisa e pós-graduação em Direito - Conpedi. (org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos I*, XII ed., v. I, p. 368-394. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 388.

59 LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina De. O Diálogo entre Cortes nacionais e internacionais frente à proteção dos Direitos Humanos e fundamentais. *In:* Mostra de Pesquisa de Direito Civil Constitucionalizado, p. 1-8.2017, Santa Catarina. p. 3.

60 NEVES, Rafaela Teixeira Sena. Por que resistir? A Resistência do STF ao Diálogo Judicial com a Corte IDH. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 16-37, jan./jul. 2016. p. 206-207.

Frise-se que a partir do momento em que o Estado assume o compromisso junto ao tratado, é dever do STF que haja – pelo menos – uma argumentação quando adota uma interpretação divergente daquela da Corte na garantia aos direitos humanos, de modo a justificar a Comunidade brasileira e internacional[61].

Nesse ínterim, o diálogo interjurisdicional possui a função de ser um mecanismo de recepção, vez que apoia o Judiciário a interagir com as decisões anteriores julgadas pela Corte IDH, de maneira a produzir uma coerência com o SIPDH. Ainda, pelo sistema não ser dotado de força coerciva, é através do diálogo judicial que se dá maior iluminação à jurisprudência como um dirigente da hermenêutica do CADH pelos juízes domésticos[62].

É necessário para que se estabeleça um diálogo interjurisdicional, a menção de decisões da Corte Interamericana e que as fundamentações trazidas nesses precedentes sejam debatidas de maneira a objetivar a construção de uma coerência interna que produz uma convergente discussão junto à Corte, de modo a garantir a segurança jurídica e a ampla proteção aos direitos humanos[63].

A importância do diálogo desenvolvido pelas cortes na busca pela harmonização dos sistemas locais e regionais que possuem por si sós contextos distintos e ainda objetivam uma base jurídica comum de ampla proteção aos direitos humanos, e que só poderá ser efetivada através de um diálogo horizontal – entre as cortes locais[64], e o diálogo vertical – entre as cortes locais e a Corte Interamericana – de forma aberta e voluntária[65]. Não obstante, as decisões proferidas pela Corte IDH

61 CARVALHO RAMOS, André De. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In:* O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, São Paulo, 2009. p. 351.

62 NEVES, Rafaela Teixeira Sena; RESQUE, João Daniel Daibes. Diálogo Judicial Transnacional: A Recepção dos Tratados Internacionais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre Territórios Indígenas. *In:* A Internalização de Tratados Internacionais de Direitos Humanos na América do Sul, v. 1, p. 205-222, 1 ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2017. p. 220.

63 OLIVEIRA, Antonio Carlos Moni; CAMARGO, Beatriz Corrêa; ALVES, Cândice Lisbôa. Diálogo de Cortes: A Influência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de execução penal no Supremo Tribunal Federal. *Revista Quaestio Iuris*, v.11, n. 04, Rio de Janeiro, 2018. p. 3433.

64 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas*, v. 7, n. 1, jan./jun. Brasília, 2010. p. 283-284.

65 MOREIRA, Thiago Oliveira. O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana. *In*: *Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*, p. 478-495. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 478.

fundam-se como referência para a tutela de proteção aos Direitos Humanos[66]-[67]. Sendo assim, é imprescindível que os tribunais superiores tenham a capacidade de incorporar nas suas sentenças as interpretações constitucionais das outras cortes, de forma a configurar um diálogo construtivo[68].

Observa-se que a importância do diálogo entre o STF e a Corte IDH dá-se pela atribuição em comum, qual seja, a concretização dos Direitos Humanos[69]. Como consequência do diálogo judicial, resta a menor previsibilidade de abusos cometidos, novas argumentações, a autocrítica da corte, a discussão de experiências plurais e multifacetadas, e evitar a repetição de violações cometidas pelo próprio ordenamento ou por outros, tudo isto a fim de que se adquira um olhar de maior proteção aos direitos humanos[70].

À luz do exposto, pode-se aferir que os desafios para a efetivação do diálogo interjurisdicional permeiam a esfera do desconhecimento em relação à jurisprudência internacional pelos magistrados, ainda, em virtude da Constituição Federal de 1988 ser prolixa e, desse modo, possuindo uma longa previsão de garantias – o que em tese, resultaria de uma desnecessidade de auxílio

66 Nesse ponto, Siddharta Legale discorre acerca da função assessora da Corte IDH "envolve a função de transmitir o seu conhecimento, orientações e esclarecimentos dentro das competências e das atribuições para as quais a Corte IDH foi projetada". Ainda, o autor complementa com a vinculação das opiniões consultivas "Os órgãos ou Estados que realizaram a consulta não podem se desviar da interpretação fixada, sob pena de posteriormente na aplicação de uma lei violadora da CADH incidirem em responsabilidade internacional", sobretudo, respeitado o princípio pro persona. LEGALE, Siddharta. Controle de convencionalidade consultivo? um estudo em homenagem ao prof. Sidney Guerra. *In:* Um novo direito: homenagem aos 25 anos de docência no ensino superior do Professor Dr Sidney Guerra.1 ed. Curitiba: instituto Memória, 2019, v.1, p. 93-95.

67 MOREIRA, Thiago Oliveira. A Possível Formação de um Direito Constitucional Comum na América Latina e os Direitos Humanos Sociais. *In*: *Direito internacional na contemporaneidade*. Brasília, 2018. p. 166.

68 JARAMILLO, Leonardo García. *Desafios da Interamericanização do Direito:* A Contribuição da Comuna Ius Constitucional. Espanha: UNED. Journal of Political Law, 2016. p. 134.

69 CARVALHO RAMOS, André De. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In: O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo, 2009. p.349.

70 NEVES, Rafaela Teixeira Sena; RESQUE, João Daniel Daibes. Diálogo Judicial Transnacional: A Recepção dos Tratados Internacionais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre Territórios Indígenas. *In: A Internalização de Tratados Internacionais de Direitos Humanos na América do Sul*, v. 1, p. 205-222, 1 ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2017. p. 211.

de precedentes estrangeiros para a interpretação[71]. Além disso, consoante com a postura de resistência, o obstáculo da soberania do Estado que restringe a obrigação de se analisar integralmente as fontes internacionais[72], do contrário, representaria o enfraquecimento da soberania e da democracia nacional[73]. Nesse sentido, o "outro" embora objetive os mesmos interesses que a jurisdição nacional, ainda é rechaçado.

Sobretudo, é necessário aderir à visão hermenêutico-culturalista e assim, superar a visão normativo-positivista acerca do Estado Soberano[74] de modo a compreender a comunidade internacional como uma fonte de diálogo para a construção de um direito convergente e por si só, fortalecedor dos direitos humanos em sede nacional e internacional.

6 CONCLUSÃO

O diálogo pode ser evidenciado na referência de decisões internacionais nas cortes locais de um determinado país, aqui se frise que será enquadrada não pela mera citação de precedentes, mas pela análise hermenêutica de cada um e no que tal argumentação pode ser usada para construir um entendimento jurisprudencial progressivo.

Assim, as Cortes podem adotar diversos comportamentos de diálogo frente às decisões estrangeiras. Ato contínuo, Vicki Jackson apresenta o modelo de resistência, no qual ocorre o rechaço das interpretações internacionais justificadas, sobretudo, por um critério de nacionalismo e de não identificação cultural. Ainda, apresenta o modelo de Convergência, em que há uma identificação e a busca comum pelo desenvolvimento hermenêutico e ampla garantia dos Direitos Humanos. Sendo assim, o meio termo seria a postura de engajamento, em que eventualmente ocorre o reconhecimento de decisões internacionais pelos tribunais

71 LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina De. O Diálogo entre Cortes nacionais e internacionais frente à proteção dos Direitos Humanos e fundamentais. *In: Mostra de Pesquisa de Direito Civil Constitucionalizado*, p. 1-8.2017, Santa Catarina. p. 4.

72 OLIVEIRA, Antonio Carlos Moni; CAMARGO, Beatriz Corrêa; ALVES, Cândice Lisbôa. Diálogo de Cortes: A Influência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de execução penal no Supremo Tribunal Federal. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, n. 04, Rio de Janeiro, 2018. p. 3431.

73 SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade*: Diálogos Judiciais Transnacionais sobre Direitos Fundamentais. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 95.

74 *Ibid.* p. 96.

locais, seja por meio de um diálogo negativo ou até mesmo por meras citações dos precedentes estrangeiros.

Nesse ínterim, no que concerne o exercício do diálogo interjurisdicional realizado pelo Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana, pode-se ser identificar o tribunal brasileiro com uma postura de resistência, com eventuais comportamentos de engajamento. Sem embargo, estes são motivados – sobretudo – pela crença de uma impermeabilidade de soberania nacional, desconhecimento e desistentes pelos precedentes da Corte.

Por todo o exposto, é no verdadeiro diálogo interjurisdicional que se procura o uso argumentativo e a ampla garantia das decisões interamericanas pelo Supremo Tribunal Federal, com explanação da interpretação adotada em consonância ou divergência com a Corte IDH, possibilitando que possa ser visualizado a construção de um diálogo que fortalece o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BOGDANDY, Armin Von. Pluralism, Direct Effect, and The Ultimate Say: On the relationship between international and domestic constitutional law. *Con,* v. 6, n. 3 e 4, 2008, p. 397-413.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas*, v. 7, n. 1, jan./jun. Brasília, 2010.

CARVALHO RAMOS, André De. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In: O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo, 2009.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In: Diálogo entre Cortes*: A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita, p. 117-148. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford University Press. Estados Unidos, 2013.

JACKSON, Vicki C. Constitucional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128.

JARAMILLO, Leonardo García. *Desafios da Interamericanização do Direito:* A Contribuição da Comuna Ius Constitucional. Espanha: UNED. Journal of Political Law, 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina De. O Diálogo entre Cortes nacionais e internacionais frente à proteção dos Direitos Humanos e fundamentais. *In: Mostra de Pesquisa de Direito Civil Constitucionalizado*, p. 1-8.2017, Santa Catarina.

LEGALE, Siddharta. Controle de convencionalidade consultivo? um estudo em homenagem ao prof. Sidney Guerra. *In: Um novo direito*: homenagem aos 25 anos

de docência no ensino superior do Professor Dr Sidney Guerra.1 ed. Curitiba: instituto Memória, 2019, v.1, p.93-95.

LOPES FILHO, Francisco Camargo Alves; MOREIRA, Thiago Oliveira. Transconstitucionalismo, Direito Internacional e Direito Interno: Uma nova forma de enxergar a moldura jurídica de Kelsen? *Revista FIDES*, v. 11, n. 2, 2021, Natal, p. 154-176.

MAGALHÃES, Breno Baía. *Pluralismo constitucional interamericano*: a leitura plural da constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tese de doutorado. Universidade Federal do Pará, 2015.

MOREIRA, Thiago Oliveira. A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira. *Cadernos de Dereito Actual*, n. 15, 2021, p. 186 - 203. Natal: EDUFRN, 2015.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização do direito interamericano dos direitos humanos pela justiça argentina*. Paradigmas do Direito Constitucional Atual, ICPA, 2017.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana. *In*: *Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*, p. 478-495. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

NEVES, Rafaela Teixeira Sena. Por que resistir? A Resistência do STF ao Diálogo Judicial com a Corte IDH. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 16-37, jan/jul. 2016.

NEVES, Rafaela Teixeira Sena; RESQUE, João Daniel Daibes. Diálogo Judicial Transnacional: A Recepção dos Tratados Internacionais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre Territórios Indígenas. *In: A Internalização de Tratados Internacionais de Direitos Humanos na América do Sul*, v. 1, p. 205-222, 1. ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2017.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela Da Cruz. Internacionalização dos Direitos Humanos e Diálogos Transjurisdicionais: Uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: Conselho Nacional de Pesquisa e pós-graduação em Direito - Conpedi. (org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos I*, XII ed., v. I, p. 368-394. Florianópolis: Conpedi, 2014.

SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma Realidade nos dias atuais. *Revista Da Ajuris*, Porto Alegre, v. 44, n. 143, 2017, p. 207 - 232.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade*: Diálogos Judiciais Transnacionais sobre Direitos Fundamentais. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso Da. Integração e Diálogo Constitucional na América Do Sul. *In: Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul,* p. 515-530. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. Harvard International *Law Journal*, v. 44, winter/2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N° 153*. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 153 Distrito Federal Relator: Min. Eros Grau.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N° 132.* Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 132 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N° 496*. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 496. Distrito Federal Relator: Min. Roberto Barroso.

OLIVEIRA, Antonio Carlos Moni; CAMARGO, Beatriz Corrêa; ALVES, Cândice Lisbôa. Diálogo de Cortes: A Influência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de execução penal no Supremo Tribunal Federal. *Revista Quaestio Iuris*, v.11, n. 04, Rio de Janeiro, 2018. p. 3430-3448.

PIOVESAN, Flávia. BORGES, Barbosa Bruno. O Diálogo Inevitável Interamericano e a Construção do Ius Constitutionale Commune. *Rev. direitos fundam. democ.*, v. 24, n. 3, Curitiba, 2019, p. 5-26.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n.19, São Paulo, 2012, p. 67-93.

O (necessário) controle de convencionalidade e o crime de desacato: sua incompatibilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Mariana Liberato Pinheiro[1]
Thiago Oliveira Moreira[2]

1 INTRODUÇÃO

A temática da relação entre o direito à liberdade de expressão e a tipificação do crime de desacato é debatida fortemente no âmbito do sistema interamericano desde 1994, tendo início no Caso Horacio Verbitsky *vs*. Argentina, criando precedente internacional da evidência da incompatibilidade das chamadas "leis de desacato" com o direito à liberdade de expressão. Em decorrência do Brasil ser signatário dos tratados de direitos humanos, faz-se necessária sua adaptação as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, além disso, é imprescindível a aplicação de tais preceitos na jurisprudência dos tribunais nacionais.

Assim, o presente artigo retrata a problemática referente ao controle de convencionalidade frente ao crime de desacato no Brasil, de maneira que tal

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq/UFRN) Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9591639365275565. Email: mariana.liberato.072@ufrn.edu.br. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4497-6430.

2 Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Doutor e Mestre em Direito pela Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN Líder do Grupo de Pesquisa (CNPq/UFRN) Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8030681636075210. E-mail: thiago.moreira@ufrn.br.

tipificação penal pode ser considerada incompatível com a proteção interamericana à liberdade de expressão do indivíduo. Desse modo, questiona-se: o controle de convencionalidade exercitado pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496 ocorreu de maneira devida e levando em consideração a relevância do direito interamericano dos direitos humanos?

Dessa forma, para a resolução da problemática, alguns objetivos devem ser alcançados. A princípio, é fundamental a compreensão dos aspectos centrais relativos ao controle de convencionalidade. Em seguida, far-se-á um estudo acerca da criminalização do desacato e sua incompatibilidade com a proteção interamericana a liberdade de expressão, com enfoque a respeito dos posicionamentos referentes à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Por fim, serão apresentadas e analisadas decisões dos tribunais brasileiros e do Supremo Tribunal Federal sobre tipificação do delito de desacato.

A fim de alcançar os objetivos previamente citados, a presente pesquisa pode ser classificada como qualitativa e explicativa, feita a partir de uma estratégia dedutiva, para atingir o intuito de responder a problemática em questão. Assim, o atual artigo será trabalhado através de pesquisas bibliográficas, por meio de livros, artigos científicos e periódicos além de pesquisas jurisprudenciais e documentais pautada em leis e decretos do ordenamento jurídico brasileiro atrelado a convenções internacionais. As decisões trabalhadas posteriormente no desenvolver do estudo foram escolhidas por representarem a dicotomia nos entendimentos dos juristas de modo que o colegiado julgou temática similar de maneira divergente. Dessa forma, será debatido o controle de convencionalidade e o crime de desacato no cenário nacional.

Ainda, o objeto de estudo tem sua relevância facilmente observada quando analisado o contexto social que está diretamente relacionada, ou seja, restringindo o direito básico à liberdade de expressão do indivíduo, visto que é possível que determinadas pessoas não se expressem em decorrência do receio de uma possível sanção penal. É possível exemplificar a problemática supracitada através de uma rápida pesquisa em sites como JusBrasil e SínteseOnline, a qual demonstra que houve mais de 13.000 processos em andamento no Brasil pelo crime de desacato entre os anos de 2011 e 2021.

Além disso, a temática é capaz de atingir o artigo 5º da Constituição Federal de modo que o agente público não seria tratado como os demais perante

a lei, atribuindo maior valor a conduta de ataque ao servidor. Dessa forma, com a realização da pesquisa, uma vez que comprovada a hipótese de estudo, será concedida segurança àqueles indivíduos que muitas vezes foram reprimidos pelo Estado em seus atos de expressão de opinião. Além disso, também será comprovado que o Brasil infringiu normas internacionais de garantias básicas de direitos humanos, de modo que futuramente possa ser julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, fica evidente que ao fim do estudo é esperada a reflexão acerca da problemática além do reconhecimento da necessidade de aplicar os tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira que seja constatada a inconvencionalidade existente na tipificação do delito de desacato.

2 ASPECTOS CENTRAIS DA TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Devido à globalização, surge a necessidade de um diálogo entre as normas internas de um Estado e os tratados internacionais. Assim, como forma de adaptação, a Constituição Brasileira de 1988 adequou seu texto normativo para com essa nova necessidade, de modo que inseriu os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º, os quais abordam a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno[3].

Ao reconhecer a pluralidade de normas do direito, constata-se a ratificação, por parte do Brasil, dos mais diversos tratados internacionais. Nesse sentido, é demonstrada a expansão do direito internacional, de modo que surge o dilema de correlação das normas internas com as propostas pelos tratados[4]. Dessa forma, o controle de convencionalidade surge a fim de solucionar a problemática da adaptação das normas internas para com o direito internacional.

O controle de convencionalidade sucede da visibilidade e importância internacional adquirida pelos direitos humanos no decorrer dos anos. O controle supracitado consiste no diálogo e aplicação efetiva dos tratados internacionais de

3 GOMES, Eduardo Biacchi; GONÇALVES, Ana Elise Brandalise. O controle de convencionalidade, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o crime de desacato. *Revista Jurídica da Presidência,* Brasília, v. 18, ed. 114, p. 73-96, fev./maio 2016.

4 TORRES, Saulo de Medeiros; SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. A Aplicação do Controle de Convencionalidade Pelo Juiz Brasileiro: O Caso do Crime de Desacato. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, [*s. l.*], p. 5-30, 2017.

Direitos Humanos no cenário jurídico interno do Estado. Ademais, a lei não deve ser consoante apenas a Constituição, porém deve ser relacionada também com os tratados internacionais os quais são ratificados pelo governo[5].

Assim, tem como objetivo definir se a norma interna é convencional ou não, para isso, são expostos os efeitos do controle de convencionalidade. Tais efeitos podem ser destrutivos, quando as normas inconvencionais são eliminadas, ou podem ser denominados de construtivos, existentes em casos os quais a norma interna possui diversas interpretações, de modo que deve interpretar sob a ótica que não contrarie um tratado internacional[6].

Um dos julgamentos percussores do controle de convencionalidade foi o caso *Almonacid v. Chile*[7], o qual traz o precedente que o magistrado nacional deve aplicar as normas internas de maneira compatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo uma questão de interesse nacional e internacional.

A decisão supracitada foi imprescindível para a compreensão de aspectos do controle de convencionalidade. Como o dever do Poder Judiciário de incorporar no ordenamento interno do Estado as normativas propostas pelos tratados internacionais, além de que atos normativos contrários ao Pacto de San José da Costa Rica não podem ser aplicados no ordenamento jurídico interno, visto que violam obrigações internacionais. Por fim, o julgado evidenciou que para o pleno exercício do controle de convencionalidade é essencial que o magistrado aplique nas lides que lhe couberem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos[8].

Ademais, faz-se necessário compreender a aplicação do controle de convencionalidade, faz-se necessária a distinção entre o controle concentrado e o controle difuso de convencionalidade. O controle concentrado de convencionalidade

5 MAZZUOLI**,** Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25-165.

6 MENDONÇA FILHO, Alberto Hora; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. A Integração da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos no Brasil: A (In)aplicabilidade da Teoria Do Duplo Controle. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, Salvador, v. 4, ed. 1, p. 118 – 139, jan./jun. 2018.

7 DULITZKY, Ariel E. An Alternative Approach to The Conventionality Control Doctrine. *In*: Symposium: The constitutionalization of international law in Latin Americ**a**. *109 AJIL Unbound 100*, 2015, p. 100-108.

8 TORRES, Saulo de Medeiros; SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. A Aplicação do Controle de Convencionalidade Pelo Juiz Brasileiro: O Caso do Crime de Desacato. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, [*s. l.*], p. 5-30, 2017.

consiste na competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos de revisar as atuações dos tribunais nacionais de um Estado, de modo que verifica se tais tribunais foram consistentes com o previsto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Já o controle difuso decorre da obrigação dos juristas nacionais em tornar compatível as normas internas constitucionais com os preceitos da Convenção da qual é signatário[9].

Com isso, a aplicação do controle de convencionalidade é considerada um meio o qual permite aos juízes nacionais comparar as normas internas frente às normas convencionais internacionais, dessa forma, é exigida uma dupla conformidade entre a Constituição e tais tratados[10].

Assim, devido à necessidade desse diálogo, surgem problemáticas decorrentes da adaptação dos magistrados brasileiros para com o exercício do controle de convencionalidade. Os conflitos decorrentes de interpretações divergentes acarretam controvérsias entre o direito interno e internacional[11]. Com isso, tribunais brasileiros julgam a mesma problemática de maneiras contrárias acarretando insegurança jurídica além de consequentemente infringir direitos humanos abarcados pelo tratado internacional em questão.

Desse modo, apesar das divergentes opiniões acerca da temática, o Estado, por ser signatário de tratados internacionais de direitos humanos, é obrigado a proteger o direito em questão abarcado pelo tratado, de maneira que caso contrário possa ser penalizado no cenário internacional[12].

---

9 GOVEA, Laura Alicia Camarillo; RÁBAGO, Elizabeth Nataly Rosas. El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos. *Revista IIDH*, [s. l.], v. 64, ed. 2016, p. 128 - 159, [21-?]. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36250.pdf. Acesso em: 25 ago. 2021.

10 LOPES FILHO, Francisco Camargo Alves; MOREIRA, Thiago Oliveira**.** O Emprego da Convenção Americana de Direitos Humanos na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, Vol. 14, n. 3, 2021, p. 112-139. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/25360/14611.

11 RAMOS, André de Carvalho. Control of Conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: The brazilian experience. *IIDH*, [s. l.], v. 64, p. 11-32, jul/dez 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/31081918/The_conventionality_control_and_the_struggle_to_achieve_the_final_interpretation_of_human_rights_the_Brazilian_experience. Acesso em: 5 jul. 2021.

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

3 A CRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A PROTEÇÃO INTERAMERICANA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O crime de desacato surge no Brasil com o Código Penal de 1940, época em que o país se encontrava em uma situação política considerada autoritária, de modo que mesmo com a redemocratização, as modificações ficaram sob a responsabilidade do Poder Judiciário e das suas decisões jurisprudenciais[13]. Presente no artigo 331 do Código Penal[14], o delito de desacato sanciona a ação de desacatar funcionário público no exercício da função, podendo o réu ser condenado à detenção de seis meses a dois anos ou multa.

Apesar de teoricamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, cabe ressaltar que o crime de desacato teve sua origem no direito romano, de modo que surgiu através do entendimento que as injúrias praticadas contra os magistrados em exercício da função deveriam ser julgadas de maneira agravada. Assim, o princípio do crime de desacato se deu através da diferenciação dentre os cidadãos da Roma antiga em decorrência da sua profissão e cargo estatal[15].

Diante desse cenário, advêm, em contrapartida, a proteção ao direito de expressão previsto no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[16], o qual tutela o direito de difundir informações e ideias de toda a natureza, não podendo estar sujeito à censura. Assim, evidencia-se que ao tipificar o desacato, o direito de expor opiniões e pensamentos livremente é infringido, visto que ao sancionar penalmente um indivíduo, em decorrência de uma crítica a um funcionário público no exercício da função, os demais entes da sociedade não farão tais críticas com receio da sanção penal.

Além disso, outra problemática referente ao crime de desacato consiste na amplitude do termo desacatar, visto que a redação da norma permite que a

13 GOMES, Eduardo Biacchi; GONÇALVES, Ana Elise Brandalise. O controle de convencionalidade, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o crime de desacato. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, ed. 114, p. 73-96, fev./maio 2016.

14 CÓDIGO PENAL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Artigo 331 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 jul. 2021.

15 SOARES, Claudio Leal. O crime de desacato e a honra funcional como bem jurídico. *Direito net*, [*s. l.*], 8 jul. 2005. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2157/O-crime-de--desacato-e-a-honra-funcional-como-bem-juridico. Acesso em: 27 jul. 2021.

16 CONVENÇÃO americana sobre direitos humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/. Acesso em: 2 jul. 2021.

interpretação do magistrado varie de caso a caso. Assim, diversos tipos de conduta podem ser abarcados pela referida lei, em decorrência também da abrangência territorial do país de modo que se dificulta ainda mais a interpretação unificada de um termo abrangente, acarretando insegurança jurídica no cenário interno.

Nesse sentido, mesmo sendo um ato legislativo em conformidade com a Constituição Federal de 1988, pode ser considerado como um violador dos Direitos Humanos e devido o Brasil ser signatário de tratados internacionais de direitos humanos os quais tutelam tal direito, ao se aplicar o delito de desacato no cenário jurídico nacional sucede um conflito para com o controle de convencionalidade proposto anteriormente.

Dessa forma, para melhor aprofundar a temática da criminalização do desacato, será abordada a relação entre a liberdade de expressão e o crime de desacato no sistema interamericano, de maneira que serão analisados documentos tutelares do direito à liberdade de expressão, e posteriormente serão analisados os posicionamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos os quais formam o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH).

3.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO E O DELITO DE DESACATO

A defesa ao direito à liberdade de expressão é considerada basilar para a efetivação dos direitos humanos. O supramencionado direito, é considerado imprescindível, de modo que o sistema interamericano possui diversos mecanismos os quais versam acerca da vital necessidade da liberdade de expressão. A garantia está prevista nos tratados e disposições internacionais, como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 13, no artigo 4 da Carta Democrática Interamericana e na Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão[17].

Os documentos supracitados como um todo possuem extrema importância para a tutela do direito à liberdade de expressão. Porém, possui maior relevância nas jurisprudências internacionais o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual expressamente prevê que todos os indivíduos possuem tal direito de maneira que o mesmo não pode ser censurado nem restrito.

17 CIDH. *Sistema Interamericano: Relatoria especial para a liberdade de expressão*. [*S. l.*], [21-?]. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/documentos_basicos/sistema_interamericano.asp. Acesso em: 28 jul. 2021.

Assim, o sistema interamericano reconheceu reiteradas vezes que o crime de desacato vai de encontro ao princípio da liberdade de expressão, de maneira que o delito em questão visa restringir opiniões e declarações as quais possam afrontar um agente público no exercício da função, consequentemente, censurar concepções pessoais de cada indivíduo. De modo que a tipificação de condutas como o desacato proporciona limitações indevidas, ou seja, impossibilita a análise crítica e o livre debate acerca das funções públicas, imprescindíveis para o exercício da democracia[18].

3.2 AS MANIFESTAÇÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Diversas vezes a temática do crime de desacato foi debatida nos órgãos internacionais, em especial nos especializados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os quais formam o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Organizações essas denominadas como Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entidade criada para promover a proteção e observação dos direitos humanos, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável pelo aspecto judicial de proporcionar a aplicação da Convenção Americana pelos Estados parte. Recorre-se ao SIPDH em casos de esgotamento dos recursos internos e quando a legislação interna por si só não resolver a problemática.

Frente a isso, em decorrência do Brasil ser signatário de tratados internacionais de direitos humanos, faz-se necessária a análise do posicionamento dos órgãos previamente citados a fim de melhor adaptar os doutrinadores brasileiros ao que foi proferido internacionalmente e por fim efetivar a aplicação do controle de convencionalidade, abordado previamente no decorrer do artigo, no cenário jurídico brasileiro.

Dessa forma, no decorrer desse tópico serão abordados os posicionamentos de cada organização supracitada, com análise de casos práticos e decorrer histórico da problemática do crime de desacato, a fim de melhor compreender a relação prática entre o crime de desacato e a liberdade de expressão no cenário internacional.

---

18 RAMÍREZ, Sergio García. GONZA, Alejandra. VÁZQUEZ, Eréndira Ramos. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1. ed. Ciudad de México, México: Sociedad Interamericana de Prensa: Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2019. p. 12-187.

3.2.1 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Há diversas décadas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos se posiciona acerca da incompatibilidade do crime de desacato com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em 1994, publicou um informe anual[19] a respeito do crime de desacato e manifestou que tal sanção penal é considerada silenciadora de ideias e opiniões divergentes, assim, o debate democrático é impedido. De acordo com a relatoria, os delitos contra a honra consistem em crimes com regulamentação precária de maneira que a aplicação se torna arbitrária[20].

Além disso, também é retratado pela CIDH o divergente tratamento entre os funcionários públicos e os demais cidadãos, de modo que o princípio fundamental de controle popular é infringido a partir do momento que não se pode analisar e criticar as ações dos funcionários públicos no exercício de sua função[21].

Ademais, no ano 2000, aprovou a Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão[22], a qual reiterava o entendimento que as leis de desacato atentam à liberdade de expressão e ao acesso à informação. Posteriormente em 2004, publicou um informe sobre Leis de Desacato e Difamação Criminal[23] reafirmando que as leis de desacato são incompatíveis. Por fim, em 2016, em seu informe anual, a comissão retratou a *Jurisprudencia sobre la Incompatibilidad de*

---

19 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev. 17 febrero 1995 Original: Español. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994*, [*S. l.*], 17 fev. 1995. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/indice.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

20 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão*: Capítulo V – Leis de Desacato e Difamação Criminal. [*S. l.*], [21-?]. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=533&lID=4. Acesso em: 18 set. 2021.

21 FERRAÇO, André Augusto Giuriatto. MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima. O Controle de Convencionalidade do Crime de Desacato e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos na Redemocratização na América-Latina. Uma Análise com Base no Caso Brasileiro. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, p. 76-95, 2018.

22 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. *Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão*, [S. l.], 2000. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

23 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *6. CAPÍTULO V* – LEIS DE DESACATO E DIFAMAÇÃO CRIMINAL, [S. l.], 2004. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=533&lID=4. Acesso em: 26 ago. 2021.

Las Leyes de Desacato (Ofensa a funcionario público) y *la Convención Americana*[24], de modo que ratificou o entendimento da incompatibilidade das leis de desacato com o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e incentivou os países que ainda possuíssem a tipificação do desacato que adaptem sua legislação para com o entendimento internacional da problemática.

Dessa forma, é cabível citar dois comunicados de imprensa da Comissão Interamericana de Direitos Humanos os quais expressamente demonstram preocupação acerca da tipificação do desacato e suas condenações em países como Cuba e Equador[25]. O primeiro, o Comunicado de Imprensa R152/18, referente ao Estado cubano, manifesta o descontentamento da CIDH com a condenação do doutor em ciências biológicas Ariel Ruiz Urquiola atrelado a prisão de mais de um ano do coordenador do Movimento Cristão Liberal, Eduardo Cardet Concepción. Além disso, retrata a crítica de que as leis de desacato consistem num meio de silenciar os debates pluralistas e democráticos provenientes de críticas ao estado[26].

Ademais, reitera que as leis de desacato não são compatíveis com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos ao atentar contra a liberdade de expressão prevista no artigo 13 da CADH. Por fim, a CIDH retratou que a maioria dos Estados da América Latina retiraram do seu ordenamento jurídico o crime de desacato, ou em outros Estados, modificaram as leis de difamação específicas para funcionários públicos, dessa forma, instruiu-se ao Estado cubano a sua adaptação aos padrões interamericanos referentes a liberdade de expressão[27].

Já o segundo comunicado de imprensa, denominado R32/11, teve como Estado analisado o Equador. O informa em questão reitera o que foi supracitado e enfatiza que a Relatoria Especial para Liberdade de Expressão da Comissão

---

24 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 22/17 15 de marzo 2017 Original: Español. INFORME DE LA RELATORIA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESION, [*S. l.*], 2016. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2016RELE.pdf. Acesso em: 26 ago. 2021.

25 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunicados de Imprensa*. [*S. l.*], Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/comunicados.asp?searchText=desacato&Year=2011#2. Acesso em: 20 set. 2021.

26 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. *Comunicado de Prensa R152/18*. La Relatoría Especial manifiesta preocupación por condenas penales por desacato en Cuba, [*S. l.*], 17 jul. 2018. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?lID=2&artID=1111. Acesso em: 19 set. 2021.

27 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. *Comunicado de Prensa R152/18*. La Relatoría Especial manifiesta preocupación por condenas penales por desacato en Cuba, [*S. l.*], 17 jul. 2018. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?lID=2&artID=1111. Acesso em: 19 set. 2021.

Interamericana de Direitos Humanos se preocupa com a persistência do uso de normas penais de desacato, como também normas as quais impusessem sanções desproporcionais às pessoas que publicamente expressaram críticas aos funcionários públicos do Equador, país em questão no comunicado.[28]

Ainda, foi abordado pela Comissão a situação dos direitos humanos no Brasil, em específico a liberdade de expressão. Como previamente citado, é enfatizada a tutela feita pelo texto normativo nacional, no artigo 5º da Constituição Federal o qual assegura a liberdade de expressão e informação. A CIDH reconhece que diversos desafios persistem para a efetivação dos direitos humanos em decorrência das crescentes restrições através de projetos de leis e dos textos normativos em si[29].

Assim, através do acompanhamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em específico no âmbito da América Latina, o órgão em questão reitera atualmente o posicionamento acerca do delito de desacato, através de frequentes publicações dos Informes de Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Desse modo, é visado que os países integrantes retirem de seu ordenamento jurídico interno o crime de desacato, de maneira que, caso contrário, ao não aplicarem o controle de convencionalidade efetivamente possam ser submetidos a Corte IDH.

3.2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos

De maneira semelhante à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte IDH também ratificou o entendimento de que a tipificação do desacato fere a liberdade de expressão, a qual é garantida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, desse modo, faz-se necessário analisar a jurisprudência da Corte frente à problemática. Em 1988, a Corte abriu precedentes acerca da temática através do caso Horácio Verbitsky versus Argentina, em que, em linhas gerais, consiste na condenação do jornalista, pela justiça argentina, devido uma

28 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. *Comunicado de Prensa R32/11*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Expresa Preocupación por la Existencia y el Uso de Normas Penales de Desacato Contra Personas Que Han Expresado Críticas Contra Dignatarios Públicos en Ecuador, [*S. l.*], 2011. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?lID=2&artID=837. Acesso em: 20 set. 2021.

29 MINISTÉRIO PÚBLICO (Paraná). *Situação dos direitos humanos no Brasil* – Relatório da Comissão Interamericana - Liberdade de expressão e informação. [*S. l.*], 14 abr. 2021. Disponível em: https://direito.mppr.mp.br/2021/04/182/-Situacao-dos-direitos-humanos-no-Brasil-Relatorio-da--Comissao-Interamericana-Liberdade-de-expressao-e-informacao.html. Acesso em: 17 set. 2021.

publicação de um texto criticando o Ministro da Suprema Corte de Justiça da República Argentina Augusto Belluscio[30].

Outro caso julgado em 2004 também seguiu o mesmo juízo. O caso Ricardo Canese *vs* Paraguai decorreu da condenação do senhor Canese por questionar a integridade do senhor Juan Carlos Wasmosy, até então candidato à presidência do Paraguai, em debate eleitoral. A comissão apresentou a demanda alegando violação de diversos direitos dentre eles o direito à liberdade de expressão.

Ainda é cabível citar o caso Palamara Iribarne vs. Chile, o qual teve sua sentença proferida em 2005. Em linhas gerais, o senhor Palamara Iribarne teve a publicação do seu livro proibida por abordar a relação entre a inteligência militar e a necessidade de adequá-la a parâmetros éticos. Além de se recusar a suspender a publicação, o senhor Palamara convocou uma entrevista coletiva em sua residência de modo que criticou as ações do Ministério Público da Marinha durante o processo, assim, foi condenado pelo crime de desacato. A Corte reconheceu que a condenação feriu o direito à liberdade de expressão e pensamento, além de instituir censura prévia a obra literária. Assim, foi decidido que o Estado deveria adaptar seu ordenamento jurídico a fim de efetivamente zelar pelos direitos supracitados além de permitir que o senhor Palamara Iribarne publique seu livro[31].

Outro caso exemplificativo é o caso Kimel *vs.* Argentina, que ocorreu em 2008 e retrata a censura a obras literárias. O autor Eduardo Gabriel Kimel expôs em uma de suas obras sua investigação sobre o assassinato de cinco religiosos, de maneira que criticou as autoridades locais responsáveis pelas investigações dos homicídios, entre elas um juiz. O juiz mencionado oficializou uma queixa criminal a qual tipificava a ação do senhor Kimel como desacato, visto que o juiz estava em exercício da função e por conseguinte o escritor Eduardo Gabriel Kimel foi condenado. A Corte IDH, no julgamento do caso, reconheceu a inocência do

30 TEIXEIRA, Marcelo Markus. PEREIRA, Reginaldo. BIEGER, Andrey Luciano. *Os Critérios de Recepção das Decisões acerca dos Delitos de Desacato do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Superior Tribunal de Justiça à Luz do Controle de Convencionalidade Externo*. Seqüência (Florianópolis), n. 80, p. 179-201, dez. 2018.

31 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (Fundo de Reparações e Custas). *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, [*S. l.*], 22 nov. 2005. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/CasoPalamaraIribarne_FondoReparacionesCostas.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

senhor Kimel e proferiu decisão favorável ao mesmo, de modo que fosse indenizado pelos danos morais e materiais[32].

Por fim, já em 2019, ganhou visibilidade o caso Alvaréz Ramos vs. Venezuela, o qual apesar de não ter sido tipificado especificamente como desacato, consiste na condenação do jornalista Alvaréz Ramos por críticas ao então presidente da Assembleia Nacional[33]. O senhor Ramos foi condenado por difamação agravada continuada, assim como a pena acessória de inabilitação política, de modo que se assemelha com a tipificação por desacato do Código Penal brasileiro. A Corte em questão proferiu decisão coerente com sua linha jurisprudencial temática acerca dos aspectos referentes à liberdade de expressão[34].

De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, um funcionário público optou por ter suas atividades públicas expostas, de modo que as manifestações enquadradas no crime de desacato não são direcionadas para o agente em si, mas na verdade busca criticar o Estado e o serviço público[35].

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos sentenciou consoante com o entendimento de que caberia o Estado-Parte à manutenção do texto normativo para que não se limite a liberdade de expressão. Com o decorrer dos anos, a Corte em questão analisou diversos outros casos e manteve seu entendimento da necessidade de um equilíbrio entre o teor constitucional e as convenções internacionais de direitos humanos.

---

32 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (Fundo, Reparos e Custos). *Caso Kimel vs. Argentina*, [*S. l.*], 2 maio 2008. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/CasoKimelVsArgentina_FondoReparacionesCostas.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

33 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas). *Caso Alvaréz Ramos vs. Venezuela*, [*S. l.*], 30 ago. 2019. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/380_CasoAlvarezRamosvsVenezuela_ExcepcionFondoReparacionesCostas.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

34 TORRES, Paula Ritzmann. *O Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*: limites à tutela penal da honra e da liberdade de expressão e crítica. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, [*s. l.*], ano 27, n. 327, fev 2020. Disponível em: http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Juris327.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

35 FONSECA, Maria Eduarda Dias. RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo. A liberdade de expressão e o crime de desacato à luz do sistema interamericano de direitos humanos. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva.* e-ISSN: 2526-0197. Encontro Virtual, v. 6, n. 2, p. 61-78, jul./dez. 2020.

Portanto, a Corte IDH entende que o livre discurso e o debate político são imprescindíveis para a perpetuação do regime democrático além de proporcionarem um sistema justo e imparcial. Nos casos citados, para a Corte fica evidente a falta de proporcionalidade entre a condenação dos senhores com a conduta em questão, além da condenação consistir em uma violação direta do Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[36]. Com isso, é reconhecida a inconvencionalidade do delito de desacato de maneira que se faz imprescindível a alteração do texto normativo do Estado em questão, para dessa forma, tutelar efetivamente o direito a liberdade de expressão.

Dessa forma, a partir do pronunciamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos é notável a influência de tal órgão na organização legislativa, executiva e do judiciário de um Estado, no que é referente a tutela dos direitos humanos. De modo que, as decisões proferidas regem as relações políticas entre os Estados e a sociedade internacional, podendo influenciar nos mais diversos âmbitos de um país.

4 A (IN)CONVENCIONALIDADE DO DELITO DE DESACATO NO BRASIL

A princípio, é imprescindível recortar a temática do delito de desacato com enfoque no cenário brasileiro, dessa maneira é possível analisar de modo crítico a aplicação da norma penal em questão nos tribunais nacionais em comparação com que é esperado pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e seus órgãos constituintes.

De acordo com o Grupo de Pesquisa sobre Liberdade de Expressão no Brasil (PLEB), foram analisadas diversas apelações criminais decorrentes do crime de desacato, julgadas pelo Juizado Especial Criminal (JECrim-RJ) e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). A partir de tal pesquisa, compreendeu-se que entre janeiro e dezembro de 2018 foram julgados 143 casos, com uma taxa de condenação de 68%[37].

---

36 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai.* Sentença de 31 de agosto de 2004 (Mérito, Reparações e Custas). [*S. l.*], 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf. Acesso em: 2 ago. 2021.

37 IBCCRIM – INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Controle de convencionalidade do crime de desacato e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro.* [*S. l.*], 2020. Disponível em: https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/999. Acesso em: 20 set. 2021.

A fim de aprofundar o debate acerca da inconvencionalidade do delito de desacato no Brasil, faz-se necessário compreender a problemática sobre a ótica dos tribunais brasileiros, através de uma análise de casos. De maneira que são comparadas decisões divergentes provenientes de um mesmo tribunal, na esfera estadual com o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e posteriormente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Subsequentemente, será debatido a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal referente ao controle de convencionalidade e o crime de desacato, em específico a ADPF de número 496, decisão imprescindível para o desenvolver da problemática do controle de convencionalidade e o crime de desacato na jurisprudência brasileira.

4.1 A INCONVENCIONALIDADE DO DELITO DE DESACATO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

O cenário jurídico brasileiro é composto de múltiplas decisões acerca da mesma problemática, porém muitas vezes essas decisões divergem de modo que a uniformização e a segurança jurídica das jurisprudências são comprometidas.

Dessa forma, é possível ilustrar o contexto dos tribunais brasileiros frente ao crime de desacato através de suas decisões proferidas pelo mesmo colegiado, na esfera estadual é possível analisar o Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No ano de 2015, foi julgado os autos de nº 0067370-64.2012.8.24.0023, o qual consistia na denúncia do réu Alex Sandro dos Santos Ferraz, por parte do Ministério Público de Santa Catarina, pelo crime de desacato. Na fundamentação do juiz, evidencia-se que é dever do magistrado afastar a aplicação de normas as quais contrariem tratados internacionais de direitos humanos, além disso, o juiz Alexandre Morais da Rosa retrata a importância do controle de convencionalidade para o pleno exercício do direito e compreende que a aplicação do crime de desacato vai de encontro a liberdade de expressão prevista do artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[38].

Em contrapartida, também no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Criminal nº 2014.046692-6 /SC, o réu foi acusado de desacato ao requerer que os agentes municipais devolvessem a uma ambulante sua mercadoria. Assim, o desembargador Sérgio Rizelo condenou o réu a partir da análise literal

38 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Autos nº 0067370-64.2012.8.24.0023. [*S. l.*], 2015.

e doutrinaria do crime de desacato presente no artigo 331 do Código Penal, desconsiderando o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e das jurisprudências nacionais e internacionais relacionadas à temática[39] do delito de desacato e sua relação com os tratados internacionais de direitos humanos.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é possível analisar duas decisões também divergentes acerca do crime de desacato. No caso do *Habeas Corpus* 379269, os ministros por maioria decidiram que apesar do Brasil ser signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), é compreendido que normas decorrentes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos possuem caráter instrutório e moral e não decisório a ponto de obrigar o país a cumprir com tais regimentos[40].

Por outro lado, no Recurso Especial Nº 1.640.084, também julgado no STJ, foi compreendido que ao ser signatário de um tratado internacional é imprescindível ao Brasil aplicar as normas do tratado ou convenção em questão em seu direito interno. Dessa forma, ao analisar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já havia se pronunciado acerca do crime de desacato de modo que entende que tal delito atinge o direito à liberdade de expressão[41].

Consequentemente, os ministros proveram decisão favorável ao fato que criminalização do desacato ser danosa aos direitos humanos fundamentais em questão, visto que foi compreendido que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia supralegal. Para o ministro Ribeiros Dantas, o crime de desacato prevê maior tutela aos agentes públicos de modo que atinge os princípios igualitários basilares do direito brasileiro, assim, argumentou-se que a criminalização do desacato ressalta a preponderância do Estado sobre o indivíduo.

---

39 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. *Apelação Criminal nº 2014.046692-6 / SC.* [*S. l.*], 2014. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25327492/apelacao--criminal-apr-20140466926-sc-2014046692-6-acordao-tjsc/inteiro-teor-25327493. Acesso em: 2 set. 2021.

40 (STJ – HC: 379269 MS 2016 / 0303542-3. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 24/05/2017, S3 – TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 30/06/2017).

41 MOREIRA, Thiago Oliveira. O Exercício do Controle de Convencionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do voto do Min. Ribeiro Dantas. *Revista FIDES*, 15. ed., v. 8, n. 1. Natal: 2017, p. 99-103. Disponível em: https://www.academia.edu/33098870/MOREIRA_Thiago_Oliveira_O_Exerc%C3%ADcio_do_Controle_de_Convencionalidade_pelo_Superior_Tribunal_de_Justi%C3%A7a_uma_breve_an%C3%A1lise_do_voto_do_Min_Ribeiro_Dantas_In_Revista_FIDES_15_ed_v_8_n_1_Natal_2017_pg_99_103. Acesso em: 8 jul. 2021.

Ainda, é cabível abordar que a descriminalização do desacato não consiste na liberdade de ofender agentes públicos, apenas tal ofensa será enquadrada em outros tipos penais ao quais não especifiquem o exercício da função do indivíduo. De modo que agentes públicos ou não, terão seus direitos garantidos da mesma forma[42].

Porém, após a ação ser embargada, já no ano de 2021, o relator, ao analisar decisão proferida pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a contrariedade com o acórdão previamente embargado de modo que compreende a tipificação do desacato como compatível com o direito a liberdade de expressão prevista na CADH. De maneira que se retomou a argumentação que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possui caráter apenas instrutório, como proferido na decisão supracitada.

Além disso, a temática do crime de desacato ainda persiste nas mais diversas instâncias e tribunais ao redor do país, de modo divergente como citado anteriormente. É possível ilustrar, já no ano de 2021, diversos casos os quais condenaram indivíduos pelo crime de desacato, como na Apelação Criminal 0021509-33.2017.8.13.0687 do TJ-MG[43], no *Habeas Corpus* Criminal 2148277-89.2021.8.26.0000 do TJ-SP[44], na Apelação 0009294-22.2019.8.16.0024 do TJ-PR[45], no processo 0001823-87.2017.8.07.0019 do TJ-DF[46], no Recurso em

42 MIN. RIBEIRO DANTAS - QUINTA TURMA. Processo eletrônico. *Recurso Especial 0000422-34.2012.8.26.0590*, [*S. l.*], 11 fev. 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201600321060. Acesso em: 20 set. 2021.

43 RELATOR CÁSSIO SALOMÉ. Câmaras Criminais. 7ª Câmara Criminal. *APR 0021509-33.2017.8.13.0687*, [*S. l.*], 17 set. 2021. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1282614623/apelacao-criminal-apr-10687170021509001-timoteo/inteiro-teor-1282614724. Acesso em: 20 set. 2021.

44 RELATOR EDISON BRANDÃO. 4ª Câmara de Direito Criminal. *Habeas Corpus Criminal 2148277-89.2021.8.26.0000*, [*S. l.*], 13 abr. 2021. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1197618239/habeas-corpus-criminal-hc-20769828920218260000-sp-2076982-8920218260000/inteiro-teor-1197618259. Acesso em: 20 set. 2021.

45 RELATOR LAERTES FERREIRA GOMES. 2ª Câmara Criminal. *Apelação 0009294-22.2019.8.16.0024*, [*S. l.*], 3 set. 2021. Disponível em: https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1275993170/apelacao-apl-92942220198160024-almirante-tamandare-0009294-2220198160024-acordao/inteiro-teor-1275993172. Acesso em: 20 set. 2021.

46 RELATOR J.J. COSTA CARVALHO. 1ª Turma Criminal. *Processo 0001823-87.2017.8.07.0019*, [*S. l.*], 1 set. 2021. Disponível em: https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1274130899/

Sentido Estrito 0014349-66.2021.8.21.7000 do TJ-RS[47], na Apelação 0001631-33.2019.8.03.0008 do TJ-AP[48]. Dessa forma, evidencia-se como as sentenças emitidas pelo STJ influenciam na dinâmica processual nos âmbitos estaduais, de modo que se perpetua o falho entendimento da convencionalidade do delito de desacato, apesar dos precedentes internacionais sobre a temática.

Ainda, é cabível analisar decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da compatibilidade do crime de desacato para com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nas 35 decisões proferidas pelo colegiado em questão, reconheceu-se o delito de desacato como compatível com a Constituição Federal e seu artigo 5º, além de ser convencional sob a ótica dos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, através do julgamento da ADPF 496, posteriormente debatida, serão padronizadas as decisões do STF de modo que também como o STJ influenciarão erroneamente as mais diversas instâncias jurídicas nacionais.

Apesar de grande parte dos tribunais acatarem o crime de desacato como constitucional e convencional, alguns juízes proveram decisões que contrariam a maioria e aplicam os preceitos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como na supracitada apelação criminal nº 0067370-64.2012.8.24.0023. A título de exemplificação, compete ressaltar decisão proferida em 2014 no decorrer da ação penal nº 0000951-45.2013.403.6005, na 5ª Subseção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul. Nesse caso, o Juiz Federal Edevaldo de Medeiros argumentou que o crime de desacato configura um afronte ao artigo 13 da CADH de maneira que propõe o silenciamento de ideias e opiniões críticas aos agentes públicos[49].

18238720178070019-df-0001823-8720178070019/inteiro-teor-1274130930. Acesso em: 20 set. 2021.

47 RELATOR NEWTON BRASIL DE LEÃO. Quarta Câmara Criminal. *Recurso em Sentido Estrito 0014349-66.2021.8.21.7000*, [*S. l.*], 30 jun. 2021. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1260045596/recurso-em-sentido-estrito-rse-70085007961-rs/inteiro-teor-1260045605. Acesso em: 20 set. 2021.

48 RELATOR DESEMBARGADOR CARMO ANTÔNIO. Tribunal. *Apelação 0001631-33.2019.8.03.0008*, [*S. l.*], 1 jul. 2021. Disponível em: https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1244560898/apelacao-apl-16313320198030008-ap/inteiro-teor-1244560903. Acesso em: 20 set. 2021.

49 BRASIL. 1a Vara Federal, da 5a SubSeção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul. *Processo no 0000951- 45.2013.403.6005.* Autor: Ministério Público Federal. Ré: Sandra Pistori Lima. Juiz Federal: Edevaldo de Medeiros. Ponta Porã/MS, 23 de junho de 2014. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/punir-desacato-fere- convencao-americana.pdf. Acesso em: 1 out. 2021

Ademais, também é possível ilustrar o desenvolvimento do controle de convencionalidade por parte dos magistrados através da decisão proferida pelo Juiz de Direito, Alfredo José Marinho Neto, do Juizado Especial Criminal Adjunto à 2ª Vara Criminal da Comarca de Belford Roxo, em 2016, no decorrer do julgamento dos autos nº 0013156-07.2015.8.18.0008, ao reconhecer a inconvencionalidade do delito de desacato. Em sua decisão, declarou que devido o Brasil ser signatário de diversos tratados que protegem o direito à liberdade de expressão, ao sancionar o crime de desacato tais tratados são infringidos e da mesma maneira ao atingir a liberdade de expressão preceitos constitucionais também são ofendidos de modo que o delito também é considerado inconstitucional. Além disso, o magistrado relembra que o ataque direcionado a agentes públicos pode ser reparado através do direito civil, não sendo necessária uma sanção específica[50].

Portanto, evidencia-se a insegurança jurídica decorrente da discrepância entre julgados acerca da mesma temática no cenário nacional. Com isso, também é notório o posicionamento alheio do Poder Judiciário frente a aplicação do controle de convencionalidade que por conseguinte atinge o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e suas prerrogativas.

4.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A (EQUIVOCADA) DECISÃO SOBRE A CONVENCIONALIDADE DO DELITO DE DESACATO

A temática referente ao crime de desacato no cenário brasileiro ganhou mais uma decisão importante para corroborar com as decisões nacionais as quais compreendem o crime de desacato como algo legítimo e que não afeta a liberdade de expressão.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496 teve sua decisão meritória datada de 2020, sendo votada pelo Ministro Edson Fachin o qual deu provimento a Arguição, acompanhado pela ministra Rosa Weber, visto que o crime de desacato ofende os tratados internacionais de Direitos Humanos.

Em contrapartida, para a maioria dos Ministros, os quais seguiram o voto do Relator, Luís Roberto Barroso, o artigo 331 do Código Penal visa proteger o

50 JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TJ/RJ. COMARCA DE BELFORD ROXO. ARQUIVADO EM DEFINITIVO – MAÇO Nº 11047, em 28/07/2016. *Processo nº 0013156-07.2015.8.19.0008*, [*S. l.*], 4 jul. 2016.

servidor para o exercício pleno da sua função, ou seja, indiretamente, a sanção visa proteger o Estado e não o indivíduo em si[51].

Ademais, o Ministro Barroso em seu voto retoma a discussão que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apenas formula recomendações, de modo que os estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos se comprometem a seguir as decisões da Corte as quais o Estado fosse parte. Desse modo, é argumentado erroneamente pelo ministro Luís Roberto Barroso, que a Corte Interamericana sobre Direitos Humanos nunca se pronunciou sobre a norma em questão, ou seja, especificamente acerca do artigo 331 do Código Penal brasileiro, e por isso não caberia no caso do Brasil o entendimento que o crime de desacato desrespeita os atos fundamentais da Constituição Federal. Assim, compreendeu-se que as decisões supracitadas proferidas pela Corte IDH, as quais o Brasil não foi parte, não possuem aplicação direta em relação ao país[52], evidenciando a discordância do STF com os efeitos *erga omnes* dos julgados pela Corte.

Ainda em seu voto, Luís Roberto Barroso conclui que a Corte IDH não proíbe a utilização do direito penal interno de acordo com cada caso, porém o ministro não reconheceu que a Corte em questão determina a adaptação do ordenamento jurídico interno para com a CADH[53]. Com isso, é imprescindível a descriminalização do desacato, a fim de que as normativas se adaptem a Convenção de modo que o texto amplo e genérico do delito de desacato não acarrete a condenação de indivíduos em casos os quais possam ser enquadrados em descriminação ou injúria.

Dessa forma, evidencia-se a postura equivocada dos ministros Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Celso de Mello e do relator Luís Roberto Barroso e do próprio Supremo Tribunal Federal ao negligenciar o controle de convencionalidade, além de não reconhecer o precedente internacional referente a problemática, que trata de maneira inconvencional a aplicação do crime de desacato nos ordenamentos jurídicos internos. Assim, não se tornou efetiva a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário jurídico brasileiro.

---

51 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro Teor do Acórdão – Página 1 de 90. *ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 496*, Distrito Federal, p. 1-90, 22 jun. 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910283. Acesso em: 4 ago. 2021.

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*

Em contrapartida, ainda se faz necessário ressaltar o voto do ministro Edson Fachin, de modo que ele expôs a necessidade da descriminalização do desacato por ofender o texto constitucional e a CADH. Para o ministro, o dever do país de adotar as jurisprudências da Corte IDH não decorre apenas se o país for condenado, e sim deve-se exercer o controle de convencionalidade como tratado no caso Almonacid Arellano[54].

Além disso, foi debatido que não é possível invocar direitos fundamentais para descumprir direitos humanos, de maneira que se faz necessária a interpretação e aplicação das prévias decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. O Ministro ainda enfatizou a importância do controle de convencionalidade para a plena compatibilidade do direito interno e internacional[55].

Ademais, compreendeu que apesar da Corte não analisar especificamente o artigo 331 do Código Penal brasileiro, como argumentado pelo ministro Barroso, as decisões proferidas acerca da problemática abarcam a normativa nacional e demonstram a importância da liberdade de expressão frente à proteção exacerbada da reputação da administração pública[56].

Ainda, no decorrer do voto foi abordada a questão da atribuição de maior valor à conduta do funcionário público. Assim, para o Ministro Edson Fachin, o crime de desacato viola a igualdade de maneira que protege desproporcionalmente os funcionários públicos. Ademais, em decorrência do seu amplo texto, o delito de desacato condena indivíduos por motivos diversos, visto que tal interpretação decorre do magistrado de cada caso e com isso gera insegurança jurídica pela divergência de precedentes[57].

Por fim, faz-se necessário retratar o voto da Ministra Rosa Weber, a qual acompanhou o ministro Edson Fachin, acrescentou o argumento que ao criminalizar o desacato, os cidadãos são inibidos de criticar e demonstrar insatisfação com os agentes públicos de maneira que impossibilita a livre e democrática fiscalização

54 MINISTRO EDSON FACHIN. Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 23-09-2020 PUBLIC 24-09-2020. [*S. l.*], 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-crime-desacato.pdf. Acesso em: 4 set. 2021.

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*

das atividades estatais[58]. Assim, em linhas gerais, os ministros que julgaram procedente a Arguição de Preceito Fundamental, aplicaram efetivamente o controle de convencionalidade, de maneira que inseriram no cenário jurídico interno normativas julgadas no âmbito internacional acerca da problemática em questão.

5 CONCLUSÃO

Através do presente artigo, foi possível a compreensão da importância do controle de convencionalidade no cenário jurídico brasileiro, partindo das teorias gerais de tal controle até sua aplicação prática em jurisprudências supracitadas. Ademais, fez-se necessário o desenvolvimento do crime de desacato no ordenamento jurídico interno para posteriormente compreender o entendimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos acerca da temática. Além de se retratar posicionamentos de órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos para, por fim, retomar ao âmbito nacional por meio da exposição de decisões de diversos colegiados acerca da divergência entre o crime de desacato e a tutela à liberdade de expressão.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, através de seus órgãos constituintes, é imprescindível para o pleno exercício dos direitos humanos nos âmbitos jurídicos de cada Estado. Assim, evidencia-se a importância do exercício do controle de convencionalidade, por parte dos magistrados, a fim de efetivar a tutela dos direitos inalienáveis ao ser humano.

Ao relacionar o controle de convencionalidade com o crime de desacato, é imprescindível compreender que apesar do reconhecimento de parte dos tribunais que o crime de desacato vai de encontro a preceitos básicos humanos, como exemplificado no decorrer do texto, o entendimento de tutela ao bem-estar do servidor público ainda é perpetuado pela grande maioria dos magistrados, em especial o Supremo Tribunal Federal, pois é argumentado que o delito de desacato visa na realidade proteger o Estado através da proteção do agente público no exercício da sua função.

Dessa forma, mesmo com o consentimento de ser signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Brasil ainda terá que percorrer

58SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro Teor do Acórdão – Página 1 de 90. *ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 496*, Distrito Federal, p. 1-90, 22 jun. 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910283. Acesso em: 4 ago. 2021.

um longo caminho para uma efetiva implementação das normas de tal convenção em seu ordenamento interno. Visto que para isso, faz-se necessário o entendimento dos magistrados brasileiros da importância da supracitada convenção, além da necessidade de se igualar ao entendimento internacional, fator o qual se mostra ainda precário atualmente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 1a Vara Federal, da 5a SubSeção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul. *Processo no 0000951- 45.2013.403.6005.* Autor: Ministério Público Federal. Ré: Sandra Pistori Lima. Juiz Federal: Edevaldo de Medeiros. Ponta Porã/MS, 23 de junho de 2014. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/punir-desacato-fere- convencao-americana.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.

CIDH. *Sistema Interamericano*: Relatoria especial para a liberdade de expressão. [*S. l.*], [21-?]. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/documentos_basicos/sistema_interamericano.asp. Acesso em: 28 jul. 2021.

CÓDIGO PENAL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Artigo 331 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 jul. 2021.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *OEA/Ser.L/V/II*. Doc. 22/17 15 de marzo 2017 Original: Español. INFORME DE LA RELATORIA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESION, [*S. l.*], 2016. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2016RELE.pdf. Acesso em: 26 ago. 2021.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *OEA/Ser.L/V/II.88* Doc. 9 rev. 17 febrero 1995 Original: Español. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, [*S. l.*], 17 fev. 1995. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/indice.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *6. CAPÍTULO V* – LEIS DE DESACATO E DIFAMAÇÃO CRIMINAL, [S. l.], 2004. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=533&lID=4. Acesso em: 26 ago. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000*. DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO, [S. l.], 2000.

Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunicados de Imprensa*. [*S. l.*], Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/comunicados.asp?searchText=desacato&Year=2011#2. Acesso em: 20 set. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão*: CAPÍTULO V – LEIS DE DESACATO E DIFAMAÇÃO CRIMINAL. [*S. l.*], [21-?]. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=533&lID=4. Acesso em: 18 set. 2021.

CONVENÇÃO americana sobre direitos humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/. Acesso em: 2 jul. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas). *Caso Alvaréz Ramos vs. Venezuela, [S. l.], 30 ago. 2019*. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/380_CasoAlvarezRamosvsVenezuela_ExcepcionFondoReparacionesCostas.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (Fundo de Reparações e Custas*). Caso Palamara Iribarne v. Chile, [S. l.], 22 nov. 2005*. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/CasoPalamaraIribarne_FondoReparacionesCostas.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (Fundo, Reparos e Custos). *Caso Kimel vs. Argentina, [S. l.], 2 maio 2008*. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/CasoKimelVsArgentina_FondoReparacionesCostas.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai.* Sentença de 31 de agosto de 2004 (Mérito, Reparações e Custas). [*S. l.*], 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf. Acesso em: 2 ago. 2021.

DULITZKY, Ariel E. An Alternative Approach to The Conventionality Control Doctrine. *In*.: Symposium: The constitutionalization of international law in Latin America. *109 AJIL Unbound 100*, 2015, p. 100-108.

FERRAÇO, André Augusto Giuriatto. MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima. O Controle de Convencionalidade do Crime de Desacato e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos na Redemocratização na América-Latina. Uma Análise com Base no Caso Brasileiro. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, p. 76-95, 2018.

FONSECA, Maria Eduarda Dias. RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo. A liberdade de expressão e o crime de desacato à luz do sistema interamericano de direitos humanos. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*. e-ISSN: 2526-0197. Encontro Virtual, v. 6, n. 2, p. 61-78, jul./dez. 2020.

GOMES, Eduardo Biacchi; GONÇALVES, Ana Elise Brandalise. O controle de convencionalidade, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o crime de desacato. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, ed. 114, p. 73-96, fev./maio 2016.

GOVEA, Laura Alicia Camarillo; RÁBAGO, Elizabeth Nataly Rosas. El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos. *Revista IIDH*, [s. l.], v. 64, ed. 2016, p. 128 - 159, [21-?]. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36250.pdf. Acesso em: 25 ago. 2021.

IBCCRIM – INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Controle de convencionalidade do crime de desacato e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro*. [*S. l.*], 2020. Disponível em: https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/999. Acesso em: 20 set. 2021.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TJ/RJ. COMARCA DE BELFORD ROXO. ARQUIVADO EM DEFINITIVO – MAÇO Nº 11047, em 28/07/2016. Processo nº 0013156-07.2015.8.19.0008, [*S. l.*], 4 jul. 2016.

LOPES FILHO, Francisco Camargo Alves; MOREIRA, Thiago Oliveira. O Emprego da Convenção Americana de Direitos Humanos na Jurisprudência

do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 14, n. 3, 2021, p. 112 – 139. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/25360/14611.

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

MENDONÇA FILHO, Alberto Hora; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. A Integração da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos no Brasil: A (In)aplicabilidade da Teoria Do Duplo Controle. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, Salvador*, v. 4, ed. 1, p. 118-139, jan./jun. 2018.

MIN. RIBEIRO DANTAS – QUINTA TURMA. Processo eletrônico. *Recurso Especial 0000422-34.2012.8.26.0590*, [*S. l.*], 11 fev. 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201600321060. Acesso em: 20 set. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO (Paraná). *Situação dos direitos humanos no Brasil* – Relatório da Comissão Interamericana – Liberdade de expressão e informação. [*S. l.*], 14 abr. 2021. Disponível em: https://direito.mppr.mp.br/2021/04/182/-Situacao-dos-direitos-humanos-no-Brasil-Relatorio-da-Comissao-Interamericana-Liberdade-de-expressao-e-informacao.html. Acesso em: 17 set. 2021.

MINISTRO EDSON FACHIN. Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 23-09-2020 PUBLIC 24-09-2020. [*S. l.*], 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-crime-desacato.pdf. Acesso em: 4 set. 2021.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal, RN: EDUFRN, 2015. 2,31 MB; PDF.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do controle de convencionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do voto do Min. Ribeiro Dantas. *Revista FIDES*, 15 ed., v. 8, n. 1. Natal: 2017, p. 99 – 103. Disponível em: https://www.academia.edu/33098870/MOREIRA_Thiago_Oliveira_O_Exerc%C3%ADcio_do_Controle_de_Convencionalidade_pelo_Superior_

Tribunal_de_Justi%C3%A7a_uma_breve_an%C3%A1lise_do_voto_do_Min_Ribeiro_Dantas_In_Revista_FIDES_15_ed_v_8_n_1_Natal_2017_pg_99_103. Acesso em: 8 jul. 2021.

RAMÍREZ, Sergio García. GONZA, Alejandra. VÁZQUEZ, Eréndira Ramos. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1.ed. Ciudad de México, México: Sociedad Interamericana de Prensa: Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2019. p. 12-187.

RAMOS, André de Carvalho. *Control of Conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights*: The brazilian experience. IIDH, [s. l.], v. 64, p. 11-32, jul./dez. 2016. ISSN 1015-5074. Disponível em: https://www.academia.edu/31081918/The_conventionality_control_and_the_struggle_to_achieve_the_final_interpretation_of_human_rights_the_Brazilian_experience. Acesso em: 5 jul. 2021.

RELATOR CÁSSIO SALOMÉ. Câmaras Criminais - 7ª Câmara Criminal. *APR 0021509-33.2017.8.13.0687*, [*S. l.*], 17 set. 2021. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1282614623/apelacao-criminal-apr-10687170021509001-timoteo/inteiro-teor-1282614724. Acesso em: 20 set. 2021.

RELATOR DESEMBARGADOR CARMO ANTÔNIO. Tribunal. *Apelação 0001631-33.2019.8.03.0008*, [*S. l.*], 1 jul. 2021. Disponível em: https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1244560898/apelacao-apl-16313320198030008-ap/inteiro-teor-1244560903. Acesso em: 20 set. 2021.

RELATOR EDISON BRANDÃO. 4ª Câmara de Direito Criminal. *Habeas Corpus Criminal 2148277-89.2021.8.26.0000*, [*S. l.*], 13 abr. 2021. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1197618239/habeas-corpus-criminal-hc-20769828920218260000-sp-2076982-8920218260000/inteiro-teor-1197618259. Acesso em: 20 set. 2021.

RELATOR J.J. COSTA CARVALHO. 1ª Turma Criminal. Processo 0001823-87.2017.8.07.0019, [*S. l.*], 1 set. 2021.

Disponível em: https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudenc
ia/1274130899/18238720178070019-df-0001823-8720178070019/inteiro-
teor-1274130930. Acesso em: 20 set. 2021.

RELATOR LAERTES FERREIRA GOMES. 2ª Câmara Criminal. Apelação 0009294-22.2019.8.16.0024, [S. l.], 3 set. 2021. Disponível em: https://tj-pr.
jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1275993170/apelacao-apl-92942220198160024-
almirante-tamandare-0009294-2220198160024-acordao/inteiro-
teor-1275993172. Acesso em: 20 set. 2021.

RELATOR NEWTON BRASIL DE LEÃO. Quarta Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito 0014349-66.2021.8.21.7000, [S. l.], 30 jun. 2021. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1260045596/recurso-em-sentido-estrito-rse-70085007961-rs/inteiro-teor-1260045605. Acesso em: 20 set. 2021.

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Comunicado de Prensa R152/18. La Relatoría Especial manifiesta preocupación por condenas penales por desacato en Cuba, [S. l.], 17 jul. 2018. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?lID=2&artID=1111. Acesso em: 19 set. 2021.

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Comunicado de Prensa R32/11. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Expresa Preocupación por la Existencia y el Uso de Normas Penales de Desacato Contra Personas Que Han Expresado Críticas Contra Dignatarios Públicos en Ecuador, [S. l.], 2011. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?lID=2&artID=837. Acesso em: 20 set. 2021.com.br/artigos/exibir/2157/O-crime-de-desacato-e-a-honra-funcional-como-bem-juridico. Acesso em: 27 jul. 2021.

SOARES, Claudio Leal. O crime de desacato e a honra funcional como bem jurídico. *Direito net*, [*s. l.*], 8 jul. 2005. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2157/O-crime-de-desacato-e-a-honra-funcional-como-bem-juridico. Acesso em: 27 jul. 2021.

STJ – *HC: 379269 MS 2016 / 0303542-3*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 24/05/2017, S3 – Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 30/06/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inteiro Teor do Acórdão* – Página 1 de 90. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 496, Distrito Federal, p. 1-90, 22 jun. 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910283. Acesso em: 4 ago. 2021.

TEIXEIRA, Marcelo Markus. PEREIRA, Reginaldo. BIEGER, Andrey Luciano. Os Critérios de Recepção das Decisões acerca dos Delitos de Desacato do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Superior Tribunal de Justiça à Luz do Controle de Convencionalidade Externo. *Seqüência* (Florianópolis), n. 80, p. 179-201, dez. 2018.

TORRES, Paula Ritzmann. *O Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*: limites à tutela penal da honra e da liberdade de expressão e crítica. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, [*s. l.*], ano 27, n. 327, fev. 2020. Disponível em: http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Juris327.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

TORRES, Saulo de Medeiros; SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. A Aplicação do Controle de Convencionalidade Pelo Juiz Brasileiro: O Caso do Crime de Desacato. *Revista Constituição e Garantia de Direitos,* [*s. l.*], p. P. 5-30, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. *Apelação Criminal nº 2014.046692-6 /SC. [S. l.], 2014. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/7492/apelacao-criminal-apr-20140466926-sc-2014046692-6-acordao-tjsc/inteiro-teor-25327493. Acesso em: 2 set. 2021.*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023. [S. l.], 2015.
jurisprudencia/25327492/apelacao-criminal-apr-20140466926-sc-2014046692-6-acordao-tjsc/inteiro-teor-25327493. Acesso em: 2 set. 2021.

Partial Compliance das recomendações no Caso Maria da Penha Fernandes – análise do artigo 4 do relatório de nº 54/2001 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Beatriz Peixoto Nóbrega[1]
Érica Canuto[2]

1 INTRODUÇÃO

O caso Maria da Penha Fernandes é uma das violações de direitos humanos mais conhecidas nacionalmente, em razão da demora de 19 anos que enfrentou para que o autor da violência fosse punido pela Justiça brasileira, bem como em razão do nível de lesão que sofreu, já que foi vítima de duas tentativas de homicídio, que a deixou paraplégica. Não somente por isso, mas também considerando sua luta no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, o que a coloca como um dos símbolos dessa luta.

Nesse litígio internacional, não obstante os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate a esse tipo de violência, a impunidade, a morosidade e a proteção insuficiente da vítima perduraram durante muito tempo no Caso Maria da Penha.

Como consequência, o Brasil foi condenado, em 2001, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que além de reconhecer a ineficiência e tolerância do Brasil com a violência doméstica e familiar contra a mulher, fez recomendações ao país para que, estruturalmente, mudasse sua política de combate

1 Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Advogada.

2 Pós-doutoranda em Democracia e Direitos Humanos IGC/CDH Coimbra. Doutora em Ciências Sociais UFRN. Mestre em Direito UFBA e em Ciências Sociais UFRN. Promotora de Justiça. Professora da graduação e Pós-Graduação da UFRN.

à violência, as quais partiam de uma visão holística do complexo fenômeno que é essa violência, visando evitar a repetição da impunidade em casos semelhantes.

Ocorre que, passados 20 anos desde a condenação, o país ainda apresenta altos índices de violência de gênero, feminicídios e taxas alarmantes de violência doméstica e familiar.

Diante disso, partindo da premissa que o Brasil foi condenado internacionalmente e que aderiu aos Tratados que o obriga a combater a violência de gênero e a violência doméstica e familiar, em especial a Convenção de Belém do Pará, exsurge a seguinte problemática: "Passados 20 anos da condenação do Brasil, houve o cumprimento das recomendações no caso Maria da Penha Fernandes?".

Outrossim, é objetivo do presente trabalho verificar se o Brasil cumpriu as recomendações no caso Maria da Penha Fernandes, no tocante ao artigo 4 do Relatório sob o n^{0}.54/2001.

Para responder ao questionamento, buscou-se priorizar as pesquisas em teses, dissertações, relatórios oficiais de pesquisa científicas relacionadas às temáticas de políticas públicas e de violência de gênero. Ademais, utilizou-se também o levantamento documental de bancos de dados oficiais e relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e análise jurisprudencial, direcionada a averiguar se teria ocorrido o devido cumprimento das recomendações no caso Maria da Penha Fernandes.

Desse modo, a construção do presente trabalho teve por base a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, e foi estruturado a partir do método hipotético-dedutivo.

Espera-se que o presente trabalho fomente o debate a respeito desse assunto e ressalte a importância do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil.

2 O CASO MARIA DA PENHA FERNANDES PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Anteriormente à sanção da Lei nº 11.340/06, também denominada Lei Maria da Penha, os casos de violência doméstica e familiar, no Brasil, eram regidos pela Lei n^{0}. 9.099/95, a qual por possuir um caráter conciliador, e culminavam, em regra, em penalidades brandas para o autor da violência, a exemplo de cestas básicas.

Nessa conjuntura, apesar do Brasil, em 1995, ter ratificado a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, e em 1984, ter ratificado a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), esses crimes não eram punidos de forma eficaz.

Devido à forma lenta, praticamente invisível e sem perspectiva de gênero como esses processos tramitavam, estima-se que, na década de 90, cerca de 70% dos casos do Juizado Especial Criminal eram relativos às situações de violência doméstica e familiar. Desse número, 90% terminavam com o arquivamento produzido em audiência de conciliação o que gerava, não raro, a ausência de uma punição efetiva por parte do Estado frente aos autores da violência[3]. O caso Maria da Penha Fernandes retrata bem essa impunidade.

Em 1983, Maria da Penha foi vítima de um tiro, enquanto dormia no quarto do casal, de autoria do seu então marido, crime que a deixou paraplégica. Posteriormente, veio a sofrer uma segunda tentativa de homicídio, também por parte de seu cônjuge, que consistiu na tentativa de eletrocutá-la enquanto tomava banho[4].

O Ministério Público, um ano após o ocorrido, ofereceu denúncia contra o autor do crime, entretanto, passados mais de 15 anos desde a data dos fatos, a Justiça brasileira ainda não havia chegado à condenação definitiva do réu, que se mantivera em liberdade todo esse tempo, apesar da gravidade da infração e do substancioso conjunto probatório contra ele[5].

O primeiro julgamento aconteceu em 29 de abril de 1991, adiado depois de atestado médico apresentado por um dos advogados de defesa. Na ocasião, apesar do julgamento ter se iniciado, não foi concluído, a pedido da defesa, sob o fundamento da ausência de testemunhas, supostamente imprescindíveis[6].

Com o seguimento do processo, ao final, houve o julgamento, momento em que o réu foi condenado a 15 anos de reclusão, todavia, imediatamente, a defesa apresentou recurso, o qual foi julgado procedente no ano seguinte, sob o

---

3 SEVERI, Fabiana Cristina**.** *Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.

4 PENHA, Maria da**.** *Sobrevivi... Posso Contar*. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2014.

5 PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.* 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

6 PENHA, Maria da. *Sobrevivi... Posso Contar*. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2014.

fundamento de má formulação dos quesitos propostos, o que acarretou na anulação do julgamento anterior. Nesse ínterim, o autor da violência aguardava em liberdade um novo júri[7].

Diante da demora da Justiça na devida punição do autor, Maria da Penha decide escrever sua história no livro "Sobrevivi... Posso Contar", publicado em 1994. O livro fez sucesso imediato e chegou ao conhecimento de ONG's feministas que viram potencial para seu caso se tornasse um precedente em litígio internacional por violação de direitos humanos.

Em 1996, houve um segundo julgamento, no qual novamente o réu foi condenado, desta vez a 10 anos e seis meses de reclusão, e também novamente a defesa recorreu, alegando que não havia nada de concreto que provasse a tentativa de assassinato contra a vítima[8].

Assim, não obstante ter sido condenado em dois julgamentos, devidos aos recursos protelatórios interpostos pela defesa, o réu ainda aguardava novo julgamento em total liberdade, o que demonstra a morosidade e ineficácia do Judiciário brasileiro em punir o autor da tentativa de homicídio, no contexto de violência doméstica.

Ressalta-se que, desde 22 de abril de 1997, até o recebimento da denúncia pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a demanda de Maria da Penha quedou-se sem solução no Poder Judiciário brasileiro, deixando margem para o risco da prescrição (no caso, 20 anos), demonstrando a inobservância do Estado em cumprir as convenções internacionais[9].

Em 1998, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), organização não-governamental e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), rede feminista, souberam da divulgação do livro e entraram em contato com a autora. Naquele mesmo ano, tais organizações e a própria Maria da Penha apresentaram uma denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), requerendo uma postura

7 PENHA, Maria da. *Sobrevivi... Posso Contar*. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2014. p. 87.

8 *Ibid.* p. 87.

9 VARELLA, Marcelo D.; MACHADO, Natália Paes Leme. A dignidade da mulher no direito internacional: o Brasil face à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista IIDH*, San Jose, v. 49, p. 467-500, 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24591.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

do Estado brasileiro em face da morosidade quanto a uma decisão definitiva em seu processo[10].

Tendo em vista os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em especial a Convenção de Belém do Pará, a denúncia foi recebida pela Comissão, a qual reconheceu a tolerância do país, por não haver tomado efetivamente, por um longo período de tempo, as medidas necessárias para punir o autor da violência. Frisa-se ainda que, após recebida a denúncia, foram enviados quatro ofícios ao Brasil, solicitando uma decisão definitiva para a demanda, não tendo, contudo, obtido resposta[11].

Diante da inércia do Brasil em responder às repetidas comunicações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no que respeita à demanda, em agosto de 1999, o órgão internacional considerou esse silêncio como renúncia tácita do Estado de apresentar resposta, de modo que foram considerados como verdadeiros os fatos descritos na inicial pela peticionante[12].

No tocante ao mérito do Relatório nº 54/2001, a Comissão reconheceu que no processo haviam elementos probatórios evidentes para determinar a conclusão do julgamento, e que a atividade processual foi retardada pela aceitação de recursos extemporâneos e por demoras injustificadas. Além disso, o grau de complexidade da causa não constituiu elemento que justificasse a demora da Justiça no caso. Ademais, o atraso poderia gerar a possível impunidade definitiva por meio da prescrição[13].

No referido relatório, foi considerado que as decisões judiciais internas neste caso demonstraram uma ineficácia, negligência ou omissão por parte das autoridades judiciais brasileira, essa demora injustificada no julgamento do acusado, demonstrou não apenas a possibilidade de impunidade do acusado, pela possível prescrição do delito, mas também que o Estado não teria sido capaz de organizar sua estrutura para combater a violência doméstica[14].

---

10 PENHA, Maria da. *Sobrevivi... Posso Contar*. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2014.

11 CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório 54/01*: Maria da Penha Maia Fernandes v. brasil. Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil. 2001. Caso 12.051. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em: 9 jun. 2021.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*

14 CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório 54/01*: Maria da Penha Maia Fernandes v. brasil. Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil. 2001. Caso 12.051. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em: 9 jun. 2021.

Nesse relatório, não apenas foram recomendadas ações referentes à postura do Estado em atuar no caso concreto, como a punição do autor da agressão e a indenização simbólica que deveria ser concedida à vítima, mas também recomendações para que ocorresse uma mudança no Brasil sobre a forma como os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher deveriam ser processados, para evitar a impunidade para novos casos, e modificar o cenário de tolerância com essas demandas.

Essas recomendações partem de uma visão holística no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, com mudanças desde a capacitação de funcionários judiciais e policias para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica a mudanças em seus planos pedagógicos em unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher.

Frisa-se que, no presente trabalho serão analisadas as recomendações feitas ao Brasil, no tocante ao artigo 4 do relatório sob o n^{0}. 54/2001, as quais se referem à mudança estrutural no Brasil, referente ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher.

3 RECOMENDAÇÕES FEITAS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS AO BRASIL: MUDANÇAS ESTRUTURAIS PARA UMA TRANSFORMAÇÃO SIGNIFICATIVA

No caso Maria da Penha Fernandes, além das Recomendações feitas na demanda específica pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a exemplo da determinação pela rápida e efetiva punição do responsável pela agressão, foram consideradas também questões para que houvessem mudanças estruturais no país na forma como as demandas sobre violência doméstica e familiar deveriam se proceder.

Se reconheceu que o referido caso não se tratava apenas de um quadro isolado, mas de uma sistemática violação dos direitos das mulheres, e que demandava transformações fundamentais para uma mudança significativa nesse quadro de violações.

A seguir serão analisadas brevemente essas recomendações, no tocante as alíneas a, b, c, d, e do art. 4 do Relatório n^{0} 54/2001, que se referem as mudanças propostas pelo órgão internacional ao Brasil.

Uma das recomendações feitas ao país pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi a capacitação e sensibilização dos funcionários que atuam diretamente no enfrentamento à violência doméstica e familiar, para que entendam a importância de não tolerar a violência doméstica, consoante alínea a da Recomendação de nº 4.

Essa recomendação é essencial, pois, em regra, a delegacia de polícia – seja a Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher ou não especializada – é o primeiro local que a vítima procura para buscar proteção e iniciar o processo contra o autor do crime.

Destarte, ao se dirigir ao local, a vítima carrega grandes expectativas no atendimento, porque, em muitos casos, a ofendida leva anos para que tenha a coragem de romper com o ciclo da violência e denunciar o autor. Sendo o registro de ocorrência o ponto alto de uma série de agressões que sofreu. Todavia, não raro, apesar de estarem lá como vítimas, algumas não têm sua palavra legitimada, credibilizada, ou mesmo se tenta culpabilizá-las pela agressão que sofreram ou desestimular a continuidade do processo. Tanto os órgãos da segurança pública quanto do sistema de justiça devem encaminhar convenientemente, com perspectiva de gênero os casos de violência doméstica, conhecendo a dinâmica do ciclo da violência, as dificuldades que uma mulher tem para denunciar e sustentar essa denúncia e toda a necessidade de proteção integral que a vítima demanda, para ela e para os filhos.

Em virtude dessas peculiaridades, houve essa recomendação pelo referido órgão internacional para que houvesse a capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica, e assim, esse atendimento permita que a vítima relate e denuncie as agressões, sem julgamentos, comentários depreciativos ou desestímulos à vítima em prosseguir com a denúncia.

Nesse sentido, a Lei nº 11.340/06, influenciada por essa recomendação, trouxe como direito da vítima ser atendida por profissional previamente capacitado, conforme art. 10-A da lei.

No Brasil, em 2016, a Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, COPEVID, uma das comissões que compõe o Grupo Nacional de Direitos Humanos, órgão do Conselho Nacional de Procuradores Nacionais, emitiu o seguinte enunciado:

> O Ministério Público deve investir na capacitação de seus membros para o enfrentamento à violência doméstica contra a mulher, utilizando-se como documentos de referência as 'Diretrizes nacionais de investigação criminal com perspectiva de gênero' da COMJIB/EuroSociAL e as 'Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres – Feminicídios' da ONU Mulheres[15].

Com a criação do Fórum Nacional de Juízas e Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID), que sedia debates e discussões sobre a Lei Maria da Penha entre membros e servidores do Judiciário, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entende que teria ocorrido o cumprimento total desse ponto da recomendação[16].

Todavia, discorda-se desse entendimento, pois apesar da previsão em âmbito nacional do direito de ser atendida por um profissional devidamente capacitado e de não sofrer uma segunda vitimização, infelizmente, é comum ocorrem reclamações acerca do atendimento, no âmbito policial e judicial, inclusive muitos vindo ao conhecimento público em redes sociais. A capacitação dos órgãos dos sistemas de segurança pública e da justiça não houve em sua integralidade, além do que, deve ser feita de maneira permanente. Criar um órgão que tem a atribuição de capacitar é importante, mas deve ser garantida a efetiva capacitação de todos os membros e servidores que compõem os sistemas de segurança pública e de justiça.

Em 2016, no mesmo ano de criação do FONAVID, uma Pesquisa realizada pelo DataSenado, na qual foram entrevistados 625 profissionais de 357 Delegacias de Atendimento à Mulher, detectou que apenas 53% dos policiais receberam algum treinamento específico para atenderem mulheres em situação de

15 FONAVID. *Enunciados*: IX fórum nacional de juízes de violência doméstica e familiar contra a mulher. IX Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. 2017. Disponível em: https://www.amb.com.br/fonavid/conclusoesfonavid.php. Acesso em: 18 dez. 2021.

16 IACHR Inter-American Commission on Human Rights. *IACHR annual report 2016*. Washington: Inter-American Commission on Human Rights, 2016. Disponível em: http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2016/docs/InformeAnual2016cap2Dseguimiento-en.pdf. Acesso em: 23 dez. 2021.

violência, e aproximadamente 40% desse número recebeu treinamento específico há até 2 anos[17].

Portanto, uma parte considerável dos entrevistados sequer teria sido devidamente preparada para o atendimento as vítimas, e menos da metade teria sido capacitada recentemente. Frisa-se ainda que a capacitação não deve ocorrer em uma única ocasião, mas continuadamente.

Outro resultado impressionante da pesquisa, foi a seguinte constatação: apesar de 57% dos entrevistados terem declarado que a violência contra as mulheres não pode ser justificada, 28% declarou que a violência pode ser justificada tanto pelo comportamento do homem quanto pelo comportamento da mulher, desse percentual 39% são policiais com mais de 20 anos de experiência[18]. Isto é, para uma parcela considerável dos policiais a violência seria justificável, ante o comportamento da mulher.

Nesse contexto, em 2017, o Conselho Nacional de Justiça, no relatório sobre práticas retributivas e restaurativas**,** verificou, em entrevistas realizadas com juízes que atuavam nos Juizados ou Varas de Violência Doméstica, em sete capitais do Brasil, que dentre 24 entrevistados, somente quatro magistrados declararam ter algum tipo de formação na área de gênero ou em violência doméstica e familiar[19].

Em 2020, o relatório denominado enfrentamento à violência contra a mulher, realizado pelo Ministério Público de Minas Gerais, constatou, por meio de entrevistas realizadas com promotores, servidores e estagiários, que, para 70%

17 BRASIL. *Rede de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres*. Brasília: Instituto de Pesquisa Datasenado, 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres-deams. Acesso em: 24 dez. 2021.

18 BRASIL. *Rede de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres*. Brasília: Instituto de Pesquisa Datasenado, 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres-deams. Acesso em: 24 dez. 2021. p.14.

19 CNJ. Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário. Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário. *Justiça Pesquisa.* Direitos e Garantias Fundamentais. 2 ed. Disponível Brasília: CNJ, 2017. em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes-justica-pesquisa/. Acesso em: 22 dez. 2021.

dos entrevistados, a capacitação dos profissionais envolvidos no atendimento é a segunda ação mais eficaz para a melhoria do enfrentamento à violência doméstica[20].

Além disso, 85% dos entrevistados não desenvolve nenhum projeto judicial ou extrajudicial relacionado ao enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e apenas 10% dos entrevistados afirmam que na comarca em que atuam são realizadas reuniões entre os integrantes da rede de enfrentamento à violência contra a mulher. Diante disso, foi proposta, nas considerações finais, a capacitação permanente dos profissionais em relação à temática[21].

Ora, apesar dos entrevistados terem reconhecido a importância da capacitação, apenas 10% dos entrevistados se engajaram para que ela ocorresse.

Nesse contexto, o Poder Judiciário adotou algumas medidas para evitar essa situação e fomentar a capacitação. Em 2020, o Conselho Nacional de Justiça recomendou a capacitação dos magistrados que atuam em Juizados ou varas que detenham competência para aplicar a Lei nº 11.340/06, nos termos da Resolução nº 79.

De acordo com o parágrafo único do art. 1º da referida resolução, caso o magistrado comprove frequência a curso de capacitação sobre o assunto anterior, pode ser dispensado da obrigação. Essa resolução representa um avanço expressivo para que ocorra, de fato, a capacitação dos membros do Judiciário para atuarem nessas demandas.

Conclui-se que essa capacitação dos funcionários judiciais e policiais ainda é, infelizmente, desproporcional à demanda, reconhecendo-se, contudo, avanços consideráveis.

Outra recomendação foi a simplificação dos procedimentos judiciais penais com o intuito de ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo legal.

Infelizmente, não ocorreu a esperada simplificação dos processos judiciais penais, tampouco foi reduzido o lapso processual, conforme foi recomendado no caso Maria da Penha Fernandes. Ora, embora houvesse a elaboração de um

20 MPMG. *Enfrentamento à violência contra a mulher*: a percepção das promotoras e promotores de justiça em minas gerais. Belo Horizonte: MPMG, 2020. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/areas-de-atuacao/defesa-do-cidadao/violencia-domestica-contra-a-mulher/noticias/pesquisa-feita-pelo-caovd-revela-necessidade-de-capacitacao-de-profissionais-que-lidam-com-violencia-contra-a-mulher-e-de-fortalecimento-do-trabalho-em-rede.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

21 *Ibid*. p. 18.

procedimento especial para lidar com esses casos, não foi alcançada uma celeridade processual satisfatória[22].

Essa morosidade que ainda permeia os processos é observada nos relatórios Justiça em Números. O relatório Justiça em Números, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2020, revelou que, das 3.500 unidades judiciárias de primeiro grau que apresentavam competência exclusiva, cível ou criminal, apenas 139 eram exclusivas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e, entre estas, a taxa média de congestionamento apresentada foi de 57%[23].

Por sua vez, em 2021, o referido documento constatou que a taxa média de congestionamento das varas exclusivas de violência doméstica foi de 72%, sendo os maiores índices de congestionamento encontradas no Tribunal de Justiça de São Paulo, com 94,2%, e logo em seguida, no Tribunal de Justiça do Pará, com 85,4%. Em contrapartida, a menor taxa de congestionamento foi encontrada no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, mas ainda com uma cifra significativa de 43,7%[24].

Diante dessa estatística, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu, em 2021, a meta 8, que determina a identificação e julgamento, até 31/12/2021, de 50% dos casos de feminicídio distribuídos até 31/12/2019 e de 50% dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher distribuídos até 31/12/2019[25].

Essas altas taxas de congestionamento indicam que a morosidade ainda é patente no aparelho estatal, sendo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal uma exceção, por apresentar uma excelente infraestrutura, com as menores taxas de congestionamento – com 40,3% –, apesar de ainda não acolher 100% dos processos em unidades destinadas a julgar exclusivamente tais ações, restringindo-se a cerca de 80% dos trâmites dessa espécie[26].

---

22 VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. Suspensão Condicional do Processo e o Acordo de Proteção Integral. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*, Natal, v. 10, n. 10, p. 77-106, jul. 2020.

23 CNJ. *Justiça em Números*. Brasília: CNJ, 2020. Ano Base 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf. Acesso em: 23 dez. 2021.

24 CNJ. *Justiça em Números 2021*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

25 CNJ. *Metas Nacionais aprovadas pela Justiça Estadual para 2021*. 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/justica-estadual/. Acesso em: 23 dez. 2021.

26 CNJ. *Justiça em Números*. Brasília: CNJ, 2020. Ano Base 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf. Acesso em: 23 dez. 2021.

Percebe-se que a realidade retratada pelas varas exclusivas de violência doméstica no Brasil, um país de grande dimensão territorial, demonstra que elas não abarcam todos os processos que tratam do assunto e que tramitam no Estado, como, por exemplo, os Tribunais de Justiça do Paraná e do Ceará, os quais abarcam, respectivamente, 22% e 39% do total de processos de violência doméstica em tramitação[27].

Esses números de congestionamento revelam os desafios a serem enfrentados para que ocorra de fato a celeridade na tramitação desses processos, conforme recomendação dada pelo órgão internacional ao Brasil.

Com efeito, o processo criminal nas infrações da Lei Maria da Penha tem apresentado morosidade e, muitas vezes, em razão disso, ocorre a prescrição, haja vista que, em regra, o perfil do autor da violência doméstica não é o criminoso contumaz, sendo em sua maioria réu primário, o que, a depender das demais circunstâncias judiciais, torna a pena, em regra, próxima ao mínimo legal, possibilitando a prescrição dos processos[28]. Por isso, não se pode concluir que a alínea b do art. 4 da recomendação em questão teria sido de fato cumprida.

Além dessa recomendação pela celeridade processual, foi recomendado também o estabelecimento de formas alternativas às judiciais de solução de conflitos intrafamiliares, bem como a sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera.

Frisa-se que existem diversas formas alternativas às judiciais, destacando-se a mediação, a conciliação e a implementação dos grupos reflexivos.

Nesse sentido, o enunciado nº 23 do Fórum Nacional de Violência Doméstica (FONAVID) dispõe que "a mediação pode funcionar como instrumento de gestão de conflitos familiares subjacentes aos procedimentos e processos que envolvam violência doméstica"[29].

---

27 CNJ. *Justiça em Números*. Brasília: CNJ, 2020. Ano Base 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf. Acesso em: 23 dez. 2021. p.203.

28 VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. Suspensão Condicional do Processo e o Acordo de Proteção Integral**.** *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*, Natal, v. 10, n. 10, p. 77-106, jul. 2020.

29 FONAVID. *Enunciados*. 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php. Acesso em: 11 out. 2021.

É imprescindível observar providências específicas, com cautela e a devida diligência, para que sejam protegidos os direitos da mulher, tendo em vista a situação de vulnerabilidade presente que a torna hipossuficiente nesses casos[30].

Assim, deve-se levar em consideração que a existência de medida protetiva não obriga a vítima ao comparecimento da audiência de conciliação e as sessões de mediação, os conciliadores e mediadores devem ter uma capacitação em violência doméstica e familiar contra a mulher, deve ser assegurada a vítima a opção pela audiência separada do autor da violência, a equipe multidisciplinar da Vara da Família deve avaliar se a mulher tem condições de participar da audiência, entre outras providências. Tudo isso para assegurar que a mulher não está sendo pressionada a reconhecer um pedido ou formular um acordo[31].

Logo, há aspectos que devem ser considerados e aplicados para a implementação da mediação e conciliação nos casos envolvendo situações de violência doméstica e familiar. Além disso, esse procedimento deve ser facultativo e não obrigatório.

Além da mediação e conciliação, existem também outras formas alternativas às judiciais na solução de conflitos, a exemplo dos grupos reflexivos de homens, que são programas de recuperação e reeducação dos agressores em um grupo de apoio, no qual se debate sobre diversos temas, principalmente a masculinidade, os estereótipos de gênero e comportamentos tóxicos e agressivos nas relações, o que permite uma conscientização e sensibilização por parte daqueles que participam, e, por consequência, possibilita uma mudança de comportamento.

No Brasil, observa-se a presença dos grupos reflexivos em momento anterior à sanção da Lei n^{0} 11.340/2006, a exemplo do Instituto NOOS, do Rio de Janeiro, que se iniciou em 1998, mas o seu crescimento ocorreu em razão da Lei Maria da Penha, que ressaltou a sua importância, ao dispor que poderão ser criados centros de reeducação de agressores, nos termos do art. 35[32].

---

30 VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; MAIA, Clarice Gomes de Medeiros. Violência contra a mulher e a autocomposição de conflitos nas ações judiciais das varas de família. *Revista IBDFAM*: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, v. 39, p. 44-63, abr. 2020.

31 *Ibid.* p.61.

32 VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. *A masculinidade no banco dos réus*: um estudo sobre gênero, sistema de justiça penal e a aplicação da Lei Maria da Penha. 2018. 207f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

Outro ponto de destaque é que esses programas apresentam um alto índice de sucesso, com resultados excelentes, diminuindo significativamente os riscos de reincidência e, até mesmo ensejando a reconciliação do casal[33].

Frisa-se ainda, que esses grupos refletem o anseio de muitas vítimas, que não desejam a prisão do autor, mas a mudança de seu comportamento e a continuidade da relação afetiva.

A pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, denominada "Pilotando a Justiça Restaurativa", exteriorizou esse anseio das vítimas, percebida por servidores que atuam em atendimento com as vítimas de violência doméstica e familiar, tendo sido relatado por um deles em uma das entrevistas, que "a prisão é uma exceção nos meus atendimentos, a maioria das mulheres deseja paz. O que foi corroborado pelos demais integrantes"[34].

A implementação desses grupos reflexivos traz benefícios para o autor, na medida em que tem a oportunidade de ser ouvido, e da vítima que, muitas vezes, deseja permanecer na relação sem violência.

Em 2014, os serviços de atendimento aos autores de violência estavam presentes em apenas 0,48% dos municípios brasileiros, e em 42% dos Estados da federação, dos quais 51% eram ofertados pelos Tribunais de Justiça Estaduais[35]. Número pouco expressivo para a demanda de um país continental, como o Brasil.

Por sua vez, em 2016, a Pesquisa do Relatório Violência contra as mulheres, realizada pela CEPIA, desenvolvida no período entre 2014 e 2015, em todas as capitais brasileiras, constatou que, na região norte do país, foi apurado que tão somente em Belém no Pará e Porto Velho haviam iniciativas de trabalhos com homens autores de violência doméstica, ao passo que, em Boa Vista, Macapá, Manaus e Rio Branco ou não haviam iniciativas, ou haviam projetos que foram

33 DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*: uma obra para entender a importância da lei e seus reflexos. 7. ed. Salvador: *Juspodvim*, 2021. 384 p.

34 CNJ. *Pilotando a Justiça Restaurativa*: o papel do Poder Judiciário. Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2017. Justiça Pesquisa. Direitos e Garantias Fundamentais. 2 ed. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes-justica-pesquisa/. Acesso em: 22 dez. 2021.

35 VIEIRA, Grasielle. *Grupos Reflexivos para autores de violência doméstica*: responsabilização e restauração. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021. 284 p.

encerrados por falta de financiamento[36]. O que demonstra a necessidade de engajamento dos poderes políticos para a continuidade desses grupos.

Posteriormente, em 2017, o Conselho Nacional de Justiça constatou que as vítimas em situação de violência que foram entrevistadas, de um modo geral, nunca ouviram falar sobre a possibilidade restaurativa, o que sugere que, nas cidades pesquisadas, não existem projetos de justiça restaurativa para casos de violência doméstica já implementados e/ou em pleno funcionamento[37].

Tal fato revela que até aquele momento não haviam a implantação de programas de grupos reflexivos de homens em número suficiente. Contudo, tal situação começou a se modificar após a sanção da Lei nº 13.984/20, que modificou a Lei nº 11.340/06, ao incluir duas novas medidas protetivas que podem ser aplicadas de imediato pelo juiz ao agressor, como a intervenção psicossocial, individual ou em grupo.

Devido a promulgação dessa Lei, houve um maior incentivo para a implementação desses programas. Nessa conjuntura, os Tribunais de Justiça, Ministérios Públicos e Defensorias, com o apoio de ONGs e outros Convênios deveriam elaborar e implantar os programas de recuperação e reeducação e os grupos de apoio para asseverar o cumprimento da Lei nº 13.984/20[38].

Dentre os programas, na região nordeste, pode-se destacar: na Paraíba, o projeto denominado Refletir[39], no Rio Grande do Norte, Núcleo de Apoio à Mulher Vítima de Violência Doméstica e Familiar (NAMVID), em Pernambuco, um projeto na Secretaria da Mulher do Estado de Pernambuco, em Sergipe, o

---

36 CEPIA. *Relatório de pesquisa Violência contra as mulheres os serviços de responsabilização dos homens autores de violência***.** Rio de Janeiro: CEPIA, 2016. 66 p. Disponível em: http://www.mulheres.ba.gov.br/arquivos/File/Publicacoes/Relatoriodepesquisa_ViolenciacontraasMulheres_Osservicosderesponsabilizacaodoshomensautoresdeviolencia_Marco2016.pdf. Acesso em: 24 dez. 2021.

37 CNJ. Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário. Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário. *Justiça Pesquisa.* Direitos e Garantias Fundamentais. 2 ed. Disponível Brasília: CNJ, 2017. em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes-justica-pesquisa/. Acesso em: 22 dez. 2021.

38 MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

39 MPPB. *Projeto Refletir*: finalizado o quinto grupo reflexivo para homens processados por violência doméstica. Finalizado o quinto grupo reflexivo para homens processados por violência doméstica. 2019. Disponível em: http://www.mppb.mp.br/index.php/35-noticias/mulher/21137-projeto-refletir-finalizado-quinto-grupo-reflexivo-para-homens-processados-por-violencia-domestica. Acesso em: 20 dez. 2021.

Projeto Viver Melhor e o projeto GASVID, no Piauí, o Projeto Reeducar, Maranhão, projeto da Vara da Mulher de São Luiz do Maranhão[40].

A Lei n⁰ 13.984/20 representou um incentivo para a implementação dos grupos reflexivos, e para avançar no cumprimento da recomendação, sendo isso revelado pelos projetos estaduais, criados, boa parte, posteriormente à lei.

O Estado com a maior quantidade de projetos é São Paulo, no qual se pode destacar a presença dos projetos: E agora José, Tempo de Despertar, Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, Academia de Polícia de São Paulo e Cá Entre Nós[41].

Considerando o aumento da implementação dos grupos reflexivos para os autores de violência doméstica e familiar, após a Lei n⁰ 13.984/20 e as dificuldades enfrentadas para a continuação e manutenção destes, pode se afirmar que a recomendação feita ao país para implementação de formas alternativas às judiciais se encontra em estágio inicial, encaminhando-se para o cumprimento desse ponto da recomendação.

Ademais, foi recomendada também pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil, a multiplicação no número de Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher, bem como a dotação de recursos para seu efetivo funcionamento.

Essa recomendação considerou que, na maioria dos casos, a polícia é a porta de entrada para as mulheres romperem com o ciclo da violência, sendo determinante para o acesso da mulher à rede de proteção e ao sistema de Justiça[42].

A primeira delegacia da mulher, no Brasil, foi inaugurada em 1985, em São Paulo, fruto dos esforços das mulheres feministas do PMDB-Mulher[43]. Em 2020, existiam menos do que 500 delegacias da mulher, localizadas em apenas 8,3% dos municípios brasileiros e ainda menos patrulhas Maria da Penha[44].

---

40 VIEIRA, Grasielle. *Grupos Reflexivos para autores de violência doméstica*: responsabilização e restauração. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021. p. 284.

41 *Ibid.* p. 121.

42 MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

43 PIMENTEL, Silvia; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s)*. São Paulo: Matrioska, 2021.

44 FBSP. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Princípios e Práticas de formação de Policiais Para o atendimento às mulheres em situação de violência*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/manual-formacao-de-policiais-para-o-enfrentamento-da-violencia-de-genero.pdf. Acesso em: 13 dez. 2021.

Desde a instalação da primeira delegacia até os dias atuais foram criadas diversas delegacias especializadas, todavia, a distribuição dessas não ocorre de forma igualitária no País.

O relatório da situação de Direitos humanos no Brasil, realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, constatou que a divisão das delegacias da mulher não é equânime no país, posto que o estado de São Paulo possui cerca de um terço das unidades de todo o país (2021, p. 40). Ou seja, caso a vítima procure uma delegacia, é mais provável que receba assistência de um policial que não seja especialista.

Com efeito, além do número de Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher, existem outros desafios enfrentados pelas delegacias, como os recursos orçamentários para a manutenção das delegacias e a escassez de servidores.

A Pesquisa DataSenado, realizada em 2016, entrevistou servidores que trabalham nas Delegacias de Atendimento à Mulher no país. Na coleta de dados, foi constatado que, para 57% dos entrevistados, a delegacia em que atuam é insuficiente para atender a demanda da população local. Essa estatística é maior na região Norte do país, com 86%, seguida pela região Sul, com 63%, Nordeste, com 58%, Centro Oeste, com 54%, e Sudeste, com 50%[45].

Das dificuldades enfrentadas, evidenciou-se também que a maior é a escassez de pessoal (66%), seguido da precariedade das instalações da delegacia (9%), e por fim, da falta de equipamento para o trabalho (8%) e insuficiência de integração com outros órgãos (8%)[46].

Portanto, embora se reconheça um avanço na implementação das Delegacias Especializadas no Atendimento à mulher (DEAMS), não se pode afirmar que houve o cumprimento integral dessa recomendação, pois o número de delegacias ainda não atende à demanda de um país tão vasto, ao passo que as existentes, em sua maioria, concentradas em determinadas regiões do país, apresentam diversas problemáticas, em especial o exíguo número de servidores.

Por fim, outra recomendação, no caso Maria da Penha Fernandes, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil foi a inclusão, na

45 BRASIL. *Rede de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres*. Brasília: Instituto de Pesquisa Datasenado, 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres-deams. Acesso em: 24 dez. 2021.

46 *Ibid.* p.12.

educação, da importância da discussão do respeito à mulher e seus direitos previstos na Convenção de Belém do Pará.

A Lei nº 11.340/2006, influenciada diretamente pela recomendação, dispôs, expressamente, sobre políticas públicas de prevenção em escolas e a inclusão desse tema em currículos escolares, nos termos do art. 8 inciso IX. Trata-se de um dos dispositivos mais importantes da lei por incidir sobre uma das raízes da violência doméstica e familiar, no país, que é a cultura.

Conforme exposto anteriormente, a violência de gênero é um fenômeno histórico e cultural, que pode se expressar de variadas formas, sendo uma dessas a violência doméstica e familiar[47].

Logo, esse tipo de violência é fruto de uma sociedade desigual, com papéis impostos às mulheres e aos homens, numa hierarquia de poder. Para a desconstrução desses comportamentos apreendidos desde a infância e reforçados durante a vida inteira, é essencial o papel da educação, com a inclusão da discussão desses assuntos nos currículos escolares.

Dessa forma, para superar a discriminação e os estereótipos de gênero que possuem impacto direto no acesso à justiça, é essencial o papel da educação, a partir de uma perspectiva de gênero. Ademais, a conscientização dos homens sobre os direitos humanos das mulheres e o trabalho com agressores é essencial para garantir a não discriminação e igualdade[48].

Em 2014, o Centro Judiciário da Mulher (CJM) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, desenvolveu a campanha "Maria da Penha vai à Escola", com o intuito de promover nas escolas públicas do estado, discussões sobre a Lei Maria da Penha, os tipos de violência e as formas de denúncia, com inclusive a divulgação do *ebook*. Essa campanha não se destina apenas às mulheres, mas também aos homens, pois se discute em sala de aula a construção dos papéis de gênero, com o incentivo ao respeito e ao reconhecimento das diferenças entre as pessoas[49].

---

47 CANUTO, Érica. *Princípios especiais da Lei Maria da Penha*: e a garantia dos direitos fundamentais da mulher em situação de violência doméstica e familiar. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

48 MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática***.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

49 VIZA, Ben-Hur; SARTORI, Myrian Caldeira; ZANELLO, Valeska (org.). *Maria da Penha vai à Escola*: educar para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília: TJDFT, 2017. 210 p. Disponível em: entro Judiciário da Mulher – CJM do TJDFT, desde 2014, para promover e divulgar a Lei Maria da Penha nas escolas públicas do Distrito Federal. Acesso em: 23 dez. 2021.

Outros Tribunais de Justiça também fizeram projetos, nos quais os servidores vão às escolas e dialogam sobre a violência doméstica e familiar, a exemplo do projeto Uni-Duni-Tê, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que leva conhecimento à população infanto-juvenil, tendo como alvo principal os jovens do 9º ano do ensino fundamental, matriculados na rede municipal de ensino, especialmente em comunidades menos favorecidas. Nessas ações, há discussão e debate sobre diversos assuntos, como direitos da infância e juventude e violência doméstica, visando contribuir para que os jovens alunos estejam informados e preparados para o exercício pleno da cidadania[50].

Além das campanhas feitas por Tribunais de Justiça, em 2016, no Rio de Janeiro, foi sancionada a Lei nº 7.477/2016, que também estabeleceu a campanha Maria da Penha vai à escola, a qual deve ser realizada ao longo de todo ano letivo, e, em especial, também determinou que no mês de março, deva haver uma programação ampliada específica em alusão ao Dia Internacional da Mulher. Essa campanha foi criada através de uma parceria entre a Subsecretaria de Políticas para as Mulheres, Secretaria de Assistência Social e Direitos Humanos e pela Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro.

Posteriormente, outros Estados também aderiram à campanha, como o Rio Grande do Norte, com a Lei nº 10.330/2018, o Mato Grosso do Sul com a Lei nº 5.539/2020, Rio Grande do Sul com a Lei nº 15.484/2020, a Paraíba com a Lei nº 11.839/2021 e Alagoas com a Lei nº 8.372/2021.

No norte do Brasil, em que os níveis de violência doméstica e familiar são os mais altos do país, não houve adesão da Lei Maria da Penha vai à Escola pelos governos estaduais, contudo, existe a divulgação da Lei nº.11.3 40/2006 em datas comemorativas, como o dia 25 de novembro (Dia Internacional pela Eliminação da Violência contra as Mulheres), veiculada na televisão, rádio, em espaços públicos e institucionais.

No âmbito federal, em 2021, foi sancionada a Lei nº 14.164 que tem como objetivo promover o diálogo sobre a violência contra as mulheres desde a educação básica. Referida lei estabeleceu a Semana Escolar de Combate à Violência contra a mulher, a qual deve ser realizada anualmente, no mês de março, em todas as instituições públicas e privadas de ensino da educação básica. Além disso, alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, (Lei nº 9.394/96), para

50 MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

incluir conteúdo sobre a prevenção da violência contra a mulher nos currículos da educação básica.

Com a implementação da lei federal, deve haver a inclusão de conteúdos relativos aos direitos humanos e a prevenção de todas as formas de violência contra a criança, o adolescente e a mulher, que serão incluídos nos currículos da educação infantil, do ensino fundamental e ensino médio.

Com efeito, a abordagem de gênero deve ocorrer em todas as fases da educação formal e ser integrada nos currículos escolares, de forma transversal a todas as disciplinas, com o intuito de modificar a visão de mundo na perspectiva de gênero, por exemplo, no ensino da linguagem não sexista e discriminatória (língua portuguesa, literatura, línguas estrangeiras), na integração entre meninos e meninas na pratica de esportes coletivos e individuais (educação física), na expressão artística (artes e educação artística), na abordagem da presença de mulheres na história social e política do país e do mundo (história, sociologia, filosofia), no conhecimento das diferenças culturais analisadas a luz da geografia política e organização social (geografia)[51].

A lei federal, se de fato implementada, será de grande avanço duradouro para o enfrentamento da violência de gênero estrutural, especialmente pelo potencial transformador que apresenta na reflexividade da comunidade escolar.

É preciso assegurar que a referida legislação seja cumprida, principalmente a Lei n^{0} 14.164/21, para que haja a efetiva observância desse ponto da recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a inclusão nos planos pedagógicos do respeito à mulher e seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará.

4 CONCLUSÃO

No caso Maria da Penha Fernandes, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi enfática ao reconhecer que não se tratava de um caso isolado, mas sim de uma sistemática violação de direitos humanos das mulheres que ocorria no país, resultando no dever de devida diligência do Brasil em adotar práticas permanentes de enfrentamento da violência estrutural doméstica e familiar contra a mulher. Por ter sido reconhecida essa violação sistêmica, foram feitas

51 MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 22.

recomendações para que o país mudasse estruturalmente o modo de processar casos semelhantes, para que tamanha violação de direitos humanos não voltasse a ocorrer.

Essas recomendações partiram de uma visão holística no enfrentamento à violência doméstica e familiar, indo, desde a transformação de como os funcionários judiciais e policiais lidam com as vítimas de violência doméstica e familiar, até mudanças nos currículos escolares destinadas a fomentar na população a discussão sobre o respeito à mulher e aos seus direitos.

É importante salientar que desde o relatório n^0.54/2001, houve significativos avanços no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, principalmente com a criação e sanção da Lei n^0.11.340/06, chamada, não por acaso, de Lei Maria da Penha, que trouxe um novo paradigma para cuidar de casos de violência contra a mulher, passando da proteção insuficiente da vítima para a proteção integral[52], criando mecanismos para a proteção da vítima, a exemplo das medidas protetivas.

Outro avanço refere-se ao aumento das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher e o incentivo cada vez maior pelo Poder Judiciário na capacitação dos membros e servidores para que compreendam a importância de não tolerar a violência de gênero, assim como o fomento às discussões acerca do complexo fenômeno social, que é a violência doméstica e familiar, a exemplo da Resolução n^0.79 do Conselho Nacional de Justiça.

Além disso, grande parte dos Estados brasileiros tem incentivado semanas escolares sobre a violência doméstica e familiar, além de campanhas e projetos de iniciativa do Poder Judiciário nas escolas informando sobre a violência de gênero.

Contudo, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o presente caso ainda se encontra pendente de cumprimento (*partial compliance).* O que demonstra que essas recomendações não foram cumpridas pelo país.

É importante salientar que o Brasil está em rumo para o estágio inicial de implementação, avançando-se cada vez mais ao cumprimento integral. Muitas leis que visam assegurar tal cumprimento são recentes, a exemplo da Lei n^0 13.984/20 que incluiu o comparecimento do autor da violência a programas de recuperação e reeducação e o acompanhamento psicossocial, como novas medidas protetivas que podem ser aplicadas de imediato pelo juiz ao autor da violência.

52 CANUTO, Érica. *Princípios especiais da Lei Maria da Penha*: e a garantia dos direitos fundamentais da mulher em situação de violência doméstica e familiar. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

Os desafios nesse enfrentamento persistem, ante os altos índices de violência doméstica existentes no Brasil, violência essa que atinge todas as classes sociais, todas as idades, etnias e religiões, e ocorre em todos os Estados do país.

Além disso, atualmente, o número de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, em um país de dimensões continentais como o Brasil, ainda é insuficiente para a demanda. Outro ponto a ressaltar é a ausência de uniformidade e padronização nos grupos reflexivos de homens, bem como o fato de muitas políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher não disporem de orçamento público próprio e, infelizmente, ainda dependerem da vontade política para sua criação e/ou continuação.

Cabe ao Estado o desafio de desempenhar novos caminhos para maior eficácia no enfrentamento a violência doméstica e familiar, e por sua vez, cabe à sociedade fomentar cada vez mais debates sobre referida temática e conscientizar a população sobre esse complexo fenômeno social, para que casos de violações como o caso Maria da Penha Fernandes não se repitam.

Caso essas recomendações sejam de fato cumpridas pelo país, o benefício será de todo o país que verá seus números de violência doméstica e familiar diminuídos consideravelmente, sendo o benefício de toda a sociedade, homens e mulheres, para uma concretude do princípio da igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Rede de enfrentamento à violência contra as mulheres*. Brasília: Instituto de Pesquisa Datasenado, 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres-deams. Acesso em: 24 dez. 2021.

CANUTO, Érica. *Princípios especiais da Lei Maria da Penha*: e a garantia dos direitos fundamentais da mulher em situação de violência doméstica e familiar. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CEPIA. *Relatório de pesquisa Violência contra as mulheres os serviços de responsabilização dos homens autores de violência*. Rio de Janeiro: CEPIA, 2016. Disponível em: http://www.mulheres.ba.gov.br/arquivos/File/Publicacoes/Relatoriodepesquisa_ViolenciacontraasMulheres_Osservicosderesponsabilizacaodoshomensautoresdeviolencia_Marco2016.pdf. Acesso em: 24 dez. 2021.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório 54/01*: Maria da Penha Maia Fernandes v. brasil. Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil. 2001. Caso 12.051. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em: 9 jun. 2021.

CNJ. *Justiça em Números 2021*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

CNJ. *Justiça em Números*. Brasília: CNJ, 2020. Ano Base 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf. Acesso em: 23 dez. 2021.

CNJ. *Metas Nacionais aprovadas pela Justiça Estadual para 2021*. 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/justica-estadual/. Acesso em: 23 dez. 2021.

CNJ. Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário. Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário. *Justiça Pesquisa.* Direitos e Garantias Fundamentais. 2 ed. Disponível

Brasília: CNJ, 2017. em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes-justica-pesquisa/. Acesso em: 22 dez. 2021.

CNJ. *Poder Judiciário no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/7b7cb6d9ac9042c8d3e40700b80bf207.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

CNJ. *Relatório Analítico Propositivo*: justiça pesquisa. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. (Direitos e garantias Fundamentais). Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbee709398.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

COPEVID. *Enunciados.* Disponível em: enunciados da COPEVID (Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher). Acesso em: 23 dez. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça***:** uma obra para entender a importância da lei e seus reflexos. 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2021.

FBSP. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Princípios e Práticas de formação de Policiais Para o atendimento às mulheres em situação de violência*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/manual-formacao-de-policiais-para-o-enfrentamento-da-violencia-de-genero.pdf. Acesso em: 13 dez. 2021.

FONAVID. *Enunciados***.** 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php. Acesso em: 11 out. 2021.

FONAVID. *Enunciados:* IX fórum nacional de juízes de violência doméstica e familiar contra a mulher. IX Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. 2017. Disponível em: https://www.amb.com.br/fonavid/conclusoesfonavid.php. Acesso em: 18 dez. 2021.

IACHR Inter-American Commission on Human Rights. *IACHR annual report 2016*. Washington: Inter-American Commission on Human Rights,

2016. Disponível em: http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2016/docs/InformeAnual2016cap2Dseguimiento-en.pdf. Acesso em: 23 dez. 2021.

MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MPMG. *Enfrentamento à violência contra a mulher*: a percepção das promotoras e promotores de justiça em minas gerais. Belo Horizonte: MPMG, 2020. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/areas-de-atuacao/defesa-do-cidadao/violencia-domestica-contra-a-mulher/noticias/pesquisa-feita-pelo-caovd-revela-necessidade-de-capacitacao-de-profissionais-que-lidam-com-violencia-contra-a-mulher-e-de-fortalecimento-do-trabalho-em-rede.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

MPPB. *Projeto Refletir*: finalizado o quinto grupo reflexivo para homens processados por violência doméstica. Finalizado o quinto grupo reflexivo para homens processados por violência doméstica. 2019. Disponível em: http://www.mppb.mp.br/index.php/35-noticias/mulher/21137-projeto-refletir-finalizado-quinto-grupo-reflexivo-para-homens-processados-por-violencia-domestica. Acesso em: 20 dez. 2021.

PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.* 3 ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PENHA, Maria da. *Sobrevivi... posso contar*. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2014.

PIMENTEL, Silvia; BIANCHINI, Alice. *Feminismo(s).* São Paulo: Matrioska, 2021.

SEVERI, Fabiana Cristina. *Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.

VARELLA, Marcelo D.; MACHADO, Natália Paes Leme. A dignidade da mulher no direito internacional: o Brasil face à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista IIDH*, San Jose, v. 49, p. 467-500, 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24591.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. *A masculinidade no banco dos réus*: um estudo sobre gênero, sistema de justiça penal e a aplicação da Lei Maria da Penha. 2018. 207f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. Suspensão Condicional do Processo e o Acordo de Proteção Integral. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte,* Natal, v. 10, n. 10, p. 77-106, jul. 2020.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; MAIA, Clarice Gomes de Medeiros. Violência contra a mulher e a autocomposição de conflitos nas ações judiciais das varas de família. *Revista IBDFAM*: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, v. 39, p. 44-63, abr. 2020.

VIEIRA, Grasielle. *Grupos Reflexivos para autores de violência doméstica*: responsabilização e restauração. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021.

VIZA, Ben-Hur; SARTORI, Myrian Caldeira; ZANELLO, Valeska (org.). *Maria da Penha vai à Escola*: educar para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília: TJDFT, 2017. Disponível em: entro Judiciário da Mulher – CJM do TJDFT, desde 2014, para promover e divulgar a Lei Maria da Penha nas escolas públicas do Distrito Federal. Acesso em: 23 dez. 2021.