



CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Anotada com a jurisprudência do
Supremo Tribunal Federal e
da Corte Interamericana de
Direitos Humanos



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONVENÇÃO
AMERICANA SOBRE
DIREITOS HUMANOS

Anotada com a jurisprudência do Supremo
Tribunal Federal e da Corte Interamericana de
Direitos Humanos

2ª edição

Brasília
2022

Secretaria-Geral da Presidência
Estêvão André Cardoso Waterloo

Gabinete da Presidência
Paula Pessoa Pereira

Secretaria do Tribunal
Miguel Ricardo de Oliveira Piazzi

**Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e
Gestão da Informação**
Manuelita Hermes Rosa Oliveira Filha

Coordenadoria de Difusão da Informação
Thiago Gontijo Vieira

**Coordenadoria de Gestão da Informação,
Memória Institucional e Museu**
Ana Paula Alencar Oliveira

Coordenação da obra
Flávia Trigueiro Mendes Patriota

Produção de conteúdo
Ana Valéria de Oliveira Teixeira
Anna Daniela de Araújo Martins
Fernando Carneiro Rosa Fortes
Flávia Trigueiro Mendes Patriota
Gustavo Machado Milhomem
Marystela Nunes Santos
Renan Arakawa Pamplona
Tainá Garcia Maia
Thiago Gontijo Vieira

Revisão de provas editoriais
Márcia Gutierrez Aben-Athar Bemerguy
Juliana Silva Pereira de Souza
Rosa Cecília Freire da Rocha

Produção editorial
Jorge Luis Villar Peres
David Duarte Amaral

Projeto gráfico e diagramação
Camila Penha Soares
Ana Carolina Caetano
Gabriela Alves Coimbra

Capa
Roberto Hara Watanabe

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

Convenção Americana sobre Direitos Humanos [recurso eletrônico] : anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Supremo Tribunal Federal. -- 2. ed. -- Brasília : STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022.

eBook (470 p.)

Publicação em celebração aos cinquenta e três anos do Pacto de São José da Costa Rica e ao trigésimo aniversário de sua promulgação no Brasil. A primeira edição foi lançada na gestão da ministra Cármen Lúcia, em 2018.

Modo de acesso: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/STF_ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos_SegundaEdicao.pdf>.

e-ISBN : 978-65-87125-73-2.

1. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969. 2. Direitos humanos, jurisprudência. 3. Tribunal supremo, jurisprudência, Brasil. 4. Tribunal internacional, jurisprudência. I. Título.

CDDir-341.27

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MINISTRA

ROSA MARIA PIRES WEBER

Presidente [19.12.2011]

MINISTRO

LUÍS ROBERTO BARROSO

Vice-Presidente [26.6.2013]

MINISTRO

GILMAR FERREIRA MENDES

Decano [20.6.2002]

MINISTRO

ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI

[16.3.2006]

MINISTRA

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

[21.6.2006]

MINISTRO

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

[23.10.2009]

MINISTRO

LUIZ FUX

[3.3.2011]

MINISTRO

LUIZ EDSON FACHIN

[16.6.2015]

MINISTRO

ALEXANDRE DE MORAES

[22.3.2017]

MINISTRO

KASSIO NUNES MARQUES

[5.11.2020]

MINISTRO

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA

[16.12.2021]

APRESENTAÇÃO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) – aprovada em 22 de novembro de 1969 pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos – reafirma o propósito de consolidar no continente um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do ser humano. O documento instituiu o denominado Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), composto por dois órgãos principais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

É no contexto de celebração dos cinquenta e três anos do Pacto de São José da Costa Rica e do trigésimo aniversário de sua promulgação no Brasil que o Supremo Tribunal Federal lança a segunda edição da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos anotada*, com apresentação esquematizada de trechos de decisões do Tribunal e da Corte Interamericana que interpretam os direitos e garantias insculpidos na Convenção. A primeira edição foi lançada na gestão da ministra Cármen Lúcia, em 2018.

O tratado representa um marco significativo do compromisso assumido pelo Estado brasileiro com o respeito, a proteção e a realização de direitos, bem como sua integração ampla e efetiva no sistema interamericano de direitos humanos.

O período pós-guerra mundial foi marcado por um esforço internacional para alçar os direitos humanos a tema global e para viabilizar a construção de um arcabouço normativo que os garantisse. Na América Latina, destaca-se a fundação da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1948. No mesmo ano, foi aprovada a “Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem Universal”, o primeiro documento internacional de direitos humanos de caráter geral.

No Brasil, dois marcos temporais no processo de integração do país ao Sistema Interamericano devem ser mencionados. Em 1992, como dito, a Convenção foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro

pelo Decreto 678. Por sua vez, em 1998, houve o reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte IDH, por meio do Decreto Legislativo 89/1998.

A difusão de conteúdos jurisprudenciais de Cortes Constitucionais e Tribunais regionais de Direitos Humanos é premissa para o fomento da cultura de aplicação dos direitos humanos. Esse diálogo demonstra a importância da consolidação democrática e humanitária não apenas dentro das fronteiras do Brasil, mas em toda a região, em busca de transformação que proporcione igualdade, inclusão e justiça social.

Nesta Suprema Corte, esse processo de internacionalização tem sido uma constante, com o desenvolvimento de publicações e serviços em língua estrangeira, que ampliam a inserção dos julgamentos do Tribunal no âmbito de discussão da comunidade jurídica internacional.

Com esta publicação, o Supremo Tribunal Federal espera contribuir, a par da ampliação do diálogo jurisdicional entre Cortes, com a efetiva concretização de direitos humanos na sociedade.

Brasília, novembro de 2022.

Ministra **ROSA WEBER**
Presidente do Supremo Tribunal Federal

NOTA METODOLÓGICA

A presente publicação busca demonstrar a interpretação das normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) por meio de trechos selecionados de julgados proferidos por ambas as Cortes. Assim, pretende-se facilitar a análise comparativa entre o entendimento desses órgãos por meio da apresentação da jurisprudência relacionada a cada dispositivo, sistematizando-a por títulos, em um documento comum.

A Convenção, também denominada de Pacto de São José da Costa Rica, foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. O instrumento é formado por três partes: I) Deveres dos Estados e direitos protegidos; II) Meios da proteção; e III) Disposições gerais e transitórias. O objeto deste trabalho refere-se à primeira parte, composta dos artigos 1 ao 32, por serem essas as disposições que disciplinam efetivamente os direitos e liberdades materiais assegurados pela Convenção. Como recorte metodológico, definiu-se que seriam analisados os julgados que tivessem mencionado expressamente o dispositivo da CADH em análise.

Assim, para a pesquisa na Corte IDH, utilizou-se a ferramenta de pesquisa *Buscador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, na opção de busca dos *Artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (<https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/busqueda>). Como critério complementar, foram pesquisadas decisões divulgadas nos *Cadernos de Jurisprudência* temática da Corte IDH, com acesso em <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/cuadernillos-de-jurisprudencia>.

Estabeleceu-se que apenas os julgados que decidiram o mérito da questão submetida à Corte IDH e as Opiniões Consultivas por ela proferidas seriam alvo de exame. O recorte temporal observou a data de início do funcionamento da Corte (junho de 1979) até outubro de 2022, mês que antecedeu a publicação desta obra. A análise dos pronunciamentos focou especialmente a parte sobre o direito material relacionado ao dispositivo em apreciação.

Por sua vez, no STF, as decisões foram buscadas mediante consulta à ferramenta de pesquisa de jurisprudência da Corte, disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>, utilizando-se a opção de busca no inteiro teor, associada ao seguinte argumento: (“art X” e (“convenção americana” ou “pacto de são josé” ou “convenção de são josé” ou “pacto de san josé” ou “convenção de san josé” ou “convenção interamericana de direitos humanos” ou “convenção interamericana sobre direitos humanos”) e “art X ((convenção americana) ou (convenção interamericana direitos humanos) ou ((pacto ou convenção) (são ou san) josé))”~10), em que X se refere ao número do artigo da CADH.

Com esse critério, foram realizadas 32 buscas, uma para cada dispositivo objeto da pesquisa, com o objetivo de identificar o uso específico de dispositivos da Corte IDH como argumento decisório. Ressalta-se que esse recorte tem como consequência a não inclusão de julgados do STF que – embora relacionados aos temas e direitos materiais da Convenção – não tenham expressamente citado a CADH, algum dispositivo da CADH ou julgado da Corte IDH.

Quanto ao órgão julgador, estabeleceu-se que apenas as decisões colegiadas seriam analisadas. O recorte temporal observou o período compreendido entre 5-10-1988, data da promulgação da Constituição Federal de 1988, e o dia 14-10-2022, data da realização das consultas. Levando em conta o modelo *per seriatim* de deliberação judicial do STF, cada acórdão do Tribunal foi analisado considerando o voto da relatoria ou de quem se incumbiu da redação do acórdão. Não obstante, foram selecionados também trechos de outros votos que compuseram o acórdão, quando o excerto transcrito retratava mais claramente o entendimento do Tribunal quanto ao tema.

Após a identificação dos pronunciamentos da Corte IDH e do STF, procedeu-se à sua leitura e análise, com posterior identificação, mapeamento e seleção dos trechos correspondentes às aplicações de cada um dos dispositivos da Convenção. No exame das decisões, buscaram-se (i) argumentos que estabeleciam determinado entendimento jurídico, a exemplo da identificação dos elementos constitutivos do desaparecimento forçado; (ii) ponderações ampliadas ou restritivas, tais como a aplicação

do artigo 9 em relação a processos administrativos; e (iii) explicações sobre conceitos abertos ou indeterminados dispostos na Convenção, como o alcance do princípio da presunção de inocência.

Quando identificadas várias decisões sobre a mesma questão jurídica, selecionou-se a representativa da primeira vez que o STF ou a Corte IDH se debruçou sobre o tema. Tal regra foi excepcionada quando, no julgado posterior, foi desenvolvida uma argumentação mais completa sobre a controvérsia. Esses outros pronunciamentos foram inseridos com a identificação “no mesmo sentido”, “*vide*” (julgado relacionado) e “em sentido contrário”.

Os trechos são identificados por frases e organizados por agrupamento temático de títulos e, em alguns casos, subtítulos, os quais foram elencados em ordem de pertinência temática com o respectivo artigo da Convenção. Além disso, para melhorar a experiência de leitura dos usuários, não foram reproduzidos os grifos e destaques originais dos votos.

SUMÁRIO

PARTE I – DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS	13
CAPÍTULO I – ENUMERAÇÃO DE DEVERES	13
Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos.....	13
Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno	37
CAPÍTULO II – DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS	48
Artigo 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica	48
Artigo 4. Direito à vida.....	58
Artigo 5. Direito à integridade pessoal.....	71
Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão	84
Artigo 7. Direito à liberdade pessoal	87
Artigo 8. Garantias judiciais.....	146
Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade.....	238
Artigo 10. Direito a indenização	250
Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade	251
Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião.....	279
Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão	285
Artigo 14. Direito de retificação ou resposta.....	329
Artigo 15. Direito de reunião	335
Artigo 16. Liberdade de associação	339
Artigo 17. Proteção da família	342
Artigo 18. Direito ao nome.....	354
Artigo 19. Direitos da criança.....	362
Artigo 20. Direito à nacionalidade	382

Artigo 21. Direito à propriedade privada	387
Artigo 22. Direito de circulação e de residência	401
Artigo 23. Direitos políticos.....	406
Artigo 24. Igualdade perante a lei	426
Artigo 25. Proteção judicial	431
CAPÍTULO III – DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.....	439
Artigo 26. Desenvolvimento progressivo	439
CAPÍTULO IV – SUSPENSÃO DE GARANTIAS, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO	445
Artigo 27. Suspensão de garantias	445
Artigo 28. Cláusula federal	450
Artigo 29. Normas de interpretação.....	453
Artigo 30. Alcance das restrições	463
Artigo 31. Reconhecimento de outros direitos	466
CAPÍTULO V – DEVERES DAS PESSOAS	467
Artigo 32. Correlação entre deveres e direitos.....	467

PARTE I

DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I

ENUMERAÇÃO DE DEVERES

ARTIGO 1. OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS

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

COMPETÊNCIA

- **A Corte IDH não exerce controle abstrato de leis**

49. A competência contenciosa da Corte é exercida com a finalidade de proteger os direitos e liberdades de determinadas pessoas e não para resolver casos abstratos. Não há disposição da Convenção que permita à Corte decidir, no exercício de sua jurisdição contenciosa, se uma lei que ainda não afetou os direitos e liberdades protegidos de indivíduos específicos é contrária à Convenção. Como dito anteriormente, a Comissão poderia fazê-lo e assim cumpriria sua função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos. A Corte também poderia fazê-lo no exercício de sua função consultiva em aplicação do artigo 64.2 da Convenção. 50. A Corte conclui que a promulgação de uma lei

manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção constitui uma violação da mesma e que, caso tal violação afete direitos e liberdades de determinados indivíduos, gera responsabilidade internacional para o Estado. [Corte IDH. OC-14/1994. Opinião Consultiva. Responsabilidade internacional pela aprovação e aplicação de leis que violem a Convenção (arts. 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), de 12-9-1994, solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Tradução livre.]

JURISDIÇÃO

- **O alcance do termo “jurisdição” não está limitado à concepção de território estatal**

73. Nesse sentido, a Corte Interamericana indicou que o uso do termo jurisdição no artigo 1.1 da Convenção Americana implica que o dever estatal de respeitar e garantir os direitos humanos é devido a toda pessoa no território de Estado ou que de alguma forma esteja sujeito à sua autoridade, responsabilidade ou controle. 74. A Corte recorda que o fato de uma pessoa estar sujeita à jurisdição do Estado não é o mesmo que estar em seu território. De acordo com as normas de interpretação de tratados, bem como as específicas da Convenção Americana [...], o significado comum do termo jurisdição, interpretado de boa-fé e levando em conta o contexto, finalidade e propósito da Convenção Americana, afirma que não se limita ao conceito de território nacional, mas abrange um conceito mais amplo que inclui certas formas de exercício de jurisdição fora do território do Estado em questão. [...] 78. Portanto, a “jurisdição” a que se refere o artigo 1.1 da Convenção Americana não se limita ao território nacional de um Estado, mas contempla as circunstâncias em que a conduta extraterritorial dos Estados constitui um exercício de jurisdição desse Estado. [Corte IDH. OC-23/2017. Opinião Consultiva. Meio Ambiente e Direitos Humanos, de 15-11-2017, solicitada pela República da Colômbia. Tradução livre.]

IGUALDADE

ASPECTOS GERAIS

- **Igualdade é norma de caráter geral e extensível a todas as demais disposições da Convenção**

204. O Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que o artigo 1.1 da Convenção é uma norma de caráter geral, cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado, já que dispõe sobre a obrigação dos Estados-Partes de respeitar e de garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades ali reconhecidos “sem discriminação alguma”. Isto é, qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, todo tratamento que possa ser considerado discriminatório referente ao exercício de qualquer um dos direitos garantidos na Convenção é, *per se*, incompatível com esta. O descumprimento pelo Estado, mediante qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos gera responsabilidade internacional. Portanto, existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e de garantir os direitos humanos e o princípio da igualdade e de não discriminação. [Corte IDH. **Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 19-5-2014.]

- **Definição de “discriminação”**

81. A Convenção Americana, assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, não dispõe uma definição explícita do conceito de “discriminação”. Tomando por base as definições de discriminação estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e o artigo 1.1 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (doravante denominado “Comitê de Direitos Humanos”) definiu a discriminação como: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra

natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, e que tenha por objeto ou como resultado anular ou depreciar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas. [[Corte IDH. Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24-2-2012.](#)]

- **Critérios para aferição do teste de violação à igualdade**

66. No entanto, a Corte lembra que nem todas as diferenças de tratamento serão consideradas discriminatórias, mas apenas aquelas que se baseiam em critérios que não podem ser razoavelmente avaliados como objetivos e razoáveis, ou seja, quando não perseguem um fim legítimo e não existe relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e a finalidade almejada. Do mesmo modo, em casos de diferentes tratamentos desfavoráveis, quando o critério diferenciador corresponde a um daqueles protegidos pelo artigo 1.1 da Convenção, que se refere a: i) características permanentes das pessoas, das quais estas não podem prescindir sem perder a identidade; ii) grupos tradicionalmente marginalizados, excluídos ou subordinados, e iii) critérios irrelevantes para uma distribuição equitativa de bens, direitos ou encargos sociais, indicam que a Corte se encontra diante de um indício de que o Estado agiu arbitrariamente. [[Corte IDH. OC-24/2017. Opinião consultiva sobre Identidade de gênero, e igualdade e não discriminação para casais do mesmo sexo, proferida em 24-11-2017.](#)]

81. [...] a Corte considera que os critérios de análise para determinar se houve violação do princípio da igualdade e da não discriminação em um caso concreto podem ter uma intensidade diferente, de acordo com as razões pelas quais há uma diferença de tratamento. Nesse sentido, a Corte considera que, quando se trata de uma medida que estabelece um tratamento diferenciado, em que uma dessas categorias [protegidas contra tratamento discriminatório segundo o artigo 1.1 da Convenção] está envolvida, a Corte deve aplicar um escrutínio estrito que incorpore elementos particularmente exigentes na análise, isto é, esse tratamento diferente deve ser uma medida necessária para alcançar um objetivo

convencionalmente imperioso. Assim, neste tipo de exame, para analisar a adequação da medida diferenciadora, é necessário que o objetivo perseguido não seja apenas legítimo no âmbito da Convenção, mas também imperioso. Os meios escolhidos não só devem ser adequados e eficazes, mas também necessários, isto é, que não possam ser substituídos por um meio alternativo menos lesivo. Além disso, está incluída a aplicação de um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual os benefícios de adotar a medida processada devem ser claramente superiores às restrições que ela impõe aos princípios convencionais por ela afetados. [Corte IDH. OC-24/2017. Opinião consultiva sobre Identidade de gênero, e igualdade e não discriminação para casais do mesmo sexo, proferida em 24-11-2017.]

2227. [...] a Corte passará a analisar a inversão do ônus da prova que deriva da presunção da existência de tratamento discriminatório baseado em uma categoria proibida de discriminação estabelecida no artigo 1.1 da Convenção [...]. [Corte IDH. OC-24/2017. Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión). Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 22-7-2015. Tradução livre.]

- **Conceito de interseccionalidade entre os fatores de discriminação**

190. Além da discriminação estrutural em função da condição de pobreza das supostas vítimas, esta Corte considera que nelas confluíam diferentes desvantagens estruturais que impactaram sua vitimização. Essas desvantagens eram econômicas e sociais, e se referiam a grupos determinados de pessoas, ou seja, observa-se uma confluência de fatores de discriminação. Este Tribunal se referiu a esse conceito de forma expressa ou tácita em diferentes sentenças, para isso utilizando diferentes categorias. 191. Isso posto, a interseção de fatores de discriminação neste caso aumentou as desvantagens comparativas das supostas vítimas, as quais compartilham fatores específicos de discriminação que atingem as pessoas em situação de pobreza, as mulheres e os afrodescendentes, mas, ademais, enfrentam uma forma específica de discriminação por conta da confluência de todos esses fatores e, em alguns casos, por estar grávidas, por ser meninas, ou por ser meninas e estar grávidas.

Sobre esse assunto é importante destacar que esta Corte estabeleceu que o estado de gravidez pode constituir uma condição de particular vulnerabilidade e que, em alguns casos de vitimização, pode existir um impacto diferenciado por conta da gravidez. [...] 195. [...] as desvantagens econômicas e sociais, quando se relacionam com referência a grupos populacionais, podem impor maiores desvantagens. Assim, por exemplo, “[e]m muitos países, o setor mais pobre da população coincide com os grupos sociais e étnicos que são objeto de discriminação”. No mesmo sentido, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, no parecer sobre a Comunicação n. 17, de 2008, e em referência a suas observações finais sobre o Brasil, de 15 de agosto de 2007, destacou que a discriminação contra as mulheres nesse país é “exacerbada pelas disparidades regionais, econômicas e sociais”, e lembrou “que a discriminação contra a mulher baseada no sexo e no gênero está indissolúvelmente vinculada a outros fatores que afetam a mulher, como a raça, a origem étnica, a religião ou as crenças, a saúde, a condição jurídica e social, a idade, a classe, a casta e a orientação sexual e a identidade de gênero”. [Corte IDH. **Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15-7-2020.]

128. [...] a confluência de fatores de discriminação de forma interseccional resulta em uma experiência discriminatória que difere da simples acumulação, contra uma pessoa, de diferentes causas de discriminação. [Corte IDH. **Caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-8-2018. Tradução livre.]

- **Escopo do artigo 1.1 em comparação com o artigo 24**

82. A Corte reitera que, enquanto a obrigação geral do artigo 1.1 se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir “sem discriminação” os direitos consagrados na Convenção Americana, o artigo 24 protege o direito à “igual proteção da lei”, ou seja, o artigo 24 da Convenção Americana proíbe a discriminação de direito ou de fato, não só quanto aos direitos consagrados nesse Tratado, mas no que diz respeito a todas as leis que o Estado aprove e sua aplicação. Em outras palavras,

caso um Estado discriminasse no respeito ou garantia de um direito convencional, descumpriria a obrigação estabelecida no artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Caso, ao contrário, a discriminação se referisse a uma proteção desigual da lei interna ou sua aplicação, o fato deveria ser analisado à luz do artigo 24 da Convenção Americana. [\[Corte IDH. Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24-2-2012.\]](#)

GRUPOS PROTEGIDOS CONTRA A DISCRIMINAÇÃO

- **A orientação sexual e a identidade de gênero, bem como a expressão de gênero da pessoa, são categorias protegidas pela Convenção contra a discriminação**

A proibição à discriminação em razão do sexo, gênero ou orientação sexual já foi afirmada por este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL quando do julgamento da ADI 4.277 (Rel. Min. AYRES BRITTO, Pleno, DJe de 14/10/2011), de cuja ementa destaco as seguintes passagens: [...] Da mesma maneira, a Organização das Nações Unidas editou o documento Nascidos Livres e Iguais Orientação Sexual e identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos (*Born Free and Equal Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*), que aponta os CINCO PRINCIPAIS TÓPICOS para efetivação da proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais em virtude de orientação sexual e identidade de gênero: [...] No mesmo sentido, a alínea “i” do Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o Pacto de São José da Costa Rica em relação à presente matéria, exige amplo sistema legal protetivo: (i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, o que inclui a proteção contra a violência, tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego e à moradia, o acesso à seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação. [\[STF. ADPF 460, rel. min. Luiz Fux, voto do min. Alexandre de Moraes, j. 29-6-2020, P, DJE de 13-8-2020.\]](#)

11. Ainda, nessa perspectiva de análise do problema jurídico no direito comparado e internacional público, imprescindível identificar e demonstrar a interpretação jurídica firmada na Corte Interamericana de Direitos humanos, haja vista que o Brasil está submetido à jurisdição desta Corte Regional, devendo sempre observar (e exercer) o controle jurisdicional de convencionalidade. [...] Dentre esses grupos de pessoas alvo de práticas discriminatórias, a Corte Interamericana abordou tanto à categoria da orientação quanto a identidade de gênero, a fim de interpretar a expressão qualquer outra condição social do artigo 1.1 da Convenção Americana, a partir da escolha da alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos por esse Tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano. [STF. RE 670.422, rel. min. Dias Toffoli, voto da min. Rosa Weber, j. 15-8-2018, P, DJE de 10-3-2020.]

[...] o artigo 1 do Pacto de São José da Costa Rica afasta qualquer tipo de discriminação seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Da forma como redigido, o dispositivo da Convenção Americana necessariamente abarca os transgêneros. [STF. ADI 4.275, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Edson Fachin, j. 1º-3-2018, P, DJE de 7-3-2019.]

Em razão da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º, da CRFB, igualmente não podem ser vistos isolados da perspectiva da prevalência dos direitos humanos, princípio que inclusive rege as relações internacionais da República, como estabelecido no Art. 4º, II, da CRFB. Quando se lê a cláusula de igualdade entre homens e mulheres prevista na Constituição da República, não se pode descurar das mais variadas obrigações a que o Brasil se vinculou na esfera internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos. Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que prescrevem, em seus artigos 2º, 1, e 26, a proibição de qualquer forma de discriminação e garantia a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por

motivo de raça, cor e sexo, dentre outros. No mesmo sentido, o artigo 1 do Pacto de São José da Costa Rica, afasta qualquer tipo de discriminação seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Da forma como redigido, o dispositivo da Convenção Americana necessariamente abarca os transgêneros. É nesse sentido que a Corte Interamericana firmou em sua opinião consultiva: “(...) a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de pessoas à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ ou sua expressão de gênero”. [STF. ADI 4.275, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Edson Fachin, j. 1º-3-2018, P, DJE de 7-3-2019.]

68. [...] a Corte determinou, considerando as obrigações gerais de respeito e garantia estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da referida Convenção, conforme estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as Resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e os organismos das Nações Unidas, que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por essa razão, está proscria pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual ou na identidade de gênero das pessoas. O anterior seria contrário às disposições do artigo 1.1 da Convenção Americana. [Corte IDH. OC-24/2017. Opinião consultiva sobre Identidade de gênero, e igualdade e não discriminação para casais do mesmo sexo, proferida em 24-11-2017.]

92. No que diz respeito ao argumento do Estado de que até a data do proferimento da sentença da Corte Suprema não teria havido con-

senso a respeito da orientação sexual como categoria de discriminação proibida, a Corte ressalta que a suposta falta de consenso interno de alguns países sobre o respeito pleno aos direitos das minorias sexuais não pode ser considerado argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes os direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que essas minorias tem sofrido. O fato de que esta pudesse ser matéria controversa em alguns setores e países, e de que não seja necessariamente matéria de consenso, não pode levar o Tribunal a abster-se de decidir, pois ao fazê-lo deve ater-se única e exclusivamente às disposições das obrigações internacionais contraídas por decisão soberana dos Estados por meio da Convenção Americana. 93. Um direito reconhecido das pessoas não pode ser negado ou restringido a ninguém, e sob nenhuma circunstância com base em sua orientação sexual. Isso violaria o artigo 1.1. da Convenção Americana. O instrumento interamericano veta a discriminação em geral, nele incluindo categorias como as da orientação sexual, que não pode servir de sustentação para negar ou restringir nenhum dos direitos dispostos na Convenção. [Corte IDH. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24-2-2012.]

- **População em situação de vulnerabilidade decorrente da pobreza**

97. Como se tratou de expor no presente voto, diferentemente dos Sistemas Europeu e Africano de Direitos Humanos, os Sistemas Universal e Interamericano mostram uma tendência a considerar que as pessoas que se encontram em situação de pobreza constituem um grupo em situação de vulnerabilidade diferenciado dos grupos tradicionalmente identificados; essa condição é reconhecida como categoria de proteção especial e é parte da proibição de discriminação por “posição econômica” contemplada de maneira expressa no art. 1.1 da Convenção Americana. [...] 99. Como se expressa na Sentença, a pobreza “é o principal fator da escravidão contemporânea no Brasil, por aumentar a vulnerabilidade de significativa parcela da população, tornando-a presa fácil dos aliciadores para o trabalho escravo”. A pobreza, no caso *sub judice*, não se enquadra como um fenômeno, mas como uma afetação de especial

vulnerabilidade, na qual a situação de exclusão e marginalização, somada à negação estrutural e sistêmica de direitos (com antecedentes históricos para o caso particular), provocaram uma afetação nos 85 trabalhadores resgatados da Fazenda Brasil Verde. [Corte IDH. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 20-10-2016.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15-7-2020.

- **Violência contra a mulher**

134. [...] em relação à violência contra a mulher, o dever de garantir adquire especial intensidade em relação às meninas. Isso porque a vulnerabilidade consubstancial da criança pode se ver enquadrada e potencializada pela condição de ser mulher. Nesse sentido, deve-se observar que as meninas são, como já foi afirmado, “particularmente vulneráveis à violência”. Essa especial intensidade traduz-se no dever estatal de atuar com maior e mais estrita diligência para proteger e assegurar o exercício e gozo dos direitos das meninas frente a fato ou à mera possibilidade de sua violação por atos que, de forma atual ou potencial, implicarem na violência por razões de gênero ou puderem derivar em tal violência. [Corte IDH. **Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 19-5-2014.]

207. A Corte considera que a violência baseada no gênero, isto é, a violência dirigida contra uma mulher por ser mulher ou a violência que afeta a mulher de maneira desproporcional, é uma forma de discriminação contra a mulher, tal como assinalado por outros organismos internacionais de proteção de direitos humanos, como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o CEDAW. Tanto a Convenção de Belém do Pará (preâmbulo e artigo 6) como o CEDAW (preâmbulo) reconheceram o vínculo existente entre a violência contra as mulheres e a discriminação. No mesmo sentido, a Convenção do Conselho da Europa sobre Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e

à Violência Doméstica (Istambul, 2011) afirma que “a violência contra as mulheres é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens que conduziram à dominação e discriminação contra as mulheres pelos homens, o que as impediu de progredirem plenamente;”; bem como, que “a natureza estrutural da violência exercida contra as mulheres é baseada no gênero”. [Corte IDH. **Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 19- 5-2014.**]

- **Pessoas com necessidades especiais**

291. [...] se tem em consideração o modelo social para abordar a deficiência, o que implica que a deficiência não é definida exclusivamente pela presença de uma deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, mas que se inter-relaciona com as barreiras ou limitações que socialmente existem para que as pessoas possam exercer seus direitos de maneira efetiva. Os tipos de limites ou barreiras que comumente encontram as pessoas com diversidade funcional na sociedade são, entre outras, atitudinais ou socioeconômicas. 292. Toda pessoa que se encontre em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para satisfazer as obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. O Tribunal recorda que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre, como a deficiência. Nesse sentido, é obrigação dos Estados propender pela inclusão das pessoas com deficiência por meio da igualdade de condições, oportunidades e participação em todas as esferas da sociedade, com o fim de garantir que as limitações anteriormente descritas sejam desmanteladas. Portanto, é necessário que os Estados promovam práticas de inclusão social e adotem medidas de diferenciação positiva para remover estas barreiras. 293. Com base nestas considerações e tendo em consideração a definição desenvolvida pela OMS segundo a qual a infertilidade é uma doença

do sistema reprodutivo [...] a Corte considera que a infertilidade é uma limitação funcional reconhecida como uma doença e que as pessoas com infertilidade na Costa Rica, ao enfrentar as barreiras geradas pela decisão da Sala Constitucional, deviam ser consideradas protegidas pelos direitos das pessoas com deficiência, que incluem o direito de ter acesso às técnicas necessárias para resolver problemas de saúde reprodutiva. Esta condição demanda uma atenção especial para que se desenvolva a autonomia reprodutiva. [Corte IDH. **Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-11-2012.]

269. O Tribunal fez referência à situação agravada de vulnerabilidade de Sebastián Furlan, por ser menor de idade portador de deficiência vivendo em uma família de baixos recursos econômicos, razão pela qual correspondia ao Estado o dever de adotar todas as medidas adequadas e necessárias para enfrentar essa situação. Com efeito, foi detalhado o dever de celeridade nos processos civis analisados, dos quais dependia uma maior oportunidade de reabilitação. Ademais, a Corte concluiu que era necessária a devida intervenção do Defensor Público de Menores e Incapazes ou uma aplicação diferenciada da lei que regulamentou as condições de execução da sentença, como medidas que permitissem remediar de alguma maneira as situações de desvantagem nas quais se encontrava Sebastián Furlan. [Corte IDH. **Caso Furlan e familiares vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2012.]

CLÁUSULA ABERTA DO ARTIGO 1.1

- **A interpretação do termo “outra condição social”**

240. [...] A Corte estabeleceu, também, que os critérios específicos em virtude dos quais está proibido discriminar, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana, não constituem uma lista taxativa ou limitativa senão simplesmente enunciativa. Desse modo, a Corte considera que a redação desse artigo deixa abertos os critérios com a inclusão do termo

“outra condição social” para incorporar assim outras categorias que não houvessem sido explicitamente indicadas, mas que tenham uma entidade assimilável, como as pessoas com *status* de refugiadas. [Corte IDH. **Caso I.V. vs. Bolívia**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30-11-2016.]

84. Nesse sentido, ao interpretar a expressão “qualquer outra condição social” do artigo 1.1. da Convenção, deve-se sempre escolher a alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos por esse Tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano.

85. Os critérios específicos em virtude dos quais é proibido discriminar, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana, não são uma relação taxativa ou restritiva, mas meramente exemplificativa. Pelo contrário, a redação desse artigo deixa critérios em aberto, os com a inclusão do termo “outra condição social” para assim incorporar outras categorias que não tivessem sido explicitamente citadas. A expressão “qualquer outra condição social” do artigo 1.1. da Convenção deve ser, consequentemente, interpretada pela Corte na perspectiva da opção mais favorável à pessoa e da evolução dos direitos fundamentais no Direito Internacional Contemporâneo. [Corte IDH. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24-2-2012.]

- **Outros grupos protegidos pelo artigo 1.1**

130. [...] na esfera de proteção da Convenção, proíbe-se a discriminação do portador do vírus do HIV [Vírus da Imunodeficiência Humana] com base no termo “outra condição social” estabelecido no artigo 1.1 da Convenção. [Corte IDH. **Caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-8-2018. Tradução livre.]

- **Estereótipos como violações à igualdade tal como protegida no artigo 1.1**

235. A Corte reitera que o estereótipo de gênero se refere a uma pré-concepção de atributos, comportamentos ou características possu-

ídas ou papéis que são ou deveriam ser desempenhados por homens e mulheres, respectivamente, e que é possível associar a subordinação das mulheres às práticas baseado em estereótipos de gênero socialmente dominantes e socialmente persistentes. Nesse sentido, sua criação e uso torna-se uma das causas e consequências da violência de gênero contra as mulheres, condições que se agravam quando se refletem, implícita ou explicitamente, em políticas e práticas, particularmente na argumentação e linguagem das autoridades estatais. 236. Em particular, a Corte reconheceu que preconceitos pessoais e estereótipos de gênero afetam a objetividade dos funcionários estatais encarregados de investigar as denúncias que lhes são apresentadas, influenciando sua percepção para determinar se ocorreu ou não um ato de violência, em sua avaliação da credibilidade das testemunhas e da própria vítima. Os estereótipos “distorcem percepções e levam a decisões baseadas em crenças e mitos preconcebidos, em vez de fatos”, o que, por sua vez, pode levar a uma negação de justiça, incluindo a revitimização dos denunciantes. Quando os estereótipos são utilizados nas investigações de violência contra a mulher, o direito a uma vida livre de violência é afetado, ainda mais nos casos em que seu uso por operadores do direito impede o desenvolvimento de investigações cabíveis, negando, além disso, o direito de acesso das mulheres à justiça. Por sua vez, quando o Estado não desenvolve ações concretas para erradicá-las, ele as reforça e institucionaliza, o que gera e reproduz a violência contra a mulher. [Corte IDH. **Caso López Soto e outros vs. Venezuela. Mérito, reparações e custas. Sentença de 26-9-2018.**]

294. A Corte tem destacado que os estereótipos de gênero se referem a uma pré-concepção de atributos, condutas ou características possuídas ou papéis que são ou que deveriam ser realizados por homens e mulheres respectivamente, cuja criação e uso é especialmente grave quando se refletem, implícita ou explicitamente, em políticas e práticas, particularmente no raciocínio ou linguagem das autoridades públicas. 295. A Corte identificou, reconheceu, visibilizou e recusou estereótipos de gênero que são incompatíveis com o direito internacional dos direitos humanos e a respeito dos quais os Estados devem tomar medidas para erradicá-los, em circunstâncias nas quais tenham sido utilizados para

justificar a violência contra a mulher ou a sua impunidade, a violação das suas garantias judiciais ou o impacto diferenciado de ações ou decisões do Estado. [Corte IDH. **Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 9-3-2018.]

186. [...] a Corte reconheceu que a obrigação de eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher tem intrínseca a obrigação de eliminar a discriminação baseada nos estereótipos de gênero. [Corte IDH. **Caso I.V. vs. Bolívia**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30-11-2016.]

183. A Corte reconhece, torna visível e repudia o estereótipo de gênero pelo qual nos casos de violência contra a mulher as vítimas são assimiladas ao perfil de membro de gangue e/ou prostituta e/ou “qualquer pessoa”, e não são consideradas suficientemente importantes a ser investigada, responsabilizando também a mulher ou merecedora de ser agredida. Consequentemente, a Corte considera que esses estereótipos de gênero são incompatíveis com o direito internacional dos direitos humanos e devem ser tomadas medidas para erradicá-los onde quer que ocorram. [Corte IDH. **Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 19- 11-2015.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 19- 11-2015.

OBRIGAÇÕES DO ESTADO

- **Direito à igualdade como *jus cogens***

100. Ao se referir, em particular, à obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos, independentemente de quais destes direitos estejam reconhecidos por cada Estado em regras de caráter interno ou internacional, a Corte considera evidente que todos os Estados, como membros da comunidade internacional, devem cumprir essas obriga-

ções sem discriminação alguma, o que se encontra intrinsecamente relacionado ao direito a uma proteção igualitária perante a lei, que por sua vez decorre “diretamente da unidade de natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa”. O princípio de igualdade perante a lei e não discriminação se estende a toda atuação do poder do Estado, em qualquer de suas manifestações, relacionada com o respeito e garantia dos direitos humanos. Este princípio pode ser considerado efetivamente como imperativo do Direito Internacional geral, visto que é aplicável a todo Estado, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional, e gera efeitos com respeito a terceiros, inclusive a particulares. Isso implica que o Estado, seja no âmbito internacional ou em seu ordenamento interno, e por atos de qualquer de seus poderes ou de terceiros que atuem sob sua tolerância, aquiescência ou negligência, não pode atuar contra o princípio de igualdade e não discriminação, em detrimento de um determinado grupo de pessoas. 101. Em concordância com isso, este Tribunal considera que o princípio de igualdade perante a lei, igual proteção perante a lei e não discriminação, pertence ao *jus cogens*, já que sobre ele descansa todo o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional e é um princípio fundamental que permeia todo ordenamento jurídico. Atualmente, não se admite nenhum ato jurídico que entre em conflito com este princípio fundamental. Não se admitem tratamentos discriminatórios em detrimento de nenhuma pessoa, por motivos de gênero, raça, cor, idioma, religião ou convicção, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, situação econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou qualquer outra condição. Este princípio (igualdade e não discriminação) faz parte do Direito Internacional geral. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*. [Corte IDH. OC-17/2002. Opinião consultiva sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados, proferida em 30-5-2018.]

205. O princípio da proteção igualitária e efetiva da lei e da não discriminação constituem um dado sobressalente no sistema tutelar dos direitos humanos consagrado em numerosos instrumentos internacio-

nais e desenvolvido pela doutrina e jurisprudência. Na atual etapa da evolução do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e de não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*. Sobre ele repousa a estrutura jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeiam todo o ordenamento jurídico. [Corte IDH. **Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 19-5-2014.]

- **O dever de investigar violações a direitos humanos constituiu medida positiva a ser adotada pelos Estados-Partes**

337. A Corte se pronunciou no sentido de estabelecer que toda pessoa que se encontre em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para satisfazer as obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. O Tribunal recorda que, não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre, como a extrema pobreza ou a marginalização. 338. A Corte considera que o Estado incorre em responsabilidade internacional nos casos em que, existindo discriminação estrutural, não adota medidas específicas com respeito à situação particular de vitimização na qual se concretiza a vulnerabilidade sobre um círculo de pessoas individualizadas. A própria vitimização destas pessoas demonstra a sua particular vulnerabilidade, o que demanda uma ação de proteção também particular, em relação à qual houve omissão no caso das pessoas aliciadas para trabalharem na Fazenda Brasil Verde. [Corte IDH. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 20-10-2016.]

183. O Tribunal reitera que a obrigação de investigar violações de direitos humanos está entre as medidas positivas que os Estados devem adotar para garantir os direitos reconhecidos na Convenção. O dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado. No entanto, deve

ser assumida pelo Estado como seu próprio dever legal e não como uma simples formalidade condenada antecipadamente a ser infrutífera, ou como mera gestão de interesses particulares, que depende da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares ou da contribuição privada de provas. À luz deste dever, uma vez que as autoridades estatais tenham ciência do fato, devem iniciar uma investigação séria, imparcial e eficaz *ex officio* e sem demora. Esta investigação deve ser conduzida por todos os meios legais disponíveis, e orientada para a determinação da verdade. A obrigação do Estado de investigar deve ser cumprida diligentemente para evitar a impunidade e a recorrência de tais atos. Nesse sentido, a Corte lembra que a impunidade incentiva a repetição das violações dos direitos humanos. Por outro lado, esta Corte advertiu que essa obrigação é mantida “seja qual for o agente a quem a violação eventualmente pode ser atribuída, mesmo indivíduos, uma vez que, se seus fatos não forem seriamente investigados, seriam, de certa forma, auxiliados pelo poder público, o que comprometeria a responsabilidade internacional do Estado”. [...] 186. A Corte também apontou que o dever de investigar efetivamente tem implicações adicionais quando se trata de uma mulher que tenha morrido, sofrido maus tratos ou prejuízo em sua liberdade pessoal em um contexto de violência generalizada contra as mulheres. 187. O critério acima é plenamente aplicável ao analisar o escopo do dever de *due diligence* na investigação de casos de violência de gênero. Muitas vezes é difícil provar na prática que um homicídio ou ato de agressão violenta contra uma mulher foi cometido com base no gênero. Essa impossibilidade, por vezes, decorre da ausência de uma investigação minuciosa e eficaz pelas autoridades sobre o incidente violento e suas causas. É por isso que as autoridades estatais têm a obrigação de investigar *ex officio* as possíveis conotações discriminatórias baseadas em gênero em um ato de violência perpetrado contra uma mulher, especialmente quando há indícios concretos de violência sexual de algum tipo ou evidências de crueldade contra o corpo da mulher (por exemplo, mutilações), ou quando tal ato é enquadrado em um contexto de violência contra a mulher que ocorre em um determinado país ou região. [Corte IDH. **Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 19-5-2014. Tradução livre.]

- **Responsabilidade do Estado pelos crimes de lesa-humanidade**

110. A obrigação, estabelecida pelo Direito Internacional, de julgar e, se forem declarados culpados, punir os perpetradores de determinados crimes internacionais, entre os quais se encontram os crimes de lesa-humanidade, desprende-se da obrigação de garantia consagrada no art. 1.1 da Convenção Americana. [...] 111. Os crimes de lesa-humanidade produzem a violação de uma série de direitos inderrogáveis reconhecidos na Convenção Americana, que não podem ficar impunes. Em reiteradas oportunidades, o Tribunal indicou que o Estado tem o dever de evitar e combater a impunidade, o que a Corte definiu como “a falta, em seu conjunto, de investigação, persecução, captura, julgamento e condenação dos responsáveis por violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana”. Ademais, a Corte determinou que a investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à investigação, persecução, captura, julgamento e castigo de todos os responsáveis intelectuais e materiais dos fatos, especialmente quando agentes estatais estão ou possam estar envolvidos. A esse respeito, este Tribunal indicou que não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou inclusive pelas circunstâncias particulares de um caso específico, resultem ilusórios. [...] 114. Em face das considerações anteriores, a Corte avalia que os Estados não podem se eximir do dever de investigar, identificar e punir os responsáveis pelos crimes de lesa-humanidade aplicando leis de anistia ou outro tipo de normativa interna. Consequentemente, não se pode conceder anistia aos crimes de lesa-humanidade. [Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26-9-2006.**]

- **Responsabilidade do Estado decorrente do comportamento de pessoa ou entidade que exerça poderes de poder público**

104. Com relação à responsabilidade do Estado por um ato internacionalmente ilícito, deve-se lembrar que, desde sua primeira sentença em um caso contencioso, a Corte Interamericana indicou que o artigo 1.1

é essencial para determinar se uma violação de direitos humanos reconhecidos pela Convenção pode ser atribuída a um Estado-Parte. Com efeito, o referido artigo coloca os deveres fundamentais de respeito e garantia a cargo dos Estados-Partes, de modo que qualquer violação dos direitos humanos reconhecidos na Convenção que possa ser atribuída, de acordo com as regras do direito internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui ato imputável ao Estado que assumir a sua responsabilidade nos termos previstos na mesma Convenção. 105. Assim, esta Corte indicou que a responsabilidade internacional do Estado pode basear-se em atos ou omissões de qualquer poder ou órgão do Estado que violem a Convenção Americana, e é gerada imediatamente com o ato internacionalmente ilícito atribuído. Por sua vez, esta Corte indicou que existe um ato internacionalmente ilícito quando um comportamento que consiste em uma ação ou omissão: a) é atribuível ao Estado de acordo com o direito internacional, e b) constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado. 106. Em relação ao conteúdo das obrigações de respeito previstas no artigo 1.1 da Convenção, esta Corte indicou que, “nos termos do artigo 1.1, é ilegal qualquer forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, em qualquer circunstância em que um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição pública viole indevidamente um desses direitos, presume-se a inobservância do dever de respeito consagrado naquele artigo. Esta conclusão independe de o órgão ou funcionário ter agido em desacordo com disposições de direito interno ou ultrapassado os limites de sua própria competência, pois é princípio de direito internacional que o Estado é responsável pelos atos de seus agentes praticados em proteção de sua natureza oficial e por suas omissões, mesmo que atuem fora dos limites de sua competência ou em violação do direito interno. Do mesmo modo, de acordo com os artigos sobre responsabilidade do Estado, é imputável ao Estado o comportamento de pessoa ou entidade que exerça poderes de poder público, desde que, no caso em apreço, a pessoa ou entidade atue nessa qualidade. [Corte IDH. **Caso Pavez Pavez vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 4-2-2022. Tradução livre.]

1.2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

TITULARIDADE DOS DIREITOS

- **Pessoas jurídicas não são titulares dos direitos consagrados na Convenção**

34. A Corte considera que o principal problema jurídico levantado na solicitação de opinião consultiva é se as pessoas jurídicas podem ser consideradas titulares dos direitos consagrados na Convenção Americana e, portanto, ter acesso direto ao sistema interamericano como supostas vítimas. [...] 70. Utilizando simultânea e conjuntamente os diversos critérios hermenêuticos estabelecidos nos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena, a Corte conclui que uma interpretação do artigo 1.2 da Convenção Americana, de boa-fé, de acordo com o significado natural dos termos utilizados na Convenção [...] e levando em conta o contexto [...] e seu objeto e finalidade [...], é claro que as pessoas jurídicas não são titulares de direitos convencionais, de modo que não podem ser consideradas supostas vítimas no contexto de processos contenciosos perante o sistema interamericano. [Corte IDH. OC-22/2016. Opinião Consultiva. Titularidade dos direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de direitos humanos (interpretação e alcance do artigo 1.2, em relação aos artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 21, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como o artigo 8.1.a e b do Protocolo de São Salvador), de 26-2-2016, solicitada pela República do Panamá. Tradução livre.]

- **Titularidade dos direitos de sindicatos, federações e confederações perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

105. Com base no exposto, a Corte concluiu que os direitos estabelecidos no artigo 8.1.a do Protocolo [de San Salvador] pertencem aos sindicatos, federações e confederações, o que lhes permite apresentar-se perante o sistema interamericano em defesa de seus próprios direitos.

Agora, neste ponto, a Corte considera pertinente lembrar que, com base no disposto no artigo 44 da Convenção Americana, os sindicatos, federações e confederações legalmente reconhecidos em um ou mais Estados-Partes da Convenção, sejam ou não parte do Protocolo de San Salvador, podem apresentar petições individuais perante a Comissão Interamericana em nome de seus associados, em caso de suposta violação dos direitos de seus membros por um Estado-Parte da Convenção Americana. [Corte IDH. OC-22/2016. Opinião Consultiva. Titularidade dos direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de direitos humanos (interpretação e alcance do artigo 1.2, em relação aos artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 21, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como o artigo 8.1.a e b do Protocolo de São Salvador), de 26-2-2016, solicitada pela República do Panamá. Tradução livre.]

- **Pessoas físicas, em alguns casos, podem exercer seus direitos por meio de pessoas jurídicas**

119. A esse respeito, deve-se observar que, independentemente da especificidade de cada caso, esta Corte considera que o exercício do direito por meio de uma pessoa jurídica deve envolver uma relação essencial e direta entre a pessoa física que requer proteção pelo Sistema Interamericano e a pessoa jurídica por meio da qual ocorreu a violação, já que um simples vínculo entre ambas as pessoas não é suficiente para concluir que os direitos das pessoas físicas e não das pessoas jurídicas estão sendo efetivamente protegidos. Com efeito, deve-se comprovar mais do que a simples participação da pessoa natural nas atividades da pessoa jurídica, de maneira que tal participação esteja substancialmente relacionada com os direitos alegadamente violados. Além disso, a Corte, nos termos do disposto no artigo 29.a da Convenção, considera que a mera existência e ação da pessoa jurídica em que a pessoa física, suposta vítima da suposta violação, participa, não pode constituir um obstáculo à submissão, audiência e resolução do caso correspondente. Caso contrário, o artigo 1.2 do mesmo texto convencional seria interpretado como se permitisse “a qualquer dos Estados Partes, grupo ou

pessoa suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que o previsto nela”. 120. Em vista disso, a Corte considera que, devido às múltiplas formas que podem surgir da figura de pessoas jurídicas, como empresas ou sociedades comerciais, partidos políticos, associações religiosas ou organizações não governamentais, não é viável estabelecer uma fórmula única que sirva para reconhecer a existência do exercício dos direitos das pessoas físicas por meio de sua participação em pessoa jurídica, como tem feito com o direito à propriedade e à liberdade de expressão. Portanto, o Tribunal determinará como provar o vínculo ao analisar a suposta violação de um dos direitos supostamente infringidos em um caso contencioso específico. [Corte IDH. OC-22/2016. Titularidade dos direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de direitos humanos (interpretação e alcance do artigo 1.2, em relação aos artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 21, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como o artigo 8.1.a e b do Protocolo de São Salvador), de 26-2-2016, solicitada pela República do Panamá. Tradução livre.]

ARTIGO 2. DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO

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

DEVER DE ADOTAR MEDIDAS NO DIREITO NACIONAL

- **Duplo dever do Estado quanto à adaptação do direito interno**

99. A Corte indicou que o artigo 2 da Convenção contempla o dever geral dos Estados-Partes de adaptar seu direito interno às suas disposições para garantir os direitos nela consagrados. Este dever implica a adoção de medidas em dois aspectos: de um lado, a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que impliquem uma violação das garantias previstas na Convenção; por outro lado, a emissão de regulamentos e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância das referidas garantias. Precisamente, no que diz respeito à adoção de tais medidas, esta Corte reconheceu que todas as autoridades de um Estado-Parte da Convenção têm a obrigação de exercer o controle de convencionalidade, de modo que a interpretação e aplicação do direito nacional seja compatível com o direito internacional e com as obrigações do Estado em matéria de direitos humanos. [Corte IDH. **Caso Federação Nacional de Trabalhadores Marítimos e Portuários (FEMAPOR) vs. Peru. Exceções preliminares, mérito e reparações. Sentença de 1º-2-2022. Tradução livre.**]

- **Dever de ajustar o funcionamento de suas instituições**

244. Por conseguinte, em cumprimento ao referido artigo 2, o Estado deve garantir que a aplicação das normas existentes no ordenamento jurídico interno permita realizar uma investigação adequada do desaparecimento forçado e, no caso de serem insuficientes, adotar medidas legislativas, administrativas, judiciais ou outras que sejam efetivas para garantir proteção contra tal violação. Corresponde ao Estado adequar o funcionamento de suas instituições para garantir uma investigação do desaparecimento forçado em todas as suas dimensões, com a devida diligência, sem realizar uma análise fragmentada dos elementos que o compõem [...]. Na investigação de um desaparecimento forçado, os Estados-Partes da Convenção devem levar em conta a caracterização desta violação, prevista por esta Corte desde 1988 em sua jurisprudência constante [...]. 245. No presente caso, a Corte estabeleceu que o Estado não realizou uma investigação efetiva e diligente sobre o desaparecimento forçado do senhor González Medina. Ao investigar com base nos crimes definidos no ordenamento jurídico interno (sequestro, privação de liberdade, homicídio e associação de malfeitores), as autoridades judiciárias não levaram em conta os elementos que compõem o desaparecimento forçado de pessoas ou sua extrema gravidade, o que merece uma penalidade adequada [...]. Na investigação perante o Tribunal de Instrução e a Câmara de Qualificação, foi cometida a grave omissão de não adotar as medidas necessárias para tornar visíveis os diferentes elementos que compõem esta grave violação dos direitos humanos. A partir da análise das decisões proferidas por ambos os órgãos judiciais, é possível verificar que eles não compreenderam a complexidade dos comportamentos cuja acumulação constitui desaparecimento forçado [...]. 246. A Corte conclui que a falta de uso adequado de normas ou práticas que garantam uma investigação efetiva, que leve em conta a complexidade e extrema gravidade do desaparecimento forçado, implicou uma violação da obrigação estabelecida no artigo 2 da Convenção Americana de adotar as disposições internas necessárias para garantir os direitos protegidos nos artigos 7, 5.1, 5.2, 4.1 e 3 da Convenção, mediante a investigação do desaparecimento forçado de Narciso

González Medina e a identificação, julgamento e, nesse caso, punição dos responsáveis. [Corte IDH. **Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 27-2-2012. Tradução livre.]

Vale sublinhar, nesse passo, que, a partir do momento em que o Brasil adere a um tratado ou a uma convenção internacional, sobretudo àqueles que dizem respeito aos direitos humanos, a União assume as obrigações neles pactuadas, sujeitando-se, inclusive, à supervisão dos órgãos internacionais de controle, porquanto somente ela possui personalidade jurídica no plano externo. [...] A própria possibilidade de federalização de violações aos direitos fundamentais, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004, tem como escopo evitar a impunidade no combate às ofensas mais graves a esses valores, ao mesmo tempo em que reafirma o primado da dignidade humana como um dos pilares da República. [...] existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais – de eficácia plena e aplicabilidade imediata – daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob a custódia do Estado. A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder, que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais. [STF. **ADI 5.543**, rel. min. Edson Fachin, j. 11-5-2020, P, DJE de 26-8-2020.]

- **Impossibilidade de anistiar os crimes de lesa-humanidade**

172. A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil [...] afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece

o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana. 173. A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Parte têm o dever de adotar as providências de toda índole, para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. Em um caso como o presente, uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2 desse instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as disposições legais que poderiam contrariá-lo, como são as que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que conduzem à falta de proteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos. [...] 180. Com base nas considerações acima, a Corte Interamericana conclui que, devido à interpretação e à aplicação conferidas à Lei de Anistia, a qual carece de efeitos jurídicos a respeito de graves violações de direitos humanos, nos termos antes indicados [...], o Brasil descumpriu sua obrigação de adequar seu Direito interno à Convenção, contida em seu art. 2, em relação aos arts. 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado. [Corte IDH. **Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) e outros vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24-11-2010.**]

105. De acordo com o *corpus iuris* do Direito Internacional, um crime contra a humanidade é em si mesmo uma grave violação dos direitos humanos e afeta toda a humanidade. [...] 111. Os crimes contra a humanidade resultam na violação de uma série de direitos inderrogáveis reconhecidos na Convenção Americana, que não podem ficar impunes.

Em repetidas ocasiões, a Corte indicou que o Estado tem o dever de prevenir e combater a impunidade, que a Corte definiu como “a total falta de investigação, perseguição, captura, julgamento e condenação dos responsáveis por violações dos direitos protegidos a Convenção Americana.” Da mesma forma, a Corte determinou que a investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e destinada a determinar a verdade e a investigação, perseguição, captura, julgamento e punição de todos os responsáveis intelectual e materialmente pelos fatos, especialmente quando agentes do Estado estão ou podem estar envolvidos. A esse respeito, este Tribunal indicou que não podem ser considerados efetivos os recursos que, pelas condições gerais do país ou mesmo pelas circunstâncias particulares de um determinado caso, sejam ilusórios. [...] 115. Uma vez estabelecido que o crime cometido contra o senhor Almonacid Arellano é um crime contra a humanidade e que os crimes contra a humanidade não podem ser anistiados, cabe ao Tribunal analisar se o Decreto-Lei nº. 2.191 anistiou esse crime e, nesse caso, se o Estado descumpriu sua obrigação decorrente do artigo 2 da Convenção ao manter em vigor esse Decreto. [...] 119. As leis de anistia com as características descritas [...] levam à desproteção das vítimas e à perpetuação da impunidade dos crimes contra a humanidade, pelos quais são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da a Convenção Americana e, sem dúvida, afetam os direitos nela consagrados. Isso constitui *per se* uma violação da Convenção e gera responsabilidade internacional do Estado. Por conseguinte, dada a sua natureza, o Decreto-Lei nº 2.191 carece de efeitos jurídicos e não pode continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos que constituem o presente caso [...]. [Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26-9-2006.]

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

- **Dever de interpretar lei nacional à luz da Convenção**

411. Da jurisprudência da Corte pode-se deduzir que a responsabilidade internacional do Estado segundo o artigo 2 da Convenção Americana é gerada não apenas por uma lei interna que viola a Convenção, mas também quando funcionários do Estado, ao aplicarem uma lei, a interpretam de forma que viole os direitos protegidos na Convenção. [Corte IDH. **Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 17-4-2015. Tradução livre.**]

- **Posição dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro**

Senhor Presidente, a questão da natureza do Pacto de São José da Costa Rica surge, na verdade, porque a convenção trata de direitos humanos. Se tratasse de outros temas, penso que não haveria dúvida a respeito da sua natureza equivalente à lei ordinária, e há afirmação do Supremo Tribunal Federal (STF), desde muito tempo, nesse sentido. A questão surgiu com a Emenda 45, que veio a conferir certas características especiais às convenções sobre direitos humanos. Essa convenção foi anterior à Emenda 45, por isso que se gerou debate. Mas, mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), penso que o controle – que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade – deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma norma legal. E o exercício desse controle só pode ser da competência do STF. De modo que não vejo nenhuma dificuldade em exercer esse controle de convencionalidade no caso concreto. [STF. **ADI 5.240, rel. min. Luiz Fux, voto do min. Teori Zavascki, j. 20-8-2015, P, DJE de 1º-2-2016.**]

- **Controle de convencionalidade de norma constitucional**

88. No presente caso, ao manter a censura cinematográfica no ordenamento jurídico chileno (artigo 19, inciso 12, da Constituição Política e Decreto-Lei número 679), o Estado está descumprindo o dever de adequar seu direito interno à Convenção de modo a fazer efetivos os direitos consagrados na mesma, como estabelecem os artigos 2 e 1.1 da Convenção. 89. Esta Corte tem presente que, em 20 de janeiro de 1997, a Corte de Apelações de Santiago proferiu sentença em relação ao presente caso, que foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça do Chile em 17 de junho 1997. Por não estar de acordo com os fundamentos destas sentenças, em 14 de abril de 1997, o Governo do Chile apresentou ao Congresso um projeto de reforma constitucional para eliminar a censura cinematográfica. A Corte aprecia e destaca a importância da iniciativa do Governo de propor a mencionada reforma constitucional, porque pode conduzir a adequar o ordenamento jurídico interno ao conteúdo da Convenção Americana em matéria de liberdade de pensamento e de expressão. O Tribunal constata, entretanto, que apesar do período transcorrido a partir da apresentação do projeto de reforma ao Congresso não se adotaram ainda, conforme o previsto no artigo 2 da Convenção, as medidas necessárias para eliminar a censura cinematográfica e permitir, assim, a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo.” 90. Em consequência, a Corte conclui que o Estado descumpriu os deveres gerais de respeitar e garantir os direitos protegidos pela Convenção e de adequar o ordenamento jurídico interno às suas disposições, consagrados nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. [Corte IDH. Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Busto e outros) vs. Chile. Mérito, reparações e custas. Sentença de 5-2-2001.]

- **Dever de exercer o controle de convencionalidade *ex officio***

11. Nessa perspectiva de análise do problema jurídico no direito comparado e internacional público, imprescindível identificar e demonstrar a interpretação jurídica firmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que o Brasil se submete à jurisdição desta Corte

Regional, devendo sempre observar (e exercer) o controle jurisdicional de convencionalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Atala Riffo e Crianças vs. Chile*, cuja sentença foi proferida em 24.02.2012, deliberara sobre a questão da orientação sexual e o direito de guarda de crianças. A argumentação subjacente ao caso circunscreveu-se à controvérsia da responsabilidade internacional do Estado por tratamento discriminatório e interferência arbitrária na vida privada e familiar. Embora o problema jurídico retratado naquele caso tenha sido o tratamento discriminatório em decorrência da orientação sexual e interferência estatal na vida privada, na justificativa da decisão, foi adotada como razão de decidir argumento de que os Estados devem abster-se de realizar ações que de alguma forma se destinem, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação de direito ou de fato. Ademais, são obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou modificar situações discriminatórias existentes na sociedade, praticadas contra determinado grupo de pessoas. Dentre esses grupos minoritários, alvo de práticas discriminatórias, a Corte Interamericana abordou a categoria da orientação quanto à identidade de gênero, a fim de interpretar a expressão qualquer outra condição social do artigo 1.1 da Convenção Americana, a partir da escolha da alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos por esse Tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano. [STF. ADI 4.275, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Edson Fachin, voto da min. Rosa Weber, j. 1º-3-2018, P, DJE de 7-3-2019.]

302. De outro lado, conforme estabeleceu em sua jurisprudência, este Tribunal recorda que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por isso, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado é Parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes e demais órgãos vinculados à administração de justiça, também estão submetidos àquele, o que lhes obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim. 303. Os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça em todos os âmbitos têm a obrigação de exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as

normas internas e a Convenção Americana, no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça devem ter em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. [...] 305. Como conclusão, com base no controle de convencionalidade, é necessário que as interpretações judiciais e administrativas e as garantias judiciais se apliquem adequando-se aos princípios estabelecidos na jurisprudência deste Tribunal no presente caso. Isso é de particular relevância em relação ao indicado no presente caso a respeito da necessidade de ter em conta as situações de vulnerabilidade que possa enfrentar uma pessoa, especialmente quando se trate de menores de idade ou pessoas portadoras de deficiência, com o fim de que lhes seja garantido um tratamento preferencial no que tange à duração dos processos judiciais e no âmbito dos processos em que se ordene o pagamento de indenizações ordenadas judicialmente [...]. [\[Corte IDH. Caso Furlan e familiares vs. Argentina. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2012.\]](#)

176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. [\[Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros \(“Guerrilha do Araguaia”\) vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24-11-2010.\]](#)

- **O papel do Poder Judiciário quanto à interpretação e à aplicação das normas internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais**

Enquanto órgão de interpretação e aplicação do Direito, o Poder Judiciário, em nosso desenho institucional, também é o Poder responsável pelo exercício do controle de constitucionalidade, devendo, enquanto tal, desenvolver, entre tantos outros, dois relevantes papéis. Em primeiro lugar, cabe-lhe vivificar o postulado hermenêutico de prevalência dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, ao interpretar a ordem jurídica pátria à luz da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e humanos (§§ 1º e 2º do art. 5º, CRFB) o Poder Judiciário ressalta a eficácia imediata de tais direitos, reconciliando compromissos fundamentais internos e externos. Como aduz André de Carvalho Ramos ao explicar o princípio da máxima efetividade, “no caso dos tratados internacionais de direitos humanos, a interpretação deve contribuir para o aumento da proteção dada ao ser humano e para a plena aplicabilidade dos dispositivos convencionais” [...]. Em segundo lugar, ao assim proceder e fundamentar suas decisões, o Poder Judiciário concorre para conferir publicidade eficaz e viva dos compromissos firmados na ordem jurídica internacional em favor dos direitos humanos, dando à população, ao se deparar com as questões postas à sua análise, a adequada ciência da proteção internacional desses direitos. Compreendo, assim, que a narrativa constitucional pátria é enriquecida pela construção dos direitos humanos em tal ambiência, os quais são democraticamente legitimados pela concordância de vontades entre os Poderes Executivo e Legislativo. [STF. RE 592.581, rel. min. Roberto Barroso, red. do ac. min. Alexandre de Moraes, voto do min. Edson Fachin, j. 29-7-2017, P, DJE de 21-6-2018.]

É incorreto, assim, afirmar que a dimensão religiosa coincide apenas com a espacialidade privada. Isso não significa, porém, que o espaço público possa ser fundado por razões religiosas. A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, VIII, da CRFB, estabelece o limite preciso: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação

alternativa, fixada em lei”. A melhor interpretação desse dispositivo não pode olvidar do disposto no Pacto de São José da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Não está a Constituição exigindo que a religião fique restrita à consciência. Não são, pois, os motivos, religiosos ou não, que são limitados por ela, mas a sua invocação, isto é, fundamentar-se a recusa da obrigação em argumentos exclusivamente religiosos. A barreira não é a do espaço público, mas é institucional. Noutras palavras, as instituições democráticas formam um filtro que obstam que razões religiosas sejam utilizadas como fonte de justificação de práticas públicas. [STF. ADI 4.439, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 13-8-2015, P, DJE de 1º-2-2016.]

- **Preponderância do dever estatal de afirmar os direitos humanos**

O artigo 8º, 4, do Pacto de São José da Costa Rica estabelece que “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Trata-se da vedação de dupla acusação – *bis in idem*, *double jeopardy*. Essa garantia, prevista na Convenção Interamericana, deve ser moldada pelo direito interno, admitindo uma relevante margem de apreciação nacional. No direito brasileiro, os moldes dados à garantia respeitaram os limites do parâmetro da convenção. O arquivamento do inquérito ocorre justamente quando o Ministério Público deixa de promover a ação penal. [...] Nessa perspectiva, há jurisprudência consolidada nos sistemas de proteção aos direitos humanos, superando a cláusula *ne bis in idem*, se a absolvição decorre de falhas no processo ou na investigação, que beneficiam potenciais responsáveis por violações a direitos humanos. Trata-se de uma ponderação tendo, de um lado, o dever do Estado de afirmar os direitos humanos (artigo 2 do Pacto de San José da Costa Rica) e, de outro, os direitos humanos dos perpetradores beneficiados pela falha na persecução penal. A prevalência do dever de afirmar os direitos humanos tem sido considerada preponderante. [STF. HC 87.395, rel. min. Ricardo Lewandowski, voto do min. Gilmar Mendes, j. 23-3-2017, P, DJE de 13-3-2018.]

CAPÍTULO II

DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

ARTIGO 3. DIREITO AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

PERSONALIDADE JURÍDICA

ASPECTOS GERAIS

- **Personalidade jurídica remete à capacidade de ser titular de direitos e deveres**

179. O referido preceito deve ser interpretado à luz do disposto no artigo XVII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que estabelece textualmente: “Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida em qualquer lugar como sujeito de direitos e obrigações, e gozar dos direitos civis fundamentais”. O direito ao reconhecimento da personalidade jurídica implica a capacidade de ser titular de direitos (capacidade de gozo) e deveres; a violação desse reconhecimento implica ignorar, em termos absolutos, a possibilidade de ser titular desses direitos e deveres. 180. A esse respeito, a Corte lembra que a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994) não se refere expressamente à personalidade jurídica, entre os elementos que definem o complexo delito de desaparecimento forçado de pessoas. Naturalmente, a privação arbitrária da vida suprime a pessoa humana e, portanto, não cabe, nesta circunstância, invocar a alegada violação do direito à personalidade jurídica ou de outros direitos consagrados na Convenção Americana. O direito ao reconhecimento da personalidade

jurídica estabelecido no artigo 3 da Convenção Americana tem, como os demais direitos protegidos na Convenção, um conteúdo jurídico próprio. [Corte IDH. **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25-11-2000. Tradução livre.**]

O Pacto de São José da Costa Rica elenca todos os direitos inerentes à personalidade jurídica, que é muito mais do que o mero reconhecimento civil da existência de uma pessoa, mas que está intrinsecamente relacionada ao próprio direito à sua história, ao seu passado e às suas origens, o que é cada vez mais importante não apenas para se conhecer, mas até para o tratamento de certos tipos de doenças, pois a pessoa, conhecendo a sua identidade pode pelo menos dar encaminhamento de soluções para sua vida. [STF. **RE 363.889, rel. min. Dias Toffoli, voto da min. Cármen Lúcia, j. 2-6-2011, P, DJE de 16-12-2011.**]

- **A falta de reconhecimento da personalidade jurídica fere a dignidade humana**

175. A situação de extrema vulnerabilidade em que se encontravam as meninas Dilcia Yean e Violeta Bosico, por falta de nacionalidade e apatridia, teve conseqüências relacionadas a seus direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica e ao nome. 176. O artigo 3 da Convenção Americana, assim como outros instrumentos internacionais, estabelece o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, a respeito do qual a Corte Interamericana afirmou que “toda pessoa tem o direito de ser reconhecida em qualquer lugar como sujeito de direitos e obrigações, e gozar dos direitos civis fundamentais. O direito ao reconhecimento da personalidade jurídica implica a capacidade de ser titular de direitos (capacidade e gozo) e deveres; a violação desse reconhecimento supõe ignorar em termos absolutos a possibilidade de ser titular desses direitos e deveres”. 177. Em relação ao exercício da titularidade dos direitos humanos, a Corte indicou que “[a] maioria implica a possibilidade de exercer plenamente os direitos, também conhecida como capacidade de agir. Isto significa que a pessoa pode exercer pessoal e diretamente os seus direitos subjetivos, bem como assumir integralmente as obrigações legais e praticar outros atos de natureza pessoal ou patrimonial.

Nem todo mundo tem essa capacidade: em grande parte, falta nas crianças. Os incapazes estão sujeitos ao poder paternal ou, na sua falta, à tutela ou representação. Mas todos são sujeitos de direitos, titulares de direitos inalienáveis e inerentes à pessoa humana. 178. O apátrida, *ex definitione*, não tem personalidade jurídica reconhecida, uma vez que não estabeleceu vínculo jurídico-político com nenhum Estado, razão pela qual a nacionalidade é pré-requisito para o reconhecimento da personalidade jurídica. 179. A Corte considera que a falta de reconhecimento da personalidade jurídica fere a dignidade humana, uma vez que nega absolutamente sua condição de sujeito de direitos e torna o indivíduo vulnerável à não observância de seus direitos pelo Estado ou por particulares. 180. No caso concreto, o Estado manteve as meninas Yean e Bosico em um limbo jurídico no qual, embora as meninas existissem e estivessem inseridas em determinado contexto social, sua própria existência não era reconhecida juridicamente, ou seja, não tinham personalidade. [Corte IDH. **Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 8-9-2005. Tradução livre.]

GRUPOS ESPECÍFICOS

- **Jurisprudência relacionada: reconhecimento da legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil para ajuizar ação de controle concentrado perante o STF**

Reconheço a legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB para propor a presente ação, na condição de entidade de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, IX). É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal limitou a configuração de “entidades de classe” àquelas representativas de pessoas que desempenham a mesma atividade econômica ou profissional. Trata-se, contudo, de entendimento que integra aquilo que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva do STF, formada nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, quando se temia que a ampliação dos legitimados para propor ações diretas pudesse ensejar um grande aumento do volume

de casos do controle concentrado. 2. Tal temor não se confirmou, e a referida interpretação acabou reduzindo as oportunidades de atuação do Tribunal na proteção a direitos fundamentais, já que não reconheceu às associações defensoras de direitos humanos (que não constituem representação de categoria profissional ou econômica) a possibilidade de acessá-lo diretamente, em sede concentrada. Dificultou, portanto, a atuação do STF naquela que é uma das funções essenciais de uma Corte Constitucional. Por isso, entendo ser o caso de superar tal interpretação restritiva do conceito de “classe”, que além de obsoleta é incompatível com a missão institucional do Tribunal. Como já tive a oportunidade de afirmar, reconheço como classe “o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou, ainda, pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem”. Em sentido semelhante: ADPF 527, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 02.07.2018; e ADI 5291, rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.05.2015.

3. Vale observar, ademais, que a Constituição assegurou aos indígenas a representação judicial e direta de seus interesses (CF, art. 232), bem como o respeito à sua organização social, crenças e tradições (CF, art. 231). Por essa razão, entendo, ainda, que o fato de a APIB não estar constituída como pessoa jurídica não é impeditivo ao reconhecimento da sua representatividade. Não se pode pretender que tais povos se organizem do mesmo modo que nos organizamos. Assegurar o respeito a seus costumes e instituições significa respeitar os meios pelos quais articulam a sua representação à luz da sua cultura.

4. Os demais requerentes são Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, de modo que também detêm legitimidade ativa para a causa. [STF. ADPF 709 MC-REF, rel. min. Roberto Barroso, voto do min. Luiz Fux, j. 5-8-2020, P, DJE de 7-10-2020.]

- **Grupos indígenas e tribais: necessário reconhecimento da personalidade jurídica para viabilizar o desfrute de seus direitos como comunidade**

171. O reconhecimento de sua personalidade jurídica é uma forma, embora não a única, de garantir que a coletividade, como um todo,

possa gozar e exercer plenamente o direito de propriedade, de acordo com seu regime de propriedade comunal, bem como o direito a igual proteção judicial contra qualquer violação do referido direito. 172. A Corte considera que o direito de que o Estado reconheça sua personalidade jurídica é uma das medidas especiais que devem ser prestadas aos grupos indígenas e tribais para garantir que possam desfrutar de seus territórios de acordo com suas tradições. Esta é a consequência natural do reconhecimento do direito dos membros de grupos indígenas e tribais de desfrutar de certos direitos como comunidade. 173. Neste caso, o Estado não reconhece que o povo Saramaka possa gozar e exercer direitos de propriedade como comunidade. Da mesma forma, a Corte observa que a outras comunidades do Suriname foi negado o direito de solicitar proteção judicial contra supostas violações de seu direito à propriedade coletiva, precisamente porque um juiz considerou que essa comunidade não tinha a capacidade jurídica necessária para solicitar tal proteção. Isso coloca o povo Saramaka em uma situação vulnerável na qual os direitos de propriedade individuais podem superar os direitos de propriedade comunal e o povo Saramaka não pode solicitar, como pessoa jurídica, proteção judicial contra violações de seus direitos de propriedade. 174. Em conclusão, o povo Saramaka é uma entidade tribal distinta que se encontra em situação de vulnerabilidade, tanto em relação ao Estado quanto a terceiros privados, por não ter capacidade jurídica para gozar, coletivamente, do direito de propriedade e para reclamar a alegada violação desse direito perante os tribunais internos. A Corte considera que o Estado deve reconhecer aos membros do povo Saramaka a capacidade de exercer plenamente esses direitos coletivamente. Isso pode ser alcançado por meio da adoção de medidas legislativas ou outras que reconheçam e levem em conta a maneira particular como o povo Saramaka se percebe como coletivamente capaz de exercer e usufruir o direito de propriedade. Portanto, o Estado deve estabelecer as condições judiciais e administrativas necessárias para garantir a possibilidade de reconhecimento de sua personalidade jurídica, por meio de consultas ao povo Saramaka, com pleno respeito aos seus costumes e tradições, e com o objetivo de garantir o uso e gozo do seu território de acordo com seu sistema de propriedade comunal, bem como o direito

de acesso à justiça e igualdade perante a lei. [Corte IDH. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-11-2007. Tradução livre.]

108. Nesse sentido, esta Corte indicou que “o reconhecimento da personalidade jurídica dos membros individuais da comunidade é necessário para o gozo de outros direitos, como o direito à vida e à integridade pessoal. No entanto, esse reconhecimento individual não leva em conta a forma como os membros dos povos indígenas e tribais em geral, e [...] em particular, gozam e exercem um direito particular; isto é, o direito de usar e usufruir coletivamente do bem de acordo com suas tradições ancestrais” [...] 112. No presente caso, é fato incontestável que atualmente o ordenamento jurídico interno do Suriname não reconhece a personalidade jurídica dos povos indígenas e, conseqüentemente, eles não possuem capacidade para serem titulares de títulos coletivos de propriedade. [...] 114. Em conclusão, uma vez que o ordenamento jurídico interno do Suriname não reconhece coletivamente o exercício da personalidade jurídica dos povos indígenas e tribais, esta Corte considera que o Estado violou o artigo 3 da Convenção Americana, em detrimento dos Povos Kaliña e Lokono, em relação ao seu artigo 2º. Além disso, para os efeitos do presente caso, a falta de reconhecimento da personalidade jurídica dos Povos Kaliña e Lokono tem impacto [...] na violação de outros direitos reconhecidos nos artigos 1.1, 21 e 25 do Convenção. [Corte IDH. **Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2015. Tradução livre.]

83. Com base no exposto, a Corte conclui que, conforme dispõem vários instrumentos jurídicos internacionais, dos quais os Estados do Sistema Interamericano são partes, e algumas de suas legislações nacionais, as comunidades indígenas e tribais, por estarem em uma situação particular, devem ser consideradas como titulares de certos direitos humanos. Além disso, isso se explica pelo fato de que, no caso dos povos indígenas, sua identidade e certos direitos individuais, como o direito à propriedade ou ao seu território, só podem ser exercidos por meio da comunidade a que pertencem. 84. Por conseguinte, a Corte reitera que as comunidades indígenas e tribais são titulares de alguns dos direitos

protegidos na Convenção e, portanto, podem acessar o sistema interamericano. Portanto, a Corte não encontra motivos para desviar-se de seus critérios jurisprudenciais sobre o assunto e estabelece que as referidas comunidades podem acessar diretamente o Sistema Interamericano, como vêm fazendo nos últimos anos, na busca da proteção de seus direitos e os dos seus membros, não sendo necessário que cada um destes compareça individualmente para essa finalidade. [Corte IDH. OC 22-2016. Opinião consultiva. Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (interpretação e alcance do artigo 1.2 em relação aos artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como do artigo 8.1.a e b do Protocolo de São Salvador), de 26-2-2016, solicitada pela República do Panamá. Tradução livre.]

- **Pessoa transexual: alteração do prenome e do gênero no registro civil sem necessidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes**

Dito isto, figura-me inviável e completamente atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, condicionar o exercício do legítimo direito à identidade à realização de um procedimento cirúrgico ou de qualquer outro meio de se atestar a identidade de uma pessoa. Evidencia-se, assim, com olhar solidário e empático sobre o outro, que inadmitir a alteração do gênero no assento de registro civil é atitude absolutamente violadora de sua dignidade e de sua liberdade de ser, na medida em que não reconhece sua identidade sexual, negando-lhe o pleno exercício de sua afirmação pública. É nessa direção que aponta a Corte Interamericana. Conforme consta de sua opinião consultiva, já referida nesta manifestação, os Estados têm a possibilidade de estabelecer e decidir sobre o procedimento mais adequado de conformidade com as características próprias de cada contexto e de seu direito interno, os trâmites e procedimentos para a mudança de nome, adequação de imagem e retificação da referência ao sexo ou ao gênero, em todos os registros e em todos os documento de identidade para que estejam conformes à identidade

de gênero autopercebidas, independentemente de sua natureza jurídica ou materialmente administrativa, desde que cumpram com os seguintes requisitos: “a) devem estar dirigidos à adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) devem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que se exijam requisitos como certificações médicas ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes; c) devem ser confidenciais e os documentos não podem fazer remissão às eventuais alterações; d) devem ser expeditos, e na medida do possível, devem tender à gratuidade; e e) não devem exigir a realização de operações cirúrgicas ou hormonais” [...]. Tais obrigações se justificam na medida em que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Ademais, se ao Estado cabe apenas o reconhecimento, é-lhe vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico que exijam do indivíduo a assunção de um papel de vítima de determinada condição. Noutras palavras, a alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero. A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental. [STF. ADI 4.275, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Edson Fachin, j. 1º-3-2018, P, DJE de 7-3-2019.]

- **Crianças como sujeitos de direitos**

O artigo 3º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhece a personalidade jurídica de todas as pessoas e isso, naturalmente, inclui as crianças. No entanto, o antigo modelo tutelar só via as crianças como objetos de proteção e não como sujeitos de direitos. Portanto, não gozavam do reconhecimento de seus direitos. Atualmente, o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança e os princípios da Carta das Nações Unidas deixam claro que as crianças são sujeitos de direitos, em condições de igualdade e baseados na dignidade intrínseca de todos os

seres humanos. De acordo com o modelo de proteção integral adotado, as crianças têm o direito de participar dos processos que envolvem a tomada de decisões que as afetam, não apenas no âmbito familiar, mas também nas ações realizadas perante as autoridades competentes. Em vista desses critérios, considera-se pertinente instar os países membros da OEA a adotar em sua legislação interna as diretrizes estabelecidas pelo direito internacional sobre a proteção e tutela das crianças, a fim de reconhecê-las como titulares de direitos e deveres. Isso inclui o direito ao devido processo legal. [Corte IDH. OC-17/2002. Opinião consultiva solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 28-8-2002. Tradução livre.]

DESAPARACIMENTO FORÇADO

- **Desaparecimento forçado configura violação específica do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica**

118. Por outro lado, este Tribunal considerou que, nos casos de desaparecimento forçado, considerando a natureza múltipla e complexa desta grave violação dos direitos humanos, sua execução pode implicar a violação específica do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, devido a consequência da recusa em reconhecer a privação da liberdade ou o paradeiro da pessoa ser, juntamente com os demais elementos do desaparecimento, a “remoção da proteção da lei” ou a violação da segurança pessoal e jurídica da pessoa que impede diretamente o reconhecimento da personalidade jurídica. 119. Nesse sentido, a Corte considerou que o próprio conteúdo do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica é que, precisamente, a pessoa seja reconhecida, em qualquer lugar, como sujeito de direitos e obrigações, e que goze dos direitos civis fundamentais, o que implica a capacidade de ser titular de direitos (capacidade e gozo) e deveres; a violação desse reconhecimento implica ignorar, em termos absolutos, a possibilidade de ser titular de direitos e deveres civis e fundamentais. Para além do fato de o desaparecido não poder continuar a gozar e exercer outros e, eventualmente, todos os direitos de que também é titular, o seu desapa-

recimento visa não apenas uma das mais graves formas de retirar uma pessoa de todas as áreas do ordenamento jurídico, mas também negar sua própria existência e deixá-la em uma espécie de limbo ou situação de indeterminação jurídica perante a sociedade e o Estado. [Corte IDH. **Caso dos Massacres do Rio Negro vs. Guatemala**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 4-9-2012. Tradução livre.]

118. [...] além do fato de o desaparecido não poder continuar a gozar e exercer outros e, eventualmente, todos os direitos de que também é titular, seu desaparecimento visa não apenas uma das mais graves formas de retirar uma pessoa de todas as áreas do ordenamento jurídico, mas também negar sua própria existência e deixá-la em uma espécie de limbo ou situação de indeterminação jurídica perante a sociedade e o Estado. Nesse sentido, a Corte considera que as 26 vítimas desaparecidas foram colocadas em situação de indeterminação legal, o que impediu a possibilidade de terem direito ou exercerem efetivamente seus direitos em geral, o que implica uma violação de seus direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica e, portanto, do artigo 3 da Convenção Americana [...]. [Corte IDH. **Caso Gudiel Álvarez (“Diário Militar”) vs. Guatemala**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 20-11-2012. Tradução livre.]

ARTIGO 4. DIREITO À VIDA

Art. 4

4.1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

ALCANCE DO DIREITO À VIDA

- **O direito à vida é essencial para o exercício dos demais direitos**

63. O direito à vida é um direito humano fundamental, cujo pleno gozo é um pré-requisito para o usufruto de todos os outros direitos humanos. Se não for respeitado, todos os demais direitos não fazem sentido. [...]. 64. Em virtude desse papel fundamental que lhe é atribuído na Convenção, os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não ocorram violações desse direito inalienável, bem como o dever de impedir que seus agentes, ou indivíduos, atentem contra ela. O objeto e finalidade da Convenção, como instrumento para a proteção do ser humano, exige que o direito à vida seja interpretado e aplicado de forma que suas salvaguardas sejam práticas e efetivas (*effet utile*). [Corte IDH. **Caso Montero Aranguren e outros (Controle de Catia) vs. Venezuela**. Exceção Preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 5-7-2006.]

- **A fertilização *in vitro* não viola o direito à vida, previsto no art. 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**

264. A Corte utilizou os diversos métodos de interpretação, os quais levaram a resultados coincidentes no sentido de que o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do art. 4.1 da Convenção Americana. Além disso, depois de uma análise das bases científicas disponíveis, a Corte concluiu que a “concepção”, no sentido do

art. 4.1, ocorre a partir do momento em que o embrião se implanta no útero, razão pela qual antes desse evento não procederia a aplicação do art. 4 da Convenção. Além disso, é possível concluir das palavras “em geral” que a proteção do direito à vida em conformidade com essa disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra geral. [Corte IDH. **Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-11-2012.]

- **Deve-se interpretar o tipo penal do aborto conforme a Constituição para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, teve a oportunidade de enfrentar a questão da fronteira entre o direito à autonomia pessoal, saúde sexual, direito ao planejamento familiar e vida privada, direito à integridade pessoal, e não discriminação e o direito à proteção do embrião, no caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, cujo julgamento ocorreu no ano de 2012. Nesse caso, a Corte Interamericana analisou os efeitos da sentença proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Costa Rica, mediante a qual declarou inconstitucional o Decreto executivo nº 24029-S, que regulava a técnica de fecundação *in vitro* no país, fato jurídico este que implicou a interrupção do tratamento médico pelas mulheres que haviam iniciado ou mesmo o deslocamento destas para outros países que permitiam referido tratamento. A justificativa utilizada pela Sala Constitucional de Costa Rica foi fundamentada em dois argumentos jurídicos principais: o primeiro de ordem formal, consistente na violação do princípio da reserva legal, na medida em que um Decreto regulamentara matéria de direito à vida e dignidade do ser humano; o segundo, de ordem material, no sentido de que as práticas de fecundação *in vitro* atentariam contra o direito à vida e à dignidade da pessoa, uma vez que: “[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado

o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”. Com efeito, o caso concreto julgado pela Corte Interamericana não analisou a questão do aborto e suas derivações, porque o caso envolveu a possibilidade de fecundação *in vitro* pelas mulheres. Todavia, ao resolver o problema jurídico e entender pela responsabilidade internacional do Estado da Costa Rica por ter vulnerado direito à vida privada e familiar e o direito à integridade pessoal, na acepção da autonomia pessoal, a saúde sexual, o direito de usufruir dos benefícios do progresso tecnológico e científico, definiu o alcance interpretativo do artigo 4.1 da Convenção Americana, que trata do direito à vida. E, ao assim decidir, enfrentou a necessidade de tutela dos direitos da mulher e sua autonomia reprodutiva e consignou o caráter não absoluto dos direitos do embrião e do feto. Em outras palavras, a Corte Interamericana no processo decisório levado a cabo, enfrentou as seguintes premissas argumentativas: a) interpretação do artigo 11 da Convenção Americana que requer a proteção estatal dos indivíduos em face das ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar; b) interpretação ampla do artigo 7 da Convenção, ao consignar que neste se inclui o conceito de liberdade no sentido extenso, como a capacidade de fazer e não fazer do que é licitamente permitido, ou seja, do direito de todo ser humano autodeterminar-se e fazer suas escolhas de vida; c) definição do direito à vida privada a partir de sua relação com: a autonomia reprodutiva e o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, o qual envolve o direito de acesso à tecnologia, médica necessária para o exercício adequado deste direito; d) definição do alcance do artigo 4.1, em atenção aos conceitos “pessoa”, “ser humano”, “concepção” e “geral”, a partir de uma interpretação sistemática e histórica, evolutiva e de acordo com o objeto e finalidade do Tratado internacional. Ademais, cumpre assinalar que a decisão da Corte Interamericana levou em consideração a interpretação sistemática dos sistemas regionais, interamericano, africano e europeu de direitos humanos, bem como o sistema

universal, para o alcance da proteção da via intrauterina. Como resultado, entendeu a Corte Interamericana que a proteção do direito à vida com fundamento no artigo 4.1 não é absoluta, mas gradual e incremental, conforme seu desenvolvimento, de modo que não constitui um dever absoluto e incondicional, cabendo exceções à regra geral. Por fim, trago à deliberação um argumento jurídico bem interessante adotado pela Corte, consistente na severidade da interferência estatal de proibir a fecundação *in vitro*, como consequência direta da discriminação indireta, em decorrência do impacto desproporcional na capacidade de gênero e situação econômica. Transcrevo o seguinte trecho da decisão: *“La Corte ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El concepto de la discriminación indirecta implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. La Corte consideró que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se analizó si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.”* Pois bem. Como afirmado, conquanto o caso não verse sobre o aborto especificamente, os fundamentos jurídicos subjacentes à decisão nos permite[m] inferir conclusões acerca do alcance interpretativo do direito à vida e sua relação com os direitos à liberdade privada, autonomia reprodutiva da mulher, e vedação de discriminação indireta de gênero e capacidade econômica. [...] Por tais razões, entendo, compartilhando das premissas argumentativas defendidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no tocante aos fundamentos jurídicos e juízo de proporcionalidade, que o aborto sob a perspectiva constitucional no Brasil exige regulamentação jurídica que seja, ao mesmo tempo, conforme com os direitos do nascituro e a proteção do direito à vida e dignidade da pessoa humana, bem como em harmonia com o direito à liberdade e autonomia individual das mulheres,

as quais devem ter seus direitos à autonomia reprodutiva e sexual, a não discriminação indireta de gênero igualmente tutelados. Nossa ordem constitucional, incluída nossa jurisdição constitucional que tem por função precípua a definição da interpretação constitucional, como deliberado e decidido nos casos da ADPF 54 e da ADI 3.510, entendeu pelo caráter não absoluto do direito à vida, afirmação esta que é referendada pela própria Constituição Federal, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o denominado aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar os direitos do nascituro e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – previsão legislativa que não teve constitucionalidade questionada. A questão, portanto, é se essa escolha legislativa, com fundamento na proporcionalidade entre os direitos fundamentais, deve limitar-se à hipótese de interrupção da gravidez por motivos de saúde física ou psíquica (circunstância do estupro). Ou seja, se a escolha política majoritária em face do desenho institucional normativo de nossa Constituição Federal é legítima ou, se ao contrário, há necessidade de se conferir interpretação conforme aos artigos 124 a 126 do Código Penal. Entendo, pelas razões expostas, bem como pela justificação decisória compartilhada do voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso, que a proporcionalidade da escolha política é controversa em face da tutela dos direitos fundamentais da mulher, cabendo interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito de incidência dos artigos 124 a 126 a hipótese de interrupção voluntária da gravidez, por decisão da mulher, no primeiro trimestre. Ante o exposto, e com os argumentos adicionais trazidos, peço todas as vênias ao eminente Relator para acompanhar o voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso, para conceder de ofício a ordem de *habeas corpus*, por ausência dos requisitos legais para a manutenção da prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se aos corréus. [STF. HC 124.306, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Roberto Barroso, voto da min. Rosa Weber, j. 9-8-2016, 1ª T, DJE de 17-3-2017.]

- **A pesquisa com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos não viola o direito à vida nem a dignidade da pessoa humana**

No plano puramente jurídico-positivo, há fortes razões para adotar-se a tese de que a vida tem início a partir da concepção. Dentre outras, porque a Convenção Americana de Direitos Humanos, o denominado Pacto de San José da Costa Rica, aprovado em 22 de novembro de 1969, e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, ingressou no ordenamento legal pátrio não como simples lei ordinária, mas como regra de caráter supralegal ou, até mesmo, como norma dotada de dignidade constitucional, segundo recente entendimento expressado por magistrados desta Suprema Corte. [...] A se levar às últimas consequências tal raciocínio, qual seja, o da prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as leis ordinárias, não há como deixar de concluir, *concessa venia*, que a vida, do ponto de vista estritamente legal, começa na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozoide com o óvulo. Isso porque o art. 4, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, sem cuidar da implantação ou não do ócito fecundado em um útero humano – até porque à época de sua aprovação não se cogitava, ainda, da técnica da fertilização extra-corpórea –, estabelece, *tout court*, o seguinte: “Toda a pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção” [...]. Ainda que se queira relativizar a força desse comando em face da expressão “em geral” nele abrigada, tal locução não afasta a ideia de que, para os efeitos legais, a vida começa na concepção, iniciada quer *in utero*, quer *in vitro*, podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar, eventualmente, de protegê-la, em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo. Um exemplo típico consiste na exclusão da antijuridicidade do chamado “aborto necessário”, contemplada no art. 128, I, do Código Penal Brasileiro, que corresponde àquele praticado por médico, quando não há “outro meio de salvar a vida da gestante”. Daí segue-se, a meu ver, que esse conceito jurídico, abrigado em um tratado internacional de direitos humanos, regulamente subscrito e ratificado pelo País, a saber, de que a vida começa na concepção, não é abalado, *data venia*, pelo raciocínio arrimado, fundamentalmente, no

Código Civil, segundo o qual a legislação pátria somente ampararia o nascituro, isto é, o ser aninhado no útero materno, garantindo-lhe a proteção do Estado, antes mesmo do nascimento. [STF. **ADI 3.510**, rel. min. Ayres Britto, voto do min. Ricardo Lewandowski, j. 29-5-2008, P, DJE de 28-5-2010.]

DIREITO À VIDA DIGNA

- **Ausência de pagamentos de pensões afeta qualidade de vida dos idosos**

185. A Corte considera que neste caso os direitos à seguridade social e a uma vida digna estão interligados, situação que se acentua no caso dos idosos. A Corte indicou que a ausência de recursos econômicos causada pelo não pagamento das pensões de aposentadoria gera diretamente no idoso um comprometimento de sua dignidade, porque nesta fase de sua vida a pensão constitui a principal fonte de recursos econômicos para resolver suas necessidades primárias e elementares como ser humano. O mesmo se pode dizer da falta de outros conceitos que estejam diretamente relacionados com a pensão, como o pagamento de restituições devidas. Deste modo, a afetação do direito à seguridade social pela falta de pagamento dos referidos reembolsos implica angústia, insegurança e incerteza quanto ao futuro de um idoso devido à eventual falta de recursos econômicos para a sua subsistência, uma vez que a privação de uma renda acarreta intrinsecamente privações no avanço e desenvolvimento de sua qualidade de vida e de sua integridade pessoal. 186. A Corte lembra que o direito à vida é fundamental na Convenção Americana, pois sua salvaguarda depende da realização dos demais direitos. Ao não respeitar este direito, todos os outros direitos desaparecem, uma vez que o seu titular está extinto. [Corte IDH. **Caso Associação Nacional de Desempregados e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2019.]

- **Direito à vida digna no contexto de violência escolar**

[...] o Comitê dos Direitos da Criança afirmou estar “muito preocupado com a alta taxa de suicídios entre [adolescentes]”, e expressou que “[é] possível que [os suicídios] estejam relacionados a, entre outras causas, violência, maus-tratos, abuso e negligência, incluindo abuso sexual” [...] 157. No presente caso, fica claro que o Estado não só deixou de agir para proteger Paola, como também desrespeitou diretamente seus direitos, não apenas por atos diretos de violência sexual, mas também pela tolerância a esse respeito em parte da instituição de ensino frequentada. [...] 164. Com base em todo o exposto, a Corte conclui que o Estado não respeitou o direito de Paola a uma vida digna e não garantiu sua vida quando tomou conhecimento do risco de sua morte, finalmente consumada, por ato suicida. [...] o Equador violou [...] o direito à vida, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação às obrigações estabelecidas no artigo 1.1 do mesmo tratado. [\[Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín e outras vs. Equador. Fundo, reparações e custas. Sentença de 24-6-2020.\]](#)

DEVERES E RESPONSABILIZAÇÃO RELACIONADOS AO DIREITO À VIDA

- **A deficiência na investigação implica ausência de proteção do direito à vida**

97. Da mesma forma, este Tribunal destacou que investigar os casos de violação do direito à vida constitui um elemento central para determinar a responsabilidade internacional do Estado e que esta obrigação decorre da garantia do artigo 1.1 da Convenção e se verificar qualquer falta ou defeito na investigação que prejudique a eficácia de estabelecer a causa da morte ou identificar os responsáveis, isso implicará que a obrigação de proteger o direito à vida não seja cumprida. Nesse mesmo sentido, a Corte indicou que a ausência de mecanismos efetivos de investigação das violações do direito à vida e a fragilidade dos sistemas de justiça para lidar com essas violações podem fomentar,

nos Estados, um clima de impunidade em relação às mesmas, e, em certos contextos e circunstâncias, pode levar a situações generalizadas ou graves esquemas de impunidade, estimulando e perpetuando a repetição de violações. 98. Soma-se ao que foi dito a obrigação reforçada que os Estados têm de investigar as violações dos direitos dos defensores de direitos humanos, como grupos que defendem os direitos das pessoas LGBTI e das mulheres trans, ainda mais quando essas violações de seus direitos ocorrem dentro do quadro de toque de recolher em que a força pública é a única autorizada a circular nas ruas. Corte IDH. [Corte IDH. **Caso Vicky Hernández e outros vs. Honduras. Fundo, reparações e custas. Sentença de 26-3-2021.**]

- **Desnecessidade de aferir a culpa para determinar a violação do direito à vida**

263. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, para estabelecer que houve violação do direito à vida, não é necessário determinar a culpa de seus autores ou sua intenção, nem é necessário identificar individualmente os agentes para a quem são atribuídos os fatos infratores. É suficiente demonstrar que se verificaram ações ou omissões que permitiram a perpetração dessas violações ou que existe uma obrigação do Estado que foi descumprida. [Caso **Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Acórdão de 8-10-2015.**]

RELAÇÃO ENTRE O DIREITO À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICA

- **Garantia do direito à vida de adolescentes internados em unidade prisional**

Especificamente quanto à superlotação em unidades de internação, desde 2011, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte Interamericana”) deferiu medidas provisórias para que fossem adotadas medidas de proteção à vida e à integridade pessoal de todas as crianças e dos adolescentes privados de liberdade na Unidade de Internação Socio-

educativa – UNIS, situada no Espírito Santo. [...] A reflexão mais detida sobre o caso do “*Instituto de Reeduación del Menor versus Paraguay*” é salutar porque as dezenas de testemunhos dos funcionários, ex-internos e psicólogos que vivenciaram os episódios ali relatados permitem inferir e dimensionar os danos e ocasionados a adolescentes em situações mais extremas e severa de violação a direitos humanos – como nos fatos trágicos que se sucederam naquela instituição do país vizinho. Assentou-se, naquela ocasião, que a interação especial de sujeição estabelecida entre os internos e os agentes responsáveis pela custódia impõe ao Estado uma série de deveres. Como corolário, firmou-se a compreensão no sentido de que devem ser adotadas iniciativas estatais voltadas a garantir “aos reclusos as condições necessárias para desenvolver uma vida digna e contribuir ao gozo efetivo daqueles direitos que sob nenhuma circunstância podem ser restringidos ou daqueles cuja restrição não deriva necessariamente da privação de liberdade e que, portanto, não é admissível”. (tradução livre, Caso “*Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay, Sentencia de 2.9.2004 – Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*”). Essas ações e iniciativas estatais devem ser implementadas com o objetivo de fortalecer e incentivar nesses internos o desenvolvimento dos seus projetos de vida, os quais não podem ser aniquilados em função da privação de liberdade. Verificou naquele caso, que a superpopulação, somada a outros problemas infraestruturais, por exemplo, insalubridade, alimentação deficitária, falta de atendimento médico e psicológico, vulnera as normas convencionais, além de fomentar lamentáveis situações de violência e abusos entre os próprios internos, ou entre estes e os funcionários. Ainda sobre o julgamento, comenta o professor Valério de Oliveira Mazzuoli que “a falta de prevenção do Estado foi o que acarretou a morte de vários dos internos – e que foi, senão para todos, para a grande maioria particularmente traumática e dolorosa, já que a perda da vida ocorreu por meio de asfixias e queimaduras, prolongando a agonia para alguns por vários dias – equivalia a uma negligência grave que tornava o ente maior internacionalmente responsável pela violação dos arts. 4 e 5 da Convenção Americana, em relação aos arts. 1 e 19 do mesmo instrumento” (Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional. São Paulo: Método, 2019). [STF. HC 143.988, rel. min. Edson Fachin, j. 24-8-2020, 2ª T, DJE de 4-11-2020.]

- **Necessidade de capacitação de agentes policiais para garantir monitoramento e responsabilidades quando utilizada força policial**

312. Com base no exposto, a Corte valoriza os esforços progressivos realizados pelo Estado. No entanto, como no presente caso determinou a responsabilidade do Estado pela violação do artigo 2 da Convenção por falta de legislação adequada e treinamento sobre o uso da força no momento dos fatos, e considerando o que já foi em sentenças anteriores a este respeito, a Corte reitera a necessidade de cumprir as pendências ordenadas em suas sentenças. Em particular, considera importante que o Estado fortaleça suas capacidades na implementação do monitoramento e responsabilização dos policiais envolvidos em episódios de uso da força, de acordo com os padrões internacionais refletidos nesta Sentença. [Corte IDH. **Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela.** Exceções preliminares, fundo, reparação e custas. Sentença de 27-8-2014.]

4.2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

PENA DE MORTE

- **Indeferimento da extradição ante risco de imposição de pena de morte**

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é no sentido de que os países signatários do Pacto de San José da Costa Rica devem se furtrar de extraditar pessoas sempre que parem fundadas razões levando a crer que sobrevirá a aplicação de pena de morte – caso

Wong Ho Wing vs. Peru, sentença de 30 de junho de 2015. Destaque-se que a prevalência dos direitos humanos constitui um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, conforme previsão do art. 4º, II, da CF/88. Portanto, qualquer decisão em sede de extradição deve observar a diretriz principiológica obrigatória prevista na referida norma constitucional. [...] Não se trata, no entanto, de exigir que todas as garantias fundamentais do catálogo de direitos brasileiro sejam rigorosamente observadas, em escala mundial. Trata-se de exigir respeito a direitos humanos, considerando não apenas os parâmetros adotados no país, mas também aqueles aceitos em caráter geral pela comunidade internacional. Ou seja, uma pauta mínima de respeito aos direitos do extraditando, com base em normas com certo grau de consenso entre a maioria dos países. [...] Nesse sentido, quando demonstrado, *in concreto*, o risco de não atendimento a essas exigências, pela excessiva abertura dos tipos penais e possibilidade de imposição de penas perpétuas ou de morte e/ou pela aplicação dessas sanções em casos assemelhados, entendo ser o caso de indeferimento do pedido formulado pelo Estado estrangeiro. [STF. Ext 1.425, rel. min. Dias Toffoli, red. do ac. min. Gilmar Mendes, voto do min. Gilmar Mendes, j. 20-10-2020, 2ª T, DJE de 11-12-2020.]

4.3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4.4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.

4.5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

4.6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

5.1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

ASPECTOS GERAIS

- **Tipos e graus de violação à integridade pessoal**

180. A Corte recorda que o artigo 5.1 da Convenção estabelece em termos gerais o direito à integridade pessoal, tanto física como mental e moral. Por sua vez, o artigo 5.2 estabelece, mais especificamente, a proibição absoluta de submeter alguém a tortura ou tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante. Da mesma forma, foi reconhecido que a proibição absoluta da tortura, tanto física como psicológica, pertence hoje ao domínio do *jus cogens* internacional. 181. Por sua vez, os atos que tenham sido “preparados e deliberadamente praticados contra a vítima para suprimir sua resistência psíquica e forçá-la a se incriminar ou a confessar certas condutas criminosas ou submetê-la a modalidades de punição adicionais à privação de própria liberdade”. 182. A Corte indicou que a violação do direito à integridade física e mental das pessoas tem conotações de vários graus e abrange desde a tortura até outros tipos de abuso ou tratamento cruel, desumano ou degradante, cujas consequências físicas e psicológicas variam de intensidade conforme a fatores endógenos e exógenos da pessoa (duração do tratamento, idade, sexo, saúde, contexto, vulnerabilidade, entre outros) que devem ser analisados em cada situação específica. Em outras palavras, as características pessoais de uma suposta vítima de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante devem ser levadas em consideração ao determinar se a integridade pessoal foi violada, pois tais características podem alterar a percepção do indivíduo sobre a realidade e, portanto, aumentar o sofrimento e o sentimento de humilhação quando são submetidos a certos tratamentos. [Corte IDH. **Caso Venezuela Ávila vs. Guatemala. Mérito, reparações e custas. Sentença de 11-10-2019. Tradução livre.**]

INTEGRIDADE FÍSICA E SAÚDE HUMANA

Art. 5

- **Ausência de atendimento médico adequado pode acarretar violação ao artigo 5.1**

O caso se relaciona com a suposta responsabilidade internacional do Estado pela afetação à vida digna e integridade pessoal de Talía Gabriela Gonzales Lluy (doravante denominada “Talía”), como consequência do contágio por HIV após uma transfusão de sangue que ela realizou quando tinha três anos de idade. [...] No que respeita à relação do dever de garantia (artigo 1.1) com o artigo 5.1 da Convenção, a Corte estabeleceu que o direito à integridade pessoal se encontra direta e imediatamente vinculado com o atendimento à saúde humana, e que a falta de atendimento médico adequado pode acarretar a violação do artigo 5.1 da Convenção. Neste sentido, a Corte tem sustado que a proteção do direito à integridade pessoal presume a regulação dos serviços de saúde no âmbito interno, assim como a implementação de uma série de mecanismos tendentes a tutelar a efetividade de proferida regulação. Por esta razão, se deve determinar se no presente caso se garantiu a integridade pessoal consagrada no artigo 5.1 da Convenção em relação com o artigo 1.1 da mesma. [[Corte IDH. Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 1º-9-2015.](#)]

- **Diferença entre vacinação compulsória e vacinação forçada**

O direito à incolumidade física também é assegurado pelo Pacto de San José da Costa Rica, o qual integra o ordenamento jurídico pátrio, por força do Decreto 678/1992, cujo art. 5º, 1, consigna que “toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”. Especificamente no âmbito da biomedicina, a reverência à integridade física, psíquica e moral das pessoas tem sido objeto de particular atenção por parte da comunidade internacional, com foco nos procedimentos médicos e experimentos científicos, desenvolvendo-se o conceito do “livre convencimento informado”. [...] A jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal também tem se revelado enfática na defesa da intangibilidade do corpo das pessoas, decorrente da dignidade com que devem ser tratados todos os seres humanos. [...] Isso posto, voto pela parcial procedência das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, *d*, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (I) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência. [STF. ADI 6.586, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-12-2020, P, DJE de 7-4-2021.]

SISTEMA CARCERÁRIO

- **Dever estatal de ressarcir o preso por condições carcerárias que violam sua integridade**

Neste caso, o senhor Damas Vega denunciou perante o Ministério de Justiça e Controladoria de Serviços que em 20 de julho de 2006 teria sido realizada uma revista no CAI La Reforma na qual foram submetidos a tratamentos cruéis, inumanos e degradantes, bem como a atos de violência sexual por parte dos agentes penitenciários. Da mesma forma, em 24 de setembro de 2006, interpôs uma denúncia penal perante o Ministério Público de Alajuela pelo delito de abuso sexual e abuso de autoridade contra o funcionário, em relação aos fatos denunciados em 20 de julho de 2006. Além disso, em 2 de outubro de 2006, o senhor

Vega solicitou perante os Tribunais de Justiça de Alajuela que a ação se estendesse ao Supervisor e ao Inspetor, superiores do funcionário, por considerá-los autores intelectuais do delito. Também em 25 de novembro de 2006, o senhor Damas Vega apresentou um incidente de queixa perante o Juizado de Execução Penal de Alajuela contra o Setor de Segurança do Pavilhão B do CAI La Reforma. Alegou que as práticas dos funcionários nas revistas eram abusivas, incluindo toques sexuais. A respeito da forma em que devem ser realizadas as revistas dentro de uma unidade penitenciária, as Regras de Mandela 50, 51 e 52 garantem que as revistas de reclusos sejam realizadas dentro de um modo que respeite a dignidade intrínseca do ser humano e a intimidade das pessoas. Além disso, a administração penitenciária fará o registro das revistas ou registros realizados, especialmente as revistas pessoais, sem roupa, dos orifícios corporais e das celas, bem como dos motivos dessas providências. Da mesma forma, as revistas invasivas apenas serão realizadas quando forem absolutamente necessárias, por médicos qualificados ou membros do pessoal que tenham sido adequadamente capacitados. Por sua vez, o Princípio XXI dos Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas que define que as revistas invasivas vaginais e anais serão proibidas pela lei que estabelece padrões muito semelhantes ao disposto nas Regras de Mandela. [...] De forma especial, em conformidade com o artigo 1.1 da Convenção Americana, a obrigação de garantir os direitos reconhecidos nos artigos 5.1 e 5.2 da Convenção Americana implica o dever do Estado de investigar possíveis atos de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. 641. Essa obrigação de investigar se vê reforçada pelo que dispõem os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura que obrigam o Estado a “toma[r] medidas efetivas para prevenir e sancionar a tortura no âmbito da sua jurisdição”, bem como a “prevenir e sancionar [...] outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”. Além disso, de acordo com o disposto no artigo 8 da referida Convenção, os Estados-partes garantirão “a toda pessoa que denunciar ter sido submetida à tortura no âmbito de sua jurisdição o direito a que o caso seja examinado imparcialmente. Outrossim, quando existir denúncia ou razão fundamentada para acre-

ditar que se cometeu um ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados-partes garantirão que suas respectivas autoridades procederão de ofício e de imediato a realizar uma investigação sobre o caso e a iniciar, quando corresponder, o respectivo processo penal”. [Corte IDH. **Caso Amrhein e outros vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-4-2018.]

A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 – crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). [...] Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. [STF. **RE 580.252**, rel. min. Teori Zavascki, red. do ac. min. Gilmar Mendes, j. 16-2-2017, P, DJE de 11-9-2017, Tema 365.]

OUTRAS FORMAS DE VIOLAÇÃO À INTEGRIDADE PESSOAL

• Elementos constitutivos do desaparecimento forçado

Art. 5

104. A caracterização pluriofensiva, quanto aos direitos afetados, e continuada ou permanente do desaparecimento forçado se desprende da jurisprudência deste Tribunal, de maneira constante, desde seu primeiro caso contencioso há mais de vinte anos [Caso Velásquez Rodríguez, mérito; Caso Chitay Nech; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña], inclusive com anterioridade à definição contida da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. Essa caracterização resulta consistente com outras definições contidas em diferentes instrumentos internacionais, que salientam como elementos simultâneos e constitutivos do desaparecimento forçado: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, e c) a negativa de reconhecer a detenção e revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa implicada. Em ocasiões anteriores, este Tribunal já salientou que, ademais, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, as decisões de diferentes instâncias das Nações Unidas, bem como de vários tribunais constitucionais e outros altos tribunais nacionais dos Estados americanos, coincidem com a caracterização indicada. [Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24-11-2010.]

155. O desaparecimento forçado de seres humanos constitui uma violação múltipla e continuada de vários direitos reconhecidos na Convenção e que os Estados-partes estão obrigados a respeitar e garantir. O sequestro da pessoa é um caso de privação arbitrária de liberdade que viola, ademais, o direito do detido a ser levado sem demora perante um juiz e a interpor os recursos adequados para controlar a legalidade de sua prisão, o que viola o artigo 7 da Convenção, que reconhece o direito à liberdade pessoal e que dispõe: [...] 156. Ademais, o isolamento prolongado e a incomunicabilidade coativa a que se vê submetida a vítima representam, por si mesmos, formas de tratamento cruel e desumano, lesivas da liberdade psíquica e moral da pessoa e do direito

de todo detido ao respeito devido à dignidade inerente ao ser humano, o que constitui, por sua vez, a violação das disposições do artigo 5 da Convenção que reconhecem o direito à integridade pessoal: [...]. Além disso, as investigações existentes sobre a prática de desaparecimentos, e os testemunhos das vítimas que recuperaram sua liberdade, demonstram que ela inclui o tratamento sem piedade aos detidos, que se veem submetidos a todo tipo de humilhações, torturas e demais tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, em violação também ao direito da integridade física reconhecido no mesmo artigo 5 da Convenção. [Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Mérito. Sentença de 29-7-1988.]

- **Avaliação quanto ao uso excessivo da força**

79. No presente caso, não ficou provado que os senhores Nolberto Durand Ugarte e Gabriel Pablo Ugarte Rivera tenham sofrido maus-tratos ou que sua dignidade tenha sido lesada pelas autoridades peruanas durante o período em que estiveram detidos na Prisão El. Frontão. A Corte chegou à mesma conclusão no caso Neira Alegría e outros, no qual foram alegados os mesmos fatos mencionados nesta Sentença. É claro que houve um uso excessivo da força para reprimir o motim, o que constitui uma violação do princípio da proporcionalidade que deve existir entre a situação que está sendo resolvida e os meios utilizados para fazê-lo (pars. 67, 68 supra e 70). No entanto, dessa desproporção não se pode inferir que tenham sido praticados tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, conceitos que têm conteúdo jurídico próprio e que não são necessariamente e automaticamente deduzidos da privação arbitrária da vida, mesmo em circunstâncias agravantes como estes. 80. Por conseguinte, este Tribunal considera que não ficou provado que o Estado violou, em prejuízo dos senhores Nolberto Durand Ugarte e Gabriel Pablo Ugarte Rivera, o artigo 5.2 da Convenção Americana. [Corte IDH. **Caso Durand y Ugarte vs. Peru**. Mérito. Sentença de 16-8-2000.]

• Processo penal sem justa causa

Art. 5

[A] abertura de causas penais sem fundamento contra um defensor pode acarretar uma violação ao direito à integridade pessoal quando o assédio causado afeta o normal desenvolvimento na vida diária e provoca grandes desequilíbrios na pessoa sujeita a processos judiciais e na sua família. Dada a abertura e maneira em que se seguiram os processos penais e o processo civil como mecanismo de intimidação e assédio pela atividade da senhora Acosta, incluída a busca de justiça pela morte de seu marido, o Estado violou seu direito à integridade psíquica e moral. Ademais, a perda de um ser querido nesse contexto e a ausência de uma investigação completa sobre os fatos, que também ocasionam sofrimento de não conhecer a verdade, constituiu em si mesma uma violação à integridade psíquica e moral dos familiares do senhor García Valle, configurada ademais por outros efeitos econômicos gerados e o profundo sofrimento e mudança radical em suas vidas. [...] Em relação à alegada violação do direito à integridade dos familiares da suposta vítima, a Corte determinou em sua jurisprudência que certas violações de direitos humanos poderiam causar nos familiares de supostas vítimas sofrimento e angústia, além de um sentimento de insegurança, frustração e impotência, e concluiu que tal sofrimento, em detrimento da integridade psíquica e moral dos familiares, poderia constituir uma violação do artigo 5 da Convenção. Trata-se, portanto, de um sofrimento adicional ou exacerbado consequência das circunstâncias particulares das violações perpetradas contra seus seres queridos e a causa das posteriores violações ou omissões das autoridades estatais frente aos fatos. Em relação à senhora Acosta, a Corte considera que foram apresentados suficientes elementos para considerar que sofreu particulares violações a sua integridade pessoal, em razão não apenas do grave sofrimento pelo homicídio de seu marido, mas também como consequência da falta de investigação adequada do mesmo; a infundada imputação dentro do mesmo procedimento penal que se supunha devia investigar e processar os responsáveis; a estigmatização que devia ter enfrentado ao ter sido objeto de infundadas ações judiciais, assim como a frustração frente à impunidade parcial. Nesse sentido, a Corte consi-

dera que o Estado é responsável pela violação do direito à integridade psíquica e moral, reconhecido no artigo 5.1 da Convenção, em prejuízo da senhora Acosta. [Corte IDH. **Caso Acosta e outros vs. Nicarágua**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-3-2017.]

INTEGRIDADE PESSOAL DOS FAMILIARES

- **Presunção *iuris tantus* em relação ao dano à integridade dos familiares**

235. A Corte considerou em numerosos casos que os familiares das vítimas de violações dos direitos humanos podem ser, ao mesmo tempo, vítimas. A esse respeito, este Tribunal considerou que se pode presumir um dano à integridade psíquica e moral dos familiares diretos de vítimas de certas violações de direitos humanos, aplicando uma presunção *iuris tantum* a respeito de mães e pais, filhas e filhos, esposos e esposas, companheiros e companheiras permanentes (doravante “familiares diretos”), sempre que corresponda às circunstâncias particulares do caso. No caso desses familiares diretos, cabe ao Estado descaracterizar essa presunção. Nos demais casos, o Tribunal deverá analisar se na prova que consta do expediente se comprova alguma afetação à integridade pessoal da suposta vítima. A respeito das pessoas sobre as quais o Tribunal não presumirá dano à sua integridade pessoal por não serem familiares diretos, a Corte avaliará, por exemplo, se existe um vínculo particularmente estreito entre eles e as vítimas do caso que permita estabelecer uma afetação a sua integridade pessoal e, por conseguinte, uma violação do artigo 5 da Convenção. O Tribunal também poderá avaliar se as supostas vítimas participaram da busca de justiça no caso concreto ou se passaram por sofrimentos próprios, em consequência dos fatos do caso ou em razão das posteriores ações ou omissões das autoridades estatais frente a esses fatos. [Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24-11-2010.]

5.2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

PENA DESPROPORCIONAL

- **Inconstitucionalidade da pena desproporcionalmente grave**

No âmbito do direito internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, previu que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” (art. V). A mesma garantia é repetida, em idênticos termos, no art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e no art. 5º, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969). [...] A vedação das penas cruéis tem, assim, duas facetas: de um lado, se a natureza da punição for intrinsecamente cruel (como a tortura), ela não deve ser imposta jamais, independentemente do crime cometido; de outro lado, quando se tratar de sanção em princípio admissível, deve ser tomada em consideração juntamente com a gravidade do crime, de modo que certa pena poderá ser considerada adequada para certo tipo de crime grave, mas cruel para infrações menos relevantes. [STF. RE 979.962, rel. min. Roberto Barroso, j. 24-3-2021, P, DJE de 14-6-2021, Tema 1.003.]

TORTURA

ASPECTOS GERAIS

- **Elementos caracterizadores da tortura**

121. Agora, para definir o que à luz do artigo 5.2 da Convenção Americana deve ser entendido como “tortura”, de acordo com a jurisprudência da Corte, um ato constitutivo de tortura está envolvido quando os maus-tratos: a) são intencionais; b) causem sofrimento físico ou mental grave, e c) sejam cometidos para qualquer fim ou finalidade. Da mesma forma,

reconheceu-se que as ameaças e o perigo real de submeter uma pessoa a lesões físicas produzem, em certas circunstâncias, tal grau de angústia moral que pode ser considerado tortura psicológica. 22. Em relação ao uso da força pelas forças de segurança, este Tribunal indicou que deve seguir critérios de motivos legítimos, necessidade, idoneidade e proporcionalidade. Da mesma forma, a Corte indicou que qualquer uso da força que não seja estritamente necessário devido ao próprio comportamento do detido constitui um atentado à dignidade humana, em violação ao artigo 5 da Convenção Americana. [Corte IDH. **Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 5-10-2015. Tradução livre.]

FORMAS DE TORTURA

- **A violência contra a mulher pode constituir uma forma de tortura**

192. Em suma, a Corte entende que, na própria forma como esses instrumentos são redigidos, a configuração da tortura não se limita apenas à sua prática por funcionários públicos, nem que a responsabilidade do Estado só pode ser gerada por ação direta de seus agentes; também prevê instâncias de instigação, consentimento, aquiescência e omissão quando poderiam impedir tais atos. 193. Além disso, é necessário destacar que, no marco da interpretação do artigo 5.2 da Convenção, a Corte entendeu que tanto a interpretação sistemática quanto a evolutiva desempenham um papel crucial na manutenção do efeito útil da proibição da tortura, de acordo com as atuais condições de vida nas sociedades de nosso continente. Isso está de acordo com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. 194. No âmbito do método sistemático, é necessário considerar outros instrumentos interamericanos, como a Convenção de Belém do Pará. A esse respeito, a Corte observa que a violência contra a mulher pode, em certos casos, constituir tortura e, além disso, que a violência contra a mulher também abrange a esfera privada. Portanto, de acordo com os princípios da Convenção de Belém do Pará, é necessário reconhecer que atos intencionais que causem graves

sofrimentos físicos, sexuais ou psicológicos à mulher cometidos por um indivíduo podem constituir atos de tortura e merecem reprovação para atingir o objetivo de sua erradicação. [Corte IDH. **Caso López Soto e outros vs. Venezuela**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 26-9-2018. Tradução livre.]

- **Violência sexual**

246. Seguindo a linha da jurisprudência internacional, e levando em conta o disposto na Convenção de Belém do Pará, a Corte considerou que a violência sexual se configura com ações de natureza sexual que se cometem contra uma pessoa sem seu consentimento, que, além de compreender a invasão física do corpo humano, podem incluir atos que não impliquem penetração ou, inclusive, contato físico algum. 247. Do mesmo modo, seguindo o critério jurisprudencial e normativo que impera tanto no Direito Penal Internacional como no Direito Penal Comparado, o Tribunal considera que o estupro não implica necessariamente uma relação sexual sem consentimento, por via vaginal, como se considerou tradicionalmente. Por estupro também se devem entender atos de penetração vaginal ou anal, sem consentimento da vítima, mediante a utilização de outras partes do corpo do agressor ou objetos, bem como a penetração bucal mediante o membro viril. Em especial, o estupro é uma forma paradigmática de violência contra as mulheres com consequências que ultrapassam a pessoa da vítima. 248. A Corte dispôs que o estupro é um tipo particular de agressão que, em geral, se caracteriza por ocorrer na ausência de outras pessoas, além da vítima e do agressor ou agressores. Dada a natureza dessa forma de violência, não se pode esperar a existência de provas gráficas ou documentais e, por isso, a declaração da vítima constitui uma prova fundamental sobre o fato. Sem prejuízo da qualificação jurídica dos fatos a que se procede adiante, a Corte considera que essa norma é aplicável à violência sexual em geral. Do mesmo modo, ao analisar essas declarações deve-se levar em conta que corresponde a um tipo de delito que a vítima não costuma denunciar, pelo estigma que essa denúncia em geral supõe. 249. Além disso, é necessário salientar que a ausência de sinais físicos não implica que não tenham ocorrido maus-tratos, já que é frequente que esses atos de violência contra as pessoas não

deixem marcas ou cicatrizes permanentes. O mesmo se aplica aos casos de violência sexual e estupro, cuja ocorrência não necessariamente se verá refletida num exame médico. 250. Por outro lado, esta Corte salientou que a violação do direito à integridade física e psíquica das pessoas apresenta diversas conotações de grau, abrangendo desde a tortura até outro tipo de constrangimento ou tratamento cruel, desumano ou degradante, cujas sequelas físicas e psíquicas variam de intensidade, segundo fatores endógenos e exógenos da pessoa (duração dos maus-tratos, idade, sexo, saúde, contexto e vulnerabilidade, entre outros), que deverão ser analisados em cada situação concreta, ou seja, as características pessoais de uma suposta vítima de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes devem ser levadas em conta no momento de determinar se a integridade pessoal foi violada, já que essas características podem mudar a percepção da realidade do indivíduo e, conseqüentemente, aumentar o sofrimento e o sentido de humilhação quando submetido a certos tratamentos. [Corte IDH. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16-2-2017.**]

5.3. A pena não pode passar da pessoa do delincente.

5.4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5.5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

5.6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

ARTIGO 6. PROIBIÇÃO DA ESCRAVIDÃO E DA SERVIDÃO

Art. 6

6.1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

ESCRAVIDÃO

- **A escravidão moderna caracteriza-se pelo exercício de qualquer um dos atributos relacionados ao direito de propriedade sobre uma pessoa**

269. A partir do desenvolvimento do conceito de escravidão no Direito Internacional e da proibição estabelecida no art. 6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte observa que este conceito evoluiu e já não se limita à propriedade sobre a pessoa. A esse respeito, a Corte considera que os dois elementos fundamentais para definir uma situação como escravidão são: i) o estado ou condição de um indivíduo; e ii) o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizada ao ponto de anular a personalidade da vítima. As características de cada um desses elementos são entendidas de acordo com os critérios ou fatores identificados a seguir. 270. O primeiro elemento (estado ou condição) se refere tanto à situação *de jure* como *de facto*, isto é, não é essencial a existência de um documento formal ou de uma norma jurídica para a caracterização desse fenômeno, como no caso da escravidão *chattel* ou tradicional. 271. Com respeito ao elemento de “propriedade”, este deve ser entendido no fenômeno de escravidão como “posse”, isto é, a demonstração de controle de uma pessoa sobre outra. Portanto, “no momento de determinar o nível de controle requerido para considerar um ato como escravidão, (...) poder-se-ia equipará-lo à perda da própria vontade ou a uma diminuição considerável da autonomia pessoal”. Nesse sentido, o chamado “exercício de atributos da propriedade” deve ser entendido nos

dias atuais como o controle exercido sobre uma pessoa que lhe restrinja ou prive significativamente de sua liberdade individual, com intenção de exploração mediante o uso, a gestão, o benefício, a transferência ou o despojamento de uma pessoa. Em geral, esse exercício se apoiará e será obtido através de meios tais como a violência, fraude e/ou coação. [Corte IDH. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 20-10-2016.]

- **Cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas às de escravo**

Há todo um bloco de normativas internacionais as quais o Brasil aderiu formalmente, e que ingressam em nosso ordenamento jurídico com potencialidade suficiente a formar verdadeiro arcabouço jurídico de tutela do direito ao trabalho digno e, conseqüentemente, autorizando o combate ao trabalho escravo em verdadeiro arcabouço jurídico de tutela do direito ao trabalho digno e, conseqüentemente, autorizando o combate ao trabalho escravo em todas as suas dimensões [...] No caso em tela não está em debate o conceito de trabalho escravo, propriamente dito. No entanto, uma vez identificado, autuado e finalizado o processo administrativo destinado à sua caracterização, a aplicação das infrações administrativas pode ser objeto de ampla divulgação pelas Autoridades Públicas. E se essa divulgação acarretará a incidência de sanções de ordem social, a configurar a dificuldade majorada em contratar com empresas que se recusem a ter em sua cadeia de contatos aqueles que se utilizam de trabalho em condição análoga à escravidão, isso nada mais significa que assentar também a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, de modo a assegurar o respeito aos ditames constitucionais. [STF. **ADPF 509**, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Edson Fachin, j. 16-9-2020, P, DJE de 5-10-2020.]

6.2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos

forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.

6.3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:

6.3.a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;

6.3.b) o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;

6.3.c) o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade;

6.3.d) o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

ARTIGO 7. DIREITO À LIBERDADE PESSOAL

7.1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

Art. 7

LIBERDADE E SEGURANÇA

ASPECTOS GERAIS

- **Interpretação do art. 7 da CADH: definição de liberdade e segurança**

51. O art. 7 da Convenção apresenta regulamentações de dois tipos, bem diferenciadas entre si: uma geral e outra específica. A geral se encontra no primeiro parágrafo: “[t]oda pessoa tem o direito à liberdade e à segurança pessoais”. A específica é composta por uma série de garantias que protegem o direito a não ser privado da liberdade ilegalmente (art. 7.2) ou arbitrariamente (art. 7.3); a conhecer as razões da detenção e as acusações formuladas contra o detido (art. 7.4); ao controle judicial da privação da liberdade e à razoabilidade do prazo da prisão preventiva (art. 7.5); a impugnar a legalidade da detenção (art. 7.6); e a não ser detido por dívidas (art. 7.7). 52. Em sentido amplo, a liberdade seria a capacidade de fazer e não fazer tudo o que seja lícitamente permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa de organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social conforme suas próprias opções e convicções. A segurança, por sua vez, seria a ausência de perturbações que restrinjam ou limitem a liberdade além do razoável. A liberdade, definida assim, é um direito humano básico, próprio dos atributos da pessoa, que se projeta em toda a Convenção Americana. Com efeito, do Preâmbulo se infere o propósito dos Estados Americanos de consolidar “um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”, e o reconhecimento de que “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus

direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”. Dessa forma, cada um dos direitos humanos protege um aspecto da liberdade do indivíduo. 53. No que tange ao art. 7 da Convenção, este protege exclusivamente o direito à liberdade física e abrange os comportamentos corporais que pressupõem a presença física do titular do direito e que se expressam normalmente no movimento físico. A segurança também deve entender-se como a proteção contra toda interferência ilegal ou arbitrária da liberdade física. No entanto, esse direito pode ser exercido de múltiplas formas, e o que a Convenção Americana regulamenta são os limites ou restrições que o Estado pode impor. É desse modo que se explica que o art. 7.1 consagre, em termos gerais, o direito à liberdade e à segurança, e os demais parágrafos se encarreguem das diversas garantias que devem ser observadas no momento de privar alguém de sua liberdade. Desse modo também se explica que a forma pela qual a legislação interna afeta o direito à liberdade é notadamente negativa, quando permite que se prive ou restrinja a liberdade. A liberdade, portanto, será sempre a regra, e a limitação ou restrição sempre a exceção. 54. Finalmente, a Corte ressalta que qualquer violação dos parágrafos 2 a 7 do art. 7 da Convenção implicará necessariamente a violação do art. 7.1 desse Tratado, uma vez que a falta de respeito às garantias da pessoa privada da liberdade redundará, em suma, na falta de proteção do próprio direito à liberdade dessa pessoa. [Corte IDH. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2007. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 9-3-2018.

HIPÓTESES ESPECÍFICAS DE OFENSA À LIBERDADE E À SEGURANÇA

- **Retenção física de uma criança sem consentimento dos genitores: exercício progressivo da liberdade**

129. Neste caso, os fatos afetaram o direito à liberdade pessoal de María Macarena Gelman, visto que, adicionalmente ao fato de que a criança nasceu em cativeiro, sua retenção física por parte de agentes estatais, sem o consentimento de seus pais, implicou a violação de sua liberdade, nos termos mais amplos do art. 7.1 da Convenção. Esse direito implica a possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência. No caso de crianças, ainda que sejam sujeitos titulares de direitos humanos, eles exercem seus direitos de maneira progressiva à medida que desenvolvem um maior nível de autonomia pessoal, uma vez que, em sua primeira infância, atuam nesse sentido por condução de seus familiares. Consequentemente, a separação de uma criança de seus familiares implica, necessariamente, um comprometimento do exercício de sua liberdade. [\[Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguai. Mérito e reparações. Sentença de 24-2-2011.\]](#)

Art. 7

- **Institucionalização de menores de idade e restrição arbitrária do direito de liberdade**

329. Esta Corte indicou que, de acordo com o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos [...], se configura uma privação de liberdade quando uma pessoa, neste caso uma menina ou um menino, não pode ou não tem a possibilidade de sair ou abandonar, por sua própria vontade, as instalações ou estabelecimento em que se encontra ou tenha estado alojado [...]. De acordo com esta definição, o acolhimento de meninas e meninos em abrigos pode constituir uma forma de privação de liberdade, se as meninas e os meninos estiverem sujeitos a medidas restritivas de sua liberdade de locomoção que vão além das regras que uma família imporia para salvaguardar o bem-estar da

menina ou do menino, como proibir de sair à noite [...]. 330. No presente caso, Osmín Tobar Ramírez foi admitido em uma casa coletiva dirigida pela Associação Los Niños de Guatemala, de 9 de janeiro de 1997 a julho de 1998 [...]. Não há informação suficiente no processo sobre o regime ou condições do referido centro e se a sua liberdade de circulação foi ou não restringida. Portanto, não é possível determinar se a referida colocação residencial constituiu uma privação da liberdade pessoal nos termos dos artigos 7.2 e 7.3 da Convenção Americana. 331. No entanto, a Corte observa que qualquer internação de uma menina ou de um menino em um abrigo supõe uma interferência do Estado em sua vida ao determinar um local de residência diferente do habitual. Isto implica uma mudança no seu cotidiano, nas pessoas com quem interage, nos seus pertences, nos seus hábitos alimentares, entre outros. Portanto, esta Corte considera que este tipo de medida constitui, no mínimo, uma ingerência na liberdade geral protegida no artigo 7.1, já que afeta radicalmente o modo como as respectivas meninas ou meninos conduzem suas vidas. 332. A esse respeito, toda medida de acolhimento em abrigos deve estar prevista em lei, ter uma finalidade legítima e atender aos requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade [...] para ser compatível com a Convenção Americana. [...] 349. Em virtude das considerações anteriores, a Corte observa que o Estado não demonstrou que a colocação de Osmín Tobar Ramírez em um centro de acolhimento residencial foi decidida depois de descartadas outras formas de atendimento alternativo que poderiam ser adequadas ao caso concreto ou necessárias para garantir o seu melhor interesse. Da mesma forma, não demonstrou que a separação de seu irmão menor ou a impossibilidade de receber visitas da senhora Ramírez Escobar estivesse de acordo com os melhores interesses de Osmín Tobar Ramírez. Portanto, a internação no domicílio da Associação Los Niños de Guatemala constituiu uma restrição arbitrária ao direito à liberdade de Osmín Tobar Ramírez, em seu sentido geral, protegido pelo artigo 7.1 da Convenção [...]. 350. Por outro lado, a Corte observa que, a fim de assegurar que a internação nesses abrigos não se transforme em privações da liberdade pessoal, nos termos dos artigos 7.2 e 7.3 descritos supra [...], ou que suas condições sejam compatíveis com o bem-estar geral de meninas e meninos, o

Estado deve regulamentar, monitorar e supervisionar as instituições e centros residenciais de acolhimento para meninas e meninos. [Corte IDH. **Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 9-3-2018. Tradução livre.]

145. Para abordar esta questão, que tem como objetivo central a interpretação do direito à liberdade pessoal reconhecido nos artigos 7 da Convenção Americana e XXV da Declaração, é pertinente afirmar que a questão, quando se refere ao termo “detenção”, usa-o em sentido amplo equivalente a privação de liberdade. Na mesma linha, a Corte passará a utilizar o conceito de privação de liberdade por ser mais inclusivo. A esse respeito, a Corte adota um enfoque amplo, de acordo com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e autônomo ao estabelecido nas legislações nacionais, no entendimento de que o componente particular que permite individualizar uma medida como privativa de liberdade para além da denominação específica que recebe no âmbito local [...] é o fato de a pessoa, no caso a menina e/ou menino, não poder ou não ter a possibilidade de sair ou abandonar, por livre e espontânea vontade, as instalações ou estabelecimento em que se encontre ou tenha estado alojado. Desta forma, qualquer situação ou medida que se caracterize pela definição anterior tornará aplicáveis todas as garantias associadas [...]. [Corte IDH. **Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto da migração e/ou na necessidade de proteção internacional**. **Opinião Consultiva OC-21/14, de 19-8-2014**. Tradução livre.]

- **Desaparecimento forçado de pessoas como privação arbitrária de liberdade**

155. O desaparecimento forçado de seres humanos constitui uma violação múltipla e contínua de numerosos direitos reconhecidos na Convenção e que os Estados-Partes estão obrigados a respeitar e garantir. O sequestro de uma pessoa é um caso de privação arbitrária de liberdade que também viola o direito do detido de ser apresentado prontamente a um juiz e de interpor os recursos cabíveis para controlar a legalidade de sua prisão, o que viola o artigo 7 da Convenção que reconhece o direito

à liberdade pessoal [...] 185. De todo o exposto conclui-se que os fatos provados neste julgamento demonstram que o Estado de Honduras é responsável pelo desaparecimento involuntário de Angel Manfredo Velásquez Rodríguez. Consequentemente, as violações dos artigos 7, 5 e 4 da Convenção são imputáveis a Honduras. 186. Como resultado do desaparecimento, Manfredo Velásquez foi vítima de uma detenção arbitrária, que o privou de sua liberdade física sem fundamento legal e sem ser levado a um juiz ou tribunal competente que conhecesse sua detenção. Tudo isso viola diretamente o direito à liberdade pessoal reconhecido no artigo 7 da Convenção [...] e constitui uma violação, imputável a Honduras, dos deveres de respeitá-lo e garanti-lo, consagrados no artigo 1.1 da mesma Convenção. [Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Mérito. Sentença de 29-7-1988. Tradução livre.]

LIBERDADE COMO DIREITO À AUTONOMIA INDIVIDUAL

- **Aborto: direitos do nascituro vs. direito à liberdade e autonomia individual das mulheres**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, teve a oportunidade de enfrentar a questão da fronteira entre o direito à autonomia pessoal, saúde sexual, direito ao planejamento familiar e vida privada, direito à integridade pessoal, e não discriminação e o direito à proteção do embrião, no caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, cujo julgamento ocorreu no ano de 2012. Nesse caso, a Corte Interamericana analisou os efeitos da sentença proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Costa Rica, mediante a qual declarou inconstitucional o Decreto executivo nº 24029-S, que regulava a técnica de fecundação *in vitro* no país, fato jurídico este que implicou a interrupção do tratamento médico pelas mulheres que haviam iniciado ou mesmo o deslocamento destas para outros países que permitiam referido tratamento. A justificativa utilizada pela Sala Constitucional de Costa Rica foi fundamentada em dois argumentos jurídicos principais: o primeiro de ordem formal, consistente na violação do princípio da reserva legal, na medida em que um Decreto regulamentara matéria de direito à vida

e dignidade do ser humano; o segundo, de ordem material, no sentido de que as práticas de fecundação *in vitro* atentariam contra o direito à vida e à dignidade da pessoa, uma vez que: '[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida'; ii) 'en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico', y iii) 'como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer' [...] Com efeito, o caso concreto julgado pela Corte Interamericana não analisou a questão do aborto e suas derivações, porque o caso envolveu a possibilidade de fecundação *in vitro* pelas mulheres. Todavia, ao resolver o problema jurídico e entender pela responsabilidade internacional do Estado da Costa Rica por ter vulnerado direito à vida privada e familiar e o direito à integridade pessoal, na acepção da autonomia pessoal, a saúde sexual, o direito de usufruir dos benefícios do progresso tecnológico e científico, definiu o alcance interpretativo do artigo 4.1 da Convenção Americana, que trata do direito à vida. [...] E, ao assim decidir, enfrentou a necessidade de tutela dos direitos da mulher e sua autonomia reprodutiva e consignou o caráter não absoluto dos direitos do embrião e do feto. Em outras palavras, a Corte Interamericana no processo decisório levado a cabo, enfrentou as seguintes premissas argumentativas: a) interpretação do artigo 11 da Convenção Americana que requer a proteção estatal dos indivíduos em face das ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar; b) interpretação ampla do artigo 7 da Convenção, ao consignar que neste se inclui o conceito de liberdade no sentido extenso, como a capacidade de fazer e não fazer do que é lícitamente permitido, ou seja, do direito de todo ser humano autodeterminar-se e fazer suas escolhas de vida; c) definição do direito à vida privada a partir de sua relação com: a autonomia reprodutiva e o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, o qual envolve o direito de acesso à tecnologia, médica necessária para o exercício adequado deste direito; [...] Como afirmado, conquanto o caso não verse sobre o aborto especificamente, os fundamentos jurídicos subjacentes à decisão nos permite[m] inferir

conclusões acerca do alcance interpretativo do direito à vida e sua relação com os direitos à liberdade privada, autonomia reprodutiva da mulher, e vedação de discriminação indireta de gênero e capacidade econômica. [STF. HC 124.306, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Roberto Barroso, voto da min. Rosa Weber, j. 9-8-2016, 1ª T, DJE de 17-3-2017.]

- **Transgêneros: substituição de prenome e gênero no registro civil sem necessidade de cirurgia de transgenitalização ou tratamentos hormonais**

3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. [...] A Corte Interamericana, por sua vez, assentou que a identidade de gênero: “também se encontra ligada ao conceito de liberdade e da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme às suas próprias convicções, assim como ao direito à proteção de sua vida privada [...]. Sobre esse ponto, deve-se recordar que a identidade de gênero foi definida nesta opinião como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo assinalado no momento do nascimento. [...] o reconhecimento da identidade de gênero encontra-se ligada necessariamente à ideia segundo a qual o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem que se deve estar sujeita à sua genitália”. [...] Sendo, pois, constitutivos da dignidade humana, “o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso

a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação”, como também registrou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, “o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas”. Tal reconhecimento traz implicações diretas para o caso dos autos. Se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada. Esses direitos têm a seguinte previsão no Pacto de São José da Costa Rica: “Artigo 18. Direito ao nome [...] Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário. [...] Artigo 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica [...] Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. [...] Artigo 7. Direito à liberdade pessoal [...] 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. [...] Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade [...] 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.” As obrigações dirigidas aos Estados consistem, portanto, em assegurar tais direitos sem discriminação aos transgêneros. [STF. ADI 4.275, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Edson Fachin, j. 1º-3-2018, P, DJE de 7-3-2019.]

Vide: STF. RE 670.422, rel. min. Dias Toffoli, j. 15-8-2018, P, DJE de 10-3-2020. Tema 761.

- **Comunidade LGBT: defesa de liberdade pessoal e enquadramento da homofobia e da transfobia no conceito de racismo**

Essa injustificável negação da realidade social e dos aspectos inerentes à personalidade humana objetiva impedir, arbitrariamente, que os membros da comunidade LGBT possam reivindicar, legitimamente, o direito de exercerem, com plena liberdade, as prerrogativas inerentes à sua condição pessoal e de pretenderem acesso à proteção estatal no âmbito

de suas relações socioafetivas. O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, veio a assinalar que o direito à autodeterminação do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual, enquanto expressões do princípio do livre desenvolvimento da personalidade — longe de caracterizar mera ‘ideologia de gênero’ ou teoria sobre a sexualidade humana — qualifica-se como poder fundamental de qualquer pessoa, inclusive daquela que compõe o grupo LGBT, poder jurídico esse impregnado de natureza constitucional, e que traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos, tal como esta Corte já o fez quando do julgamento da união civil homoafetiva (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, das quais foi Relator o Ministro AYRES BRITTO) e, também, no exame da controvérsia referente à alteração do prenome da pessoa transgênero, com redesignação do gênero por ela própria autopercebido, independentemente de cirurgia de transgenitalização (ADI 4.275/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN) [...] É importante não desconhecer [...] que esse mesmo entendimento veio a ser acolhido em procedimento consultivo instaurado por iniciativa da República da Costa Rica (Parecer Consultivo OC-24/2017), em cujo âmbito a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar as cláusulas do Pacto de São José da Costa Rica, formalmente incorporado ao ordenamento positivo brasileiro (Decreto nº 678/1992), reafirmou, na linha de diversos outros instrumentos convencionais adotados no âmbito do sistema global de direitos humanos, a essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa humana e a indispensabilidade do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e ao desenvolvimento livre, digno e pleno das diversas expressões de gênero e da sexualidade, vindo a assentar, sobre tais aspectos, as seguintes conclusões: ‘a) O direito à identidade deriva do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade e do direito à vida privada [...]; b) O direito à identidade foi reconhecido por este Tribunal como um direito protegido pela Convenção Americana (supra, par. 90); c) O direito à identidade inclui, por sua vez, outros direitos, de acordo com as pessoas e as circunstâncias de cada caso, embora esteja intimamente relacionado com a dignidade humana, o direito à vida e o princípio da autonomia da pessoa (artigos 7 e 11 da Convenção Americana) [...]; d) O reconhecimento da afirmação

da identidade sexual e de gênero como uma manifestação da autonomia pessoal é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas que se encontra protegido pela Convenção Americana em seus artigos 7 e 11.2 [...]; e) A identidade de gênero e sexual está ligada ao conceito de liberdade, ao direito à vida privada e à possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, segundo suas próprias convicções [...]; f) A identidade de gênero foi definida neste parecer como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa sente, e pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento (supra, par. 94); g) O sexo, o gênero, bem como as identidades, funções e atributos socialmente construídos a partir das diferenças biológicas derivadas do sexo atribuído no momento do nascimento, longe de constituir componentes objetivos e imutáveis que individualizam a pessoa, por ser um fato de natureza física ou biológica, acabam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detém e descansam em uma construção da identidade de gênero autopercebida, relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada [...]. h) O direito à identidade possui também um valor instrumental para o exercício de determinados direitos [...]; i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero, incluindo a proteção contra a violência, a tortura, os maus-tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à moradia, ao acesso à seguridade social, bem como o direito à liberdade de expressão e associação [...], e j) O Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas [...].” [STF. ADO 26, rel. min. Celso de Mello, j. 13.6.2019, P, DJE de 6-10-2020.]

No mesmo sentido: STF. MI 4.733, rel. min. Edson Fachin, j. 13.6.2019, P, DJE de 29-9-2020.

Vide: Corte IDH. Identidade de gênero e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Opinião Consultiva OC 24/2017, de 24-11-17.

RELAÇÃO ENTRE LIBERDADE PESSOAL E VIDA PRIVADA

- **Docente de religião católica: orientação sexual e revogação de certificado de idoneidade**

Art. 7

58. Por outro lado, a Corte especificou que a proteção do direito à vida privada não se limita ao direito à privacidade, pois abrange uma série de fatores relacionados com a dignidade da pessoa, incluindo, por exemplo, a capacidade de desenvolver sua própria personalidade, aspirações, determinar sua identidade e definir seus relacionamentos pessoais. O conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, ao desenvolvimento pessoal e o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior. A efetividade do exercício do direito à vida privada é decisiva para a possibilidade de exercício da autonomia pessoal sobre o curso futuro dos acontecimentos relevantes para a qualidade de vida da pessoa. Da mesma forma, a vida privada inclui a forma como a pessoa se vê e como decide projetar-se para os outros, sendo esta condição essencial para o livre desenvolvimento da personalidade [...]. 59. Ora, um aspecto central do reconhecimento da dignidade é a possibilidade de cada ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, segundo as suas próprias opções e convicções [...]. Neste quadro, desempenha um papel fundamental o princípio da autonomia da pessoa, que proíbe qualquer ação do Estado que vise explorar a pessoa, ou seja, que a transforme em meio para outros fins que não as escolhas sobre a sua própria vida, o seu corpo e o pleno desenvolvimento de sua personalidade, dentro dos limites impostos pela Convenção. Desta forma, de acordo com o princípio do livre desenvolvimento da personalidade ou autonomia pessoal, cada pessoa é livre e autônoma para seguir um modelo de vida de acordo com seus valores, crenças, convicções e interesses [...]. 60. Por outro lado, e nesta ordem de ideias, esta Corte interpretou amplamente o artigo 7.1 da Convenção Americana ao afirmar que inclui um conceito de liberdade em sentido amplo, que é entendido como a capacidade de fazer e não fazer tudo o que é legal-

mente permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa de organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social conforme suas próprias opções e convicções [...]. A liberdade, definida assim, é um direito humano básico, próprio dos atributos da pessoa, que se projeta em toda a Convenção Americana [...]. 64. Em relação à orientação sexual e à identidade sexual, esta Corte reitera que os conceitos de orientação sexual e identidade sexual estão vinculados ao conceito de liberdade e à possibilidade de cada ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência de acordo com suas próprias convicções, bem como o direito à proteção da vida privada. Assim, em matéria de orientação sexual e identidade sexual, este Tribunal estabeleceu que a vida afetiva com o cônjuge ou companheiro permanente, dentro da qual, logicamente, se encontram as relações sexuais, é um dos principais aspectos dessa esfera ou círculo de privacidade [...], que também é influenciada pela orientação sexual da pessoa, que dependerá de como ela se identifica [...]. 133. Quanto ao direito à vida privada, reconhecido pelo artigo 11.2 da Convenção, foi mencionado que a proteção desse direito não se limita ao direito à privacidade, pois abrange uma série de fatores relacionados à dignidade da pessoa, incluindo, por exemplo, a capacidade de desenvolver sua própria personalidade, aspirações, determinar sua identidade e definir seus relacionamentos pessoais. Por sua vez, indicou-se que um aspecto central do reconhecimento da dignidade é a possibilidade de cada ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias opções e convicções. Este direito foi reconhecido por este Tribunal, interpretando o artigo 7.1 de forma ampla, e em estreita relação com o artigo 11, afirmando que inclui um conceito de liberdade em sentido amplo [...]. 134. Para esta Corte, os direitos à liberdade pessoal e à vida privada de Sandra Pavez Pavez foram afetados de diferentes maneiras. Em primeiro lugar, porque a cassação do atestado de idoneidade se deu justamente pela orientação sexual de Sandra Pavez Pavez [...]. Neste ponto vale lembrar que a orientação sexual e identidade sexual das pessoas estão ligadas ao conceito de liberdade e à possibilidade de cada ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias

que dão sentido à sua existência, segundo suas próprias convicções, bem como o direito à proteção da vida privada [...]. A esfera íntima de Sandra Pavez Pavez relacionada à sua orientação sexual foi exposta na mesma decisão que revogou o certificado de idoneidade pelo Vicariato de San Bernardo [...]. 135. Em segundo lugar, sua vida sexual também foi objeto de ingerência do Vicariato, que a teria instado a encerrar sua vida homossexual, e sua permanência no cargo de professora de religião católica estava condicionada à submissão a terapias médicas ou psiquiátricas [...], conduta que, do ponto de vista de um estado de direito onde os direitos humanos devem ser respeitados, é totalmente inaceitável. [Corte IDH. **Caso Pavez Pavez vs. Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 4-2-2022. Tradução livre.]

Vide: Corte IDH. **Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-11-2012.

- **Esterilização involuntária: obtenção do consentimento para qualquer ato médico e liberdade pessoal**

165. A Corte estabeleceu que os Estados têm a obrigação internacional de garantir que o consentimento informado seja obtido antes de realizar qualquer ato médico, uma vez que se baseia principalmente na autonomia e autodeterminação do indivíduo, como parte do respeito e garantia da dignidade de todo ser humano, bem como no seu direito à liberdade. Por sua vez, isso implica o indivíduo poder agir de acordo com seus desejos, sua capacidade de considerar opções, tomar decisões e agir sem a interferência arbitrária de terceiros, tudo dentro dos limites estabelecidos na Convenção. Isso ocorre, principalmente nos casos de esterilização feminina, pois esses procedimentos implicam a perda permanente da capacidade reprodutiva. A necessidade de obtenção do consentimento informado não só protege o direito do paciente de decidir livremente se quer ou não realizar um ato médico, mas também é um mecanismo fundamental para conseguir o respeito e a garantia de diversos direitos humanos reconhecidos pela Convenção Americana, como o direito à dignidade, à liberdade pessoal, à integridade pessoal,

incluindo cuidados de saúde e, em particular, saúde sexual e reprodutiva, vida privada e familiar e constituição de família. Da mesma forma, a Corte considera que a garantia do livre consentimento e o direito à autonomia na escolha dos métodos anticoncepcionais permitem prevenir efetivamente, especialmente para as mulheres, a prática de esterilizações involuntárias, não consensuais, coercitivas ou forçadas. 166. A Corte considera que o conceito de consentimento informado consiste em uma decisão prévia de aceitar ou submeter-se a um ato médico em sentido amplo, obtida livremente, ou seja, sem ameaças ou coação, indução ou incentivos impróprios, manifestada após a obtenção de informações completas, confiáveis, compreensíveis e acessíveis, desde que essas informações tenham sido verdadeiramente compreendidas, o que permitirá o pleno consentimento do indivíduo. [...] 235. Com base em tudo o que foi exposto, a Corte conclui que a Sra. I.V. não manifestou seu consentimento prévio, livre, pleno e informado para se submeter à cirurgia de ligadura das trompas de Falópio tipo Pomeroy e, portanto, foi submetida à esterilização não consensual ou involuntária. A Corte considera que o fato de que a Sra. I.V. ter sido submetida a um procedimento de laqueadura sem lhe fornecer informações completas, adequadas e compreensíveis, a fim de obter seu livre consentimento, significou uma afetação e intrusão em seu corpo, a perda permanente de sua capacidade reprodutiva e a violação de sua autonomia nas decisões relacionadas à sua saúde sexual e reprodutiva. Por sua vez, a esterilização sem consentimento gerou a anulação de seu direito de decidir livremente sobre seu corpo e capacidade reprodutiva, perdendo completamente o controle sobre suas decisões mais pessoais e íntimas. Da mesma forma, violou valores e aspectos essenciais da dignidade e vida privada da Sra. I.V. quanto ao número de filhos ou filhas que desejava ter e ao espaçamento entre eles e a constituir família pelo direito à procriação. Por todos esses motivos, o Estado violou os direitos à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à dignidade, à vida privada e familiar, ao acesso à informação e à constituição de família, em detrimento da Sra. I.V. [Corte IDH. **Caso I.V. vs. Bolívia**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30-11-2016. Tradução livre.]

- **Obtenção do consentimento por representação para qualquer ato médico e liberdade pessoal**

Art. 7

166. Ante o exposto, a Corte entende que o consentimento por representação ou substituição é atualizado quando se verifica que o paciente, em razão de sua condição especial, não está em condições de tomar uma decisão em relação à sua saúde, razão pela qual este poder é concedido ao seu representante, autoridade, pessoa, familiar ou instituição designada por lei. No entanto, qualquer limitação na tomada de decisão tem que levar em conta a evolução das capacidades do paciente e sua condição atual para dar o consentimento [...]. Este Tribunal considera que, entre os elementos necessários para outorgar o consentimento informado de seus familiares, também está o requisito de ser prévio, livre, pleno e informado [...], a menos que se trate de uma situação de emergência, na qual a Corte já reconheceu que existem exceções em que é possível que o profissional de saúde aja sem a exigência de consentimento, nos casos em que o consentimento não pode ser fornecido pela pessoa e o tratamento médico ou cirúrgico imediato é necessário, urgente, ante o risco à vida ou à saúde do paciente [...]. 167. A esse respeito, nem os representantes nem o Estado contestaram que a referida intervenção cirúrgica realizada no senhor Poblete Vilches (durante sua primeira internação) foi um procedimento de emergência. Também não há evidências que provem o contrário. Em virtude do exposto, a Corte considera que o referido procedimento de punção não correspondia a um procedimento de urgência, portanto, de acordo com o regimento interno [...], cabia obter o consentimento dos familiares, o que não foi feito no caso concreto. 169. Da mesma forma, este Tribunal interpretou, de forma ampla, o conceito de liberdade consagrado no artigo 7 da Convenção, definindo-o como a capacidade de fazer e não fazer tudo o que é lícitamente permitido, permitindo a cada pessoa organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social conforme suas próprias opções e convicções. A Corte reitera que este direito está relacionado com a liberdade de decisão em matéria de saúde. 170. A esse respeito, a Corte reconheceu a relação entre a obtenção do consentimento informado antes de realizar qualquer ato médico e a autonomia e autodeterminação do

indivíduo, como parte do respeito e garantia da dignidade de todo ser humano, bem como seu direito à liberdade. Portanto, a Corte entende que a necessidade de obter o consentimento informado não só protege o direito dos pacientes de decidirem livremente sobre a realização ou não de um ato médico, mas também é um mecanismo fundamental para alcançar o respeito e a garantia dos diversos direitos humanos reconhecidos pela Convenção Americana, como dignidade, liberdade pessoal, integridade pessoal, incluindo cuidados de saúde, vida privada e familiar [...]. Assim, a existência de uma ligação entre o consentimento informado com a autonomia pessoal e a liberdade de decisão sobre o próprio corpo e saúde exige, por um lado, que o Estado assegure e respeite as decisões e escolhas feitas de forma livre e responsável e, por outro, que o acesso à informação relevante seja garantido para que as pessoas possam tomar decisões informadas sobre o curso de ação sobre seu corpo e saúde de acordo com seu próprio plano de existência [...].

170. A esse respeito, a Corte reconheceu a relação entre a obtenção do consentimento informado antes de realizar qualquer ato médico e a autonomia e autodeterminação do indivíduo, como parte do respeito e garantia da dignidade de todo ser humano, bem como seu direito à liberdade. Portanto, a Corte entende que a necessidade de obter o consentimento informado não só protege o direito dos pacientes de decidirem livremente sobre a realização ou não de um ato médico, mas também é um mecanismo fundamental para alcançar o respeito e a garantia dos diversos direitos humanos reconhecidos pela Convenção Americana, como dignidade, liberdade pessoal, integridade pessoal, incluindo cuidados de saúde, vida privada e familiar [...]. Assim, a existência de uma ligação entre o consentimento informado com a autonomia pessoal e a liberdade de decisão sobre o próprio corpo e saúde exige, por um lado, que o Estado assegure e respeite as decisões e escolhas feitas de forma livre e responsável e, por outro, que o acesso à informação relevante seja garantido para que as pessoas possam tomar decisões informadas sobre o curso de ação sobre seu corpo e saúde, de acordo com seu próprio plano de existência [...].

171. A Corte observa que o direito de obter o consentimento informado dos familiares já foi reconhecido pelo Estado [...]. Neste sentido, tendo em conta o disposto na legislação interna e

dato que o senhor Poblete Vilches não pôde decidir sobre sua saúde, esta autoridade deve ser outorgada a seus familiares. 172. Assim, levando em conta a relação entre o consentimento informado em matéria de saúde [...] e os artigos 7 e 11 da Convenção Americana, a Corte considera que, no presente caso, o direito dos familiares de decidir livremente sobre a saúde e seu direito de ter as informações necessárias para tomar essas decisões, bem como seu direito à dignidade, desde os componentes da vida privada e familiar, foram afetados por não terem a possibilidade de dar seu consentimento informado. [Corte IDH. **Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 8-3-2018. Tradução livre.]

7.2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

GARANTIAS CONTRA A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE FÍSICA

- **Reserva de lei e princípio da tipicidade**

[...] aplica-se, *in casu*, a restrição prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH ou Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), cujo art. 7, item 2, prevê que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”. Ausentes os requisitos da custódia cautelar, não se pode impor a condução coercitiva como medida alternativa à prisão preventiva, porquanto a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade são garantias fundamentais abrigadas no art. 5º, LIV, cujo enunciado é de clareza solar: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem

o devido processo legal”. [STF. **ADPF 444**, rel. min. Gilmar Mendes, voto do min. Ricardo Lewandowski, j. 14-6-2018, P, DJE de 22-6-2018.]

145. O numeral 2 do art. 7 reconhece a garantia primária do direito à liberdade física: a reserva de lei, segundo a qual unicamente através de uma lei pode-se afetar o direito à liberdade pessoal. A respeito desse tema, esta Corte tem estabelecido que a reserva de lei deve forçosamente ser acompanhada do princípio de tipicidade, que obriga aos Estados estabelecer, tão concretamente seja possível e “de antemão”, as “causas” e “condições” da privação da liberdade física. Desse modo, o art. 7.2 da Convenção remete automaticamente à normativa interna. Por isso, qualquer requisito estabelecido na lei nacional que não seja cumprido ao privar uma pessoa de sua liberdade, resultará em que tal privação seja ilegal e contrária à Convenção Americana. [Corte IDH. **Caso Usón Ramírez vs. Venezuela**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 20-11-2009.]

55. O artigo 7.2 da Convenção estabelece que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”. 56. Esse parágrafo do artigo 7 reconhece a garantia primária do direito à liberdade física: a reserva de lei, segundo a qual o direito à liberdade pessoal só pode ser afetado por meio de uma lei. Vale reiterar que para esta Corte “lei” é uma norma jurídica de caráter geral, cingida ao bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas Constituições dos Estados-Partes para a formação das leis. 57. A reserva de lei deve forçosamente ser acompanhada pelo princípio da tipicidade, que obriga os Estados a estabelecer, tão concretamente quanto seja possível e “com anterioridade”, as “causas” e “condições” da privação da liberdade física. Desse modo, o artigo 7.2 da Convenção refere-se automaticamente à legislação interna. Por isso, qualquer requisito estabelecido na lei nacional que não seja cumprido ao privar uma pessoa de liberdade implicará que tal privação seja ilegal e contrária à Convenção Americana. [Corte

IDH. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2007.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Yvon Neptune vs. Haiti**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 6-5-2008.

Vide: Corte IDH. **OC-6/1986**. Opinião consultiva de 9-5-1986. A expressão “leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

- **Previsão legal incompatível com os direitos fundamentais**

46. O artigo 7 da Convenção estabelece o seguinte: [...] 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente estabelecidas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis promulgadas de acordo com elas. 3. Ninguém pode ser sujeito à detenção ou prisão arbitrária. [...] 47. Este dispositivo contém como garantias específicas, descritas nos incisos 2 e 3, a proibição de detenções ou prisões ilegais ou arbitrárias, respectivamente. De acordo com o primeiro desses pressupostos normativos, ninguém pode ser privado da liberdade pessoal senão pelas causas, casos ou circunstâncias expressamente tipificadas em lei (aspecto material), mas, além disso, sujeitar-se estritamente aos procedimentos por ela definidos objetivamente (aspecto formal). No segundo caso, existe a condição segundo a qual ninguém pode ser sujeito à detenção ou prisão por causas e métodos que – mesmo qualificados como legais – possam ser considerados incompatíveis com o respeito dos direitos fundamentais da pessoa, por serem, entre outras coisas, irracionais, imprevisíveis ou falta de proporcionalidade. [Corte IDH. **Caso Gangaram Panday vs. Suriname**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 21-1-1994. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Hernández vs. Argentina**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 22-11-2019; Corte IDH. **Caso Romero Feris vs. Argentina**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 15-10-2019; Corte IDH. **Caso Pollo Rivera e outros vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 21-10-2016.

OFENSA ÀS GARANTIAS DO ARTIGO 7.2

- **Ilegalidade presumida da detenção diante da omissão do Estado**

47. Esta disposição contém como garantias específicas, descritas nos parágrafos 2 e 3, a proibição de detenções ou prisões ilegais ou arbitrarias, respectivamente. [...] 48. No caso *sub judice*, é impossível para a Corte determinar se Asok Gangaram Panday foi ou não detido por “causas e nas condições previamente estabelecidas” pela Constituição política do referido Estado ou por leis promulgadas em conformidade com ela, ou se a referida Constituição ou leis fossem compatíveis com os ideais de razoabilidade, previsibilidade e proporcionalidade, que devem caracterizar toda detenção ou retenção legal para que não sejam consideradas arbitrarias. [...] 50. Resulta dos autos que o Governo foi solicitado, por resolução do Presidente de 10 de julho de 1992, a fornecer os textos oficiais da Constituição e das leis substantivas e processuais penais que regiam seu território para casos de prisões na data da prisão de Asok Gangaram Panday. O Governo não juntou tais textos aos autos nem deu qualquer explicação para a sua omissão. 51. Com base no exposto, a Corte infere da atitude do Governo que o Sr. Asok Gangaram Panday foi detido ilegalmente por membros da Polícia Militar do Suriname quando chegou da Holanda no aeroporto de Zanderije, não sendo necessário, portanto, que a Corte se pronuncie sobre a alegada arbitrariedade de tal medida e sobre não ter sido apresentado de forma diligente perante a autoridade judiciária competente. [Corte IDH. **Caso Gangaram Panday vs. Suriname**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 21-1-1994. Tradução livre.]

Art. 7

PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE

- **Prisão cautelar e presunção de inocência**

[...] mostra-se viável, consoante reconhece esta Suprema Corte, a possibilidade de convivência entre os diversos instrumentos de tutela cautelar penal postos à disposição do Poder Público, de um lado, e a

presunção de inocência proclamada pela Constituição da República (CF, art. 5º, LVII) e pelo Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, nº 2), de outro. Para que se legitime a prisão cautelar, no entanto, impõe-se que os órgãos judiciais competentes tenham presente a advertência do Supremo Tribunal Federal no sentido da estrita observância de determinadas exigências (RTJ 134/798), em especial a demonstração – apoiada em decisão impregnada de fundamentação substancial – que evidencie a imprescindibilidade, em cada situação ocorrente, da adoção da medida constritiva do *status libertatis* do indiciado/réu, sob pena de caracterização de ilegalidade ou de abuso de poder na decretação da prisão meramente processual (RTJ 180/262-264, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 80.892/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). [STF. HC 112.071, rel. min. Celso de Mello, j. 9-4-2013, 2ª T, DJE de 6-9-2013.]

No mesmo sentido: STF. RHC 108.588, rel. min. Celso de Mello, j. 13-9-2011, 2ª T, DJE de 9-8-2013; STF. HC 104.866, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-3-2011, 2ª T, DJE de 1º-8-2013; STF. HC 94.681, rel. min. Celso de Mello, j. 26-10-2010, DJE de 8-3-2012; STF. HC 102.368, rel. min. Celso de Mello, j. 26-6-2010, 2ª T, DJE de 17-9-2010; STF. HC 99.914, rel. min. Ellen Gracie, red. do ac. min. Celso de Mello, j. 23-3-2010, 2ª T, DJE de 30-4-2010; STF. HC 99.891, rel. min. Celso de Mello, j. 15-9-2009, 2ª T, DJE de 18-12-2009; STF. HC 96.059, rel. min. Celso de Mello, j. 10-2-2009, 2ª T, DJE de 3-4-2009; STF. HC 94.296, rel. min. Celso de Mello, j. 10-6-2008, 2ª T, DJE de 19-10-2012; STF. HC 93.266, rel. min. Celso de Mello, j. 3-6-2008, 2ª T, DJE de 27-9-2012; STF. HC 94.476, rel. min. Celso de Mello, j. 3-6-2008, 2ª T, DJE de 12-2-2014; STF. HC 92.966, rel. min. Celso de Mello, j. 8-4-2008, 2ª T, DJE de 3-2-2014; STF. HC 91.830 MC-AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-4-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2014; STF. HC 92.967, rel. min. Celso de Mello, j. 18-12-2007, 2ª T, DJE de 11-4-2008; STF. HC 90.608, rel. min. Celso de Mello, j. 13-11-2007, 2ª T, DJE de 5-6-2013; STF. HC 90.753, rel. min. Celso de Mello, j. 5-6-2007, 2ª T, DJ de 23-11-2007; STF. HC 89.754, rel. min. Celso de Mello, j. 13-2-2007, 2ª T, DJ de 27-4-2007; STF. HC 85.249, rel. min. Celso de Mello, j. 22-3-2005, 2ª T, DJ de 15-12-2006; STF. HC 83.429, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-2-2005, 2ª T, DJE de 18-3-2014; STF. HC 79.376, rel. min. Celso de

Mello, j. 24-9-2002, 2ª T, DJ de 22-10-2004; STF. HC 73.295, rel. min. Celso de Mello, j. 6-2-1996, 2ª T, DJ de 27-4-2007.

Vide: STF. HC 84.078, rel. min. Eros Grau, j. 5-2-2009, P, DJE de 26-2-2010.

7.3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

Art. 7

HIPÓTESES DE PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE

- **Inconstitucionalidade da “apreensão para averiguação” de menores de rua**

[E]m termos estritamente jurídicos, tem-se que, a partir da adoção do paradigma que garante aos jovens a condição de sujeitos de direitos, é dever do Estado respeitar sua liberdade, nos termos do art. 5º, LIV e LXI, da Constituição. A leitura sistemática da Carta Magna não dá espaço a dúvidas: ainda que o ECA fosse declarado inconstitucional em sua totalidade, não se toleraria a prisão para averiguação ou perambulação dos jovens. A este argumento, acrescente-se que o Pacto de São José da Costa Rica proíbe a detenção e o encarceramento arbitrários, nos termos do art. 7, item 3, do referido diploma. [STF. ADI 3.446, rel. min. Gilmar Mendes, voto do min. Ricardo Lewandowski, j. 8-8-2019, P, DJE de 31-7-2020.]

- **Desaparecimento forçado**

149. O Estado, por sua vez, reconheceu sua responsabilidade internacional pela violação dos direitos reconhecidos nos artigos 5 e 7 da Convenção Americana, em detrimento do senhor Radilla-Pacheco [...]. A esse respeito, reconheceu que o senhor Radilla-Pacheco foi privado de liberdade de forma ilegal e arbitrária por um funcionário público. O Estado também indicou que é razoável presumir sua morte [...]. Além

disso, indicou que, de acordo com o estabelecido por este Tribunal em suas decisões, quando “[a]legar o desaparecimento da vítima, não é cabível a condenação por violação do direito à personalidade jurídica, uma vez que o referido direito tem conteúdo jurídico próprio.” [...] 152. Assim, o desaparecimento do senhor Radilla-Pacheco não só é, segundo todos os relatos, contrário ao direito à liberdade pessoal, mas também faz parte de um padrão de detenções e prisões em massa e desaparecimentos forçados [...], o que permite concluir que o colocou em grave situação de risco de sofrer danos irreparáveis à sua integridade pessoal e à sua vida. [\[Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-11-2009. Tradução livre.\]](#)

109. Em primeiro lugar, em relação ao artigo 7 da Convenção, a Comissão e as representantes alegaram a violação dessa norma com base na análise de cada um de seus parágrafos. A Corte observa que a privação de liberdade daquelas pessoas, por parte de agentes militares e do Grupo Colina, foi um passo prévio à consecução do que definitivamente lhes havia sido ordenado: sua execução ou desaparecimento. As circunstâncias da privação de liberdade deixaram claro que não era uma situação de flagrante, pois foi reconhecido que as supostas vítimas se encontravam em suas residências quando os efetivos militares irromperam violentamente, durante a madrugada, e os levaram com base numa lista. A utilização de listas em que apareciam os nomes de pessoas a serem detidas foi definida pela CVR como parte do *modus operandi* de agentes estatais para selecionar as vítimas de execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados. Contrariamente à análise proposta pela Comissão e pelas representantes, é desnecessário determinar se as supostas vítimas foram informadas dos motivos de sua detenção; se esta ocorreu à margem dos motivos e condições estabelecidos na legislação peruana vigente na época dos fatos; e muito menos definir se o ato de detenção foi destituído de razão, imprevisível ou carente de proporcionalidade. Evidentemente a detenção dessas pessoas constituiu um ato de abuso de poder, não foi ordenada por autoridade competente e não tinha por objetivo colocá-las à disposição de um juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para que decidisse sobre a legalidade da detenção, mas executá-las ou forçar seus desaparecimentos. Sua detenção teve, por-

tanto, caráter manifestamente ilegal e arbitrário, contrário aos termos dos artigos 7.1 e 7.2 da Convenção. [Corte IDH. **Caso La Cantuta vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 29-11-2006.]

195. De todo o exposto, conclui-se que os fatos provados neste julgamento demonstram que o Estado de Honduras é responsável pelo desaparecimento involuntário de Saúl Godínez Cruz. Consequentemente, as violações dos artigos 7, 5 e 4 da Convenção são imputáveis a Honduras. 196. Como resultado do desaparecimento, Saúl Godínez foi vítima de uma detenção arbitrária, que o privou de sua liberdade física sem fundamentação legal e sem ser levado a um juiz ou tribunal competente que conhecesse sua detenção. Tudo isso viola diretamente o direito à liberdade pessoal reconhecido no artigo 7 da Convenção [...] e constitui uma violação, imputável a Honduras, dos deveres de respeitá-la e garanti-la, consagrados no artigo 1.1 da mesma Convenção. [Corte IDH. **Caso Godínez Cruz vs. Honduras**. Mérito. Sentença de 20-1-1989. Tradução livre.]

155. O desaparecimento forçado de seres humanos constitui uma violação múltipla e contínua de numerosos direitos reconhecidos na Convenção e que os Estados-Partes estão obrigados a respeitar e garantir. O sequestro de uma pessoa é um caso de privação arbitrária de liberdade que também viola o direito do detido de ser apresentado prontamente a um juiz e de interpor os recursos cabíveis para controlar a legalidade de sua prisão, o que viola o artigo 7 da Convenção, que reconhece o direito à liberdade pessoal [...]. 186. Devido ao desaparecimento, Manfredo Velásquez foi vítima de uma detenção arbitrária, que o privou de sua liberdade física sem fundamentação legal e sem ser apresentado a um juiz ou tribunal competente que conhecesse de sua prisão. Tudo isso [...] viola diretamente o direito à liberdade pessoal reconhecido no artigo 7º da Convenção [...] e constitui uma violação, imputável a Honduras, dos deveres de respeitá-la e garanti-la, consagrados no artigo 1.1 da mesma Convenção. [Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Mérito. Sentença de 29-7-1988. Tradução livre.]

• Detenção por suposta ameaça à segurança pública

Art. 7

402. Além disso, esta Corte destaca que a proibição da privação arbitrária da liberdade é um direito inderrogável, não suscetível à suspensão e aplicável inclusive nos casos em que a detenção seja realizada por motivos de segurança pública [...]. O Comitê Internacional da Cruz Vermelha determinou que a proibição da privação arbitrária da liberdade é uma regra do direito humanitário internacional consuetudinário, aplicável tanto em conflitos armados internacionais quanto não internacionais [...]. Portanto, de acordo com “as obrigações [...] impostas pelo direito internacional” [...], a proibição de detenção ou prisão arbitrária também não é suscetível de suspensão durante um conflito armado interno. [...]

404. Em primeiro lugar, a Corte considera pertinente recordar que o artigo 7 da Convenção Americana protege contra qualquer intromissão ilegal ou arbitrária na liberdade física [...]. Mesmo quando uma detenção é realizada para fins de identificação ou por motivos de segurança e ordem pública, ela deve cumprir todas as garantias do artigo 7 da Convenção [...]. 408. Por outro lado, a Corte recorda que o artigo 7.3 da Convenção Americana estabelece que “ninguém pode ser submetido a detenção ou prisão arbitrária”, portanto uma restrição de liberdade que não se baseia em uma causa ou razão específica pode ser arbitrário e, assim, violar o artigo 7.3 da Convenção [...]. Embora a Corte tenha indicado que a arbitrariedade a que se refere o artigo 7.3 da Convenção tem seu próprio conteúdo jurídico, cuja análise só é necessária quando se trata de detenções consideradas legais [...], esta Corte observa que, neste caso, além das razões pelas quais a detenção do senhor Quijano foi declarada ilegal, as circunstâncias de sua privação de liberdade revelam a ausência de razões razoáveis ou previsíveis para justificá-la. Não foi alegado, muito menos provado, que houvesse alguma razão específica e objetiva para suspeitar da possível participação do senhor Quijano nos fatos. Segundo o senhor Quijano, a classificação como suspeito se deveu ao fato de que “o sargento [...] não gostou de que ele ficasse sem gravata [...]” ou por uma crítica que ele havia escrito em sua revista sobre uma sentença condenando o Estado por violações de direitos humanos [...]. 409. Da mesma forma, Yolanda Santodomingo Albericci e Eduardo Matson

Ospino foram privados de sua liberdade porque “se presumia que eles haviam participado da tomada do Palácio da Justiça” [...]. Porém, não houve registro de sua admissão na ata da guarda do Batalhão Charry Solano [...], para onde foram posteriormente transferidos [...]. Segundo depoimentos da Sra. Santodomingo Albericci, eles foram classificados como “especiais” ou suspeitos, quando saíram do Palácio da Justiça, separando-os de “todos os bem-vestidos, [...] que tinham que trabalhar lá” [...]. A Corte observa que a determinação dos considerados “suspeitos” assentou na apreciação pessoal e subjetiva dos militares, sem apresentar elementos objetivos e específicos que justificassem tal apreciação [...]. **[Corte IDH. Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos do Palácio da Justiça) vs. Colômbia. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 14-11-2014. Tradução livre.]**

No mesmo sentido: **Corte IDH. Caso Yarce e outras vs. Colômbia. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 22-11-2016.**

112. A Comissão argumentou que a detenção do senhor Vélez Loor foi arbitrária, desde a emissão do mandado de prisão em 12 de novembro de 2002 até sua deportação em 10 de setembro de 2003. Na opinião da Comissão, a detenção só é permissível com base em uma avaliação individualizada e para atender a um interesse legítimo do Estado – como garantir o comparecimento de uma pessoa no processo de determinação da situação migratória e eventual deportação. Da mesma forma, sustentou que o argumento da “ameaça à segurança pública” só poderia ser fundamentado em “circunstâncias excepcionais nas quais existissem indícios graves do risco que a pessoa representa”. A esse respeito, a Comissão indicou que, na decisão de 12 de novembro de 2002, não há referência à situação individualizada da [suposta] vítima, aos motivos pelos quais a detenção era oportuna, a outra medida menos lesiva nem às razões pelas quais o senhor Jesús Vélez Loor impôs um risco à segurança ou à ordem pública[, pelo que] a detenção foi arbitrária. A única razão para isso era indicar que o Sr. Vélez Loor era “ilegal” por razões de “segurança e ordem pública” [...]. 117. Da mesma forma, não resulta das normas invocadas nem da resolução adotada que tenha sido fixado

um prazo de vigência da referida medida. Sobre este aspecto, o Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária estabeleceu que, no caso de detenção de uma pessoa devido à sua situação migratória irregular, [...] a lei deve prever um prazo máximo de retenção que em nenhum caso pode ser indefinido ou ter uma duração excessiva [...]. Em suma, não havia limites claros aos poderes de atuação da autoridade administrativa, o que favorece o prolongamento indevido da detenção de migrantes, transformando-a em medida punitiva. 118. Portanto, a Corte considera que o mandado de prisão expedido no presente caso foi arbitrário, pois não continha os fundamentos que comprovassem e motivassem sua necessidade, com base nos fatos do caso e nas circunstâncias particulares do senhor Vélez Loor. Ao contrário, parece que o mandado de prisão de migrantes em situação irregular decorreu automaticamente após a apreensão inicial, sem considerar as circunstâncias individualizadas [...]. Portanto, a Corte considera que o Estado violou o artigo 7.3 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento do senhor Vélez Loor, ao privá-lo de sua liberdade por um período de 25 dias com base em uma ordem arbitrária. [Corte IDH. **Caso Vélez Loor vs. Panamá. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-11-2010. Tradução livre.**]

89. Da mesma forma, a Corte observa que, no presente caso, a detenção das supostas vítimas foi arbitrária. A referida detenção foi agravada pelo fato de os detidos terem sido torturados e, por fim, mortos, no âmbito da chamada “luta antiterrorista”, devido aos atos criminosos ocorridos nesse dia e nos quais os irmãos Gómez Paquiyauri não estiveram envolvidos [...]. Por outro lado, quando as supostas vítimas foram detidas, torturadas e executadas extrajudicialmente, estavam desarmadas, indefesas e menores de idade, o que constitui um elemento adicional à gravidade da detenção arbitrária neste caso. 90. Com base no exposto, a detenção arbitrária de Rafael Samuel e Emilio Moisés Gómez Paquiyauri constitui uma violação do artigo 7.3 da Convenção Americana. [Corte IDH. **Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru. Mérito, reparações e custas. Sentença de 8-7-2004. Tradução livre.**]

80. Em relação ao artigo 7.3 da Convenção, este Tribunal observa que as detenções do senhor Juan Humberto Sánchez fizeram parte de um

padrão de abuso de poder, que teve como objetivo interrogar, torturar e, eventualmente, executar impunemente a suposta vítima, situação que faz parte do padrão de violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado à época dos fatos do caso [...]. Como a prisão e a retenção foram arbitrárias, violou-se o artigo 7.3 da Convenção em detrimento do senhor Juan Humberto Sánchez. [Corte IDH. **Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-6-2003. Tradução livre.]

- **Detenção coletiva e programada**

348. [...] a Corte indicou que as buscas e detenções programadas e coletivas, que não se baseiam na individualização das condutas puníveis e carecem de controle judicial, são incompatíveis com o respeito a direitos fundamentais, entre outros, contrários à presunção de inocência, restringem indevidamente a liberdade pessoal e transformam as prisões preventivas em um mecanismo discriminatório, motivo pelo qual o Estado não pode realizá-las, em hipótese alguma. [...] 368. No entanto, a Corte observa que não decorre dos fatos que a privação de liberdade dos membros das famílias [...], antes de serem expulsos do território dominicano para o Haiti, tenha sido realizada de acordo com o procedimento estabelecido nas regulamentações internas. Portanto, eram ilegais, em violação do artigo 7.2 da Convenção. Da mesma forma, não foi feita com o objetivo de realizar um procedimento formal de imigração [...]. É claro que a forma como as supostas vítimas foram privadas de liberdade por agentes estatais indica que foi por discriminação racial relacionada com sua aparente pertença ao grupo de haitianos ou dominicanos de origem ou descendência haitiana [...] é manifestamente irracional e, portanto, arbitrária. Portanto, o artigo 7.3 do Tratado foi violado. Consequentemente, este Tribunal considera que as privações de liberdade foram ilegais e arbitrárias e que o Estado violou os parágrafos 2 e 3 do artigo 7 da Convenção. [Corte IDH. **Caso de Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-8-2014. Tradução livre.]

91. A detenção das vítimas do presente caso constituiu uma detenção coletiva e programada, na qual se encontravam detidas aproximadamente 128 pessoas, sem ordem de detenção e sem terem sido apreendidas em flagrante delito, e que foi realizada com o propósito declarado de evitar distúrbios durante os desfiles que seriam realizados para comemorar o Dia da Independência Nacional [...]. 92. A Corte entende que a detenção coletiva pode representar um mecanismo para garantir a segurança cidadã quando o Estado dispõe de elementos para provar que a ação de cada uma das pessoas afetadas se enquadra em uma das causas de detenção previstas em seu regulamento interno da Convenção. Ou seja, que existem elementos para individualizar e separar a conduta de cada um dos detentos e que, ao mesmo tempo, há controle por parte da autoridade judiciária. 93. Por esta razão, uma detenção massiva e programada de pessoas sem causa legal, na qual o Estado detém massivamente pessoas que a autoridade supõe possam representar um risco ou perigo para a segurança de outras pessoas, sem provas fundamentadas da prática de um crime, constitui uma detenção ilegal e arbitrária. [...] 95. A Corte, na Opinião Consultiva OC-18 sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados, estabeleceu que existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio de igualdade perante a lei e não discriminação, e que isso deve permear todas as ações do Estado [...]. Nesse sentido, o Estado não pode agir contra determinado grupo de pessoas, seja por motivos de gênero, raça, cor, idioma, religião ou convicção, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, situação econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou qualquer outra condição [...]. 96. As prisões programadas e coletivas, aquelas que não se baseiam na individualização das condutas puníveis e que carecem de controle judicial, são contrárias à presunção de inocência, restringem indevidamente a liberdade pessoal e transformam a prisão preventiva em mecanismo discriminatório, portanto o Estado não pode realizá-las, sob quaisquer circunstâncias. [...] 99. No presente caso, as vítimas foram detidas coletiva, ilegal e arbitrariamente, submetidas a tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante durante sua detenção”.

[Corte IDH. **Caso Servellón García e outros vs. Honduras. Sentença de 21-9-2006. Tradução livre.**]

A PRISÃO À LUZ DO ARTIGO 7.3

- **Requisitos gerais da prisão preventiva**

106. A Corte considera fundamental destacar que a prisão preventiva é a medida mais severa que pode ser aplicada ao acusado de um delito, razão pela qual sua aplicação deve ser excepcional, pois está limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, essenciais em uma sociedade democrática. 107. O Estado ordenou a prisão preventiva do senhor Daniel Tibi, sem que existissem provas suficientes para presumir que a suposta vítima fosse autora ou cúmplice de algum delito; nem provou a necessidade de tal medida. Portanto, este Tribunal considera que a prisão preventiva a que foi submetido o senhor Tibi foi arbitrária e constituiu uma violação do artigo 7.3 da Convenção. [Corte IDH. **Caso Tibi vs. Equador. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-9-2004. Tradução livre.**]

A regra deve ser a liberdade do réu enquanto sua responsabilidade criminal é resolvida. 68. A legitimidade da prisão preventiva não decorre apenas do fato de a lei permitir sua aplicação em determinadas hipóteses gerais. A adoção desta medida cautelar requer um julgamento de proporcionalidade entre ela, os elementos de convicção para ditar e os fatos que são investigados. Se não houver proporcionalidade, a medida será arbitrária. 69. O artigo 7.3 da Convenção estabelece a obrigação do Estado de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários para assegurar que ele não impeça o bom desenvolvimento das investigações ou se esquive da ação da justiça [...]. As características pessoais do suposto autor e a gravidade do crime de que é acusado não constituem, por si só, justificativa suficiente para a prisão preventiva. A prisão preventiva é uma medida cautelar, e não punitiva [...]. A Convenção é violada quando pessoas cuja responsabilidade criminal não foi estabelecida são privadas de liberdade por um período excessivamente longo e, portanto, desproporcional. Isso equivale a antecipar a pena [...]. 81. No presente caso, apesar de o artigo 93 da Constituição hondurenha determinar que “mesmo com um mandado de prisão, nenhuma pessoa

pode ser presa ou detida [...], desde que concedida fiança”, o artigo 433º do Código de Processo Penal apenas permitia a concessão do referido benefício em caso de crimes que “não justifiquem pena de prisão superior a cinco anos”. A pena aplicável ao tráfico ilícito de drogas, do qual era acusada a suposta vítima, era de 15 a 20 anos de prisão. Por este motivo, a privação de liberdade a que foi submetido o senhor Alfredo López Álvarez também decorreu do disposto na legislação processual penal. A referida legislação ignorou a necessidade, consagrada na Convenção Americana, de que a prisão preventiva seja justificada no caso concreto, mediante a consideração dos elementos que nela ocorrem, e que em nenhum caso deve ser determinada a aplicação de tal medida cautelar em razão do tipo de crime imputado ao indivíduo”. [Corte IDH. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 1º-2-2006, Tradução livre.]

Vide: Corte IDH. **Caso Suárez Rosero vs. Equador**. Mérito. Sentença de 12-11-1997; Corte IDH. **Caso Tibi vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-9-2004.

216. A Corte estabeleceu, em sua jurisprudência, que são arbitrárias as decisões adotadas por órgãos internos que possam afetar os direitos humanos, como o direito à liberdade pessoal, que não sejam devidamente fundamentadas [...]. No presente caso, os mandados de prisão preventiva expedidos nos dois processos penais militares, analisados nos parágrafos anteriores, não contêm fundamento legal e objetivo sobre a origem da referida medida cautelar que comprovasse e motivasse a sua necessidade, segundo os pressupostos legais e convencionais que a permitiram e os fatos do caso. Portanto, o Estado violou os artigos 7.3 e 8.2 da Convenção, em detrimento do senhor Palamara Iribarne, ao privá-lo de sua liberdade com base em ordens arbitrárias, sem observar os princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade. [Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 22-11-2005. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Norín Catrimán e outros (dirigentes, membros e ativista do povo indígena Mapuche) vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24-5-2014.

• Requisitos da prisão para fins de extradição

250. Conforme já estabelecido, os Estados têm o poder e, em alguns casos, a obrigação de facilitar a extradição de cidadãos solicitada por outro Estado por meio de processos compatíveis com a Convenção Americana [...]. Portanto, a obtenção da referida extradição pode ser um objetivo legítimo de acordo com a Convenção. Nesse sentido, nos casos relacionados com a prisão preventiva no âmbito do processo penal, a Corte indicou que a privação da liberdade do acusado não pode residir em fins preventivos-gerais ou preventivos-especiais imputáveis à pena, mas somente pode ser fundada em um fim legítimo, a saber: assegurar que o réu não impeça o andamento do processo ou se esquive da ação da justiça [...]. Da mesma forma, destacou que o perigo processual não é presumido, mas deve ser verificado caso a caso, com base em circunstâncias objetivas e determinadas do caso concreto [...]. 251. Este Tribunal considera que estes critérios também são aplicáveis às detenções para fins de extradição. Portanto, as prisões de pessoas requeridas em processos de extradição serão arbitrárias, quando as autoridades competentes ordenarem a prisão da pessoa sem verificar se, de acordo com o objetivo e determinadas circunstâncias do caso, é necessário alcançar o objetivo legítimo de tal medida, ou seja, a possibilidade de que tal pessoa impeça a realização da extradição. Tal análise deve ser realizada em cada caso particular e através de uma avaliação individualizada e motivada. 252. No presente caso, a Corte observa que o artigo 523 do Código de Processo Penal não condiciona a origem da prisão provisória à existência de algum perigo processual, mas apenas prevê a possibilidade de o detido solicitar a prisão preventiva de liberdade se ele ou ela reunir as condições processuais para essa medida [...]. No entanto, a Corte observa que o mandado de prisão de 28 de outubro de 2008 levou em conta o perigo processual [...]. Posteriormente, após o Mandado de Prisão Provisória de 28 de outubro de 2008, o representante interpôs recurso de apelação refutando que o senhor Wong Ho Wing não exercia “um emprego conhecido no país” por ser “sócio fundador e principal acionista de [uma] empresa [que] administra [...]”. Além disso, com relação ao seu endereço, indicou que “quando está no [Peru] se hospeda no referido hotel” [...]. Ao resolver o

recurso em 11 de dezembro de 2008, em relação às alegações de perigo processual, a Câmara indicou que, “em termos de perigo processual, [...] não cabe analisar a prisão preventiva para fins de extradição, mas [ao contrário] corresponde a um processo penal aberto no [Peru] por um determinado crime, o que não acontece com [Wong Ho Wing]” [...]. 253. Este Tribunal considera que, ao não avaliar o perigo processual em relação ao senhor Wong Ho Wing, foi impossível para a Câmara Mista Superior examinar se a privação de liberdade era necessária ou se havia, no caso específico do senhor Wong Ho Wing, medidas menos lesivas que garantiriam a obtenção da extradição. Portanto, a motivação da referida decisão é insuficiente para justificar a necessidade da medida privativa de liberdade. Por não ter sido devidamente motivada, a privação de liberdade do senhor Wong Ho Wing foi arbitrária a partir da referida decisão, em violação dos artigos 7.1 e 7.3 da Convenção, em relação ao 1.1 da mesma, em detrimento do senhor Wong Ho Wing. [...] 254. Por outro lado, em relação à alegação de falta de previsibilidade da detenção, esta Corte estabeleceu que a imprevisibilidade de uma privação de liberdade pode implicar sua arbitrariedade [...]. Nesse sentido, esta Corte indicou que a lei na qual se fundamenta uma privação de liberdade pessoal deve estabelecer o mais especificamente possível e “antecipadamente”, as “causas” e “condições” da privação de liberdade física [...]. O cumprimento desses requisitos visa proteger o indivíduo de prisões arbitrárias [...]. Entre as condições de privação de liberdade, a lei aplicável deve incluir critérios sobre os limites de sua duração [...]. No mesmo sentido, o perito Ben Saul apontou que uma legislação que não inclua os prazos de uma detenção pode não atender ao requisito de previsibilidade [...]. Da mesma forma, a Sétima Vara Criminal que deliberou sobre o pedido de variação da prisão provisória indicou que “a inexistência de prazo máximo expressamente estabelecido para a figura da prisão provisória para fins de extradição é incompatível com o princípio da previsibilidade”. [Corte IDH. **Caso Wong Ho Wing vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30-6-2015. Tradução livre.**]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Amrhein e outros vs. Costa Rica. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-4-2018.**

A PPE deve ser analisada caso a caso, e a ela deve ser atribuído limite temporal compatível com o princípio da proporcionalidade [...]. O Pacto de San José da Costa Rica proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana (Art. 7º, 5). [...] A prisão é medida excepcional em nosso Estado de Direito e não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos (Art. 5º, LXVI). Inexiste razão, tanto com base na CF/88, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, para que tal entendimento não seja também aplicado às PPEs. [STF. HC 91.657, rel. min. Gilmar Mendes, j. 13-9-2007, P, DJE de 14-3-2008.]

- **Prisão perpétua para menores de idade**

161. O Artigo 7.3 da Convenção estabelece que “[n]inguém pode ser submetido a detenção arbitrária ou prisão”. A Corte estabeleceu, em outras ocasiões, que ninguém pode ser sujeito a detenção ou encarceramento por causas e métodos que – ainda que qualificados como legais – possam ser considerados incompatíveis com o respeito aos direitos fundamentais da pessoa por serem, entre outras coisas, irracionais, imprevisíveis, ou falta de desproporcionalidade [...]. Da mesma forma, o artigo 37.b) da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que os Estados devem assegurar que “[n]enhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária” [...]. 162. No que se refere, em particular, às medidas ou penas privativas de liberdade, às crianças aplicam-se especialmente os seguintes princípios: 1) *ultimaratio* e máxima brevidade, que, nos termos do artigo 37.b) da Convenção sobre os Direitos da Criança, significa que “[a] retenção, prisão ou detenção de uma criança [...] deve ser usada apenas como medida de último recurso e pelo menor período de tempo” [...]; 2) delimitação temporal desde o momento da sua imposição, em particular no que se refere à primeira, pois, se a pena privativa de liberdade deve ser excepcional e o mais breve possível, isso implica que as penas privativas de liberdade de duração indeterminada ou que impliquem a privação do referido direito de forma absoluta não devem ser aplicadas a crianças; e 3) a revisão

periódica das medidas de privação de liberdade de crianças. Nesse sentido, se as circunstâncias mudaram e sua prisão não é mais necessária, é dever dos Estados liberar as crianças, mesmo quando não tenham cumprido a pena estabelecida em cada caso específico. Para tanto, os Estados devem estabelecer programas de soltura antecipada em suas legislações. [...] 163. Pelo exposto e tendo em vista o melhor interesse da criança como princípio interpretativo que visa garantir a máxima satisfação de seus direitos [...], a prisão perpétua e a prisão de menores são incompatíveis com o artigo 7.3 da Convenção Americana, por não serem sanções excepcionais, não implicam a privação da liberdade pelo menor tempo possível ou por prazo determinado desde o momento de sua imposição, nem permitem a revisão periódica da necessidade da privação da liberdade dos filhos. [Corte IDH. **Caso Mendoza e outros vs. Argentina. Exceções preliminares, mérito e reparações. Sentença de 14-5-2013. Tradução livre.**]

7.4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

MOTIVO DA DETENÇÃO

- **Direito de saber os motivos da detenção**

82. Com relação ao artigo 7.4 da Convenção Americana, este constitui um mecanismo para evitar detenções ilegais ou arbitrárias desde o momento da privação de liberdade e, por sua vez, garante o direito de defesa do detido. Seguindo esse mesmo espírito, o artigo 84 da atual Constituição hondurenha estabelece que “[a] pessoa presa ou detida deve ser imediata e claramente informada de seus direitos e dos fatos pelos quais é acusada”. Ficou demonstrado que, durante a primeira detenção, o senhor Juan Humberto Sánchez não foi informado da conduta criminosa de que era acusado, mas, no dia seguinte, seu pai

adotivo foi informado pelo Prefeito de Colomoncagua dos motivos de sua detenção [...]. Em relação à segunda prisão do senhor Juan Humberto Sánchez, foi realizada sem mandado por agentes do Estado durante a noite, seguindo o padrão demonstrado neste caso [...] e também não foi informado ao Humberto Sánchez ou a seus familiares presentes no momento da detenção os motivos da mesma, violando assim o artigo 7.4 da Convenção Americana em detrimento do senhor Juan Humberto Sánchez. [Corte IDH. **Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-6-2003. Tradução livre.]

227. Durante o ato de apreensão realizado na noite de 1º de março de 1993, o senhor Palamara Iribarne foi detido sem ter sido informado, naquele momento, dos motivos de sua detenção ou das acusações formuladas contra ele. Além disso, quando o Procurador da Marinha se encontrava nas dependências militares, procedeu à tomada da primeira declaração que o senhor Palamara Iribarne prestou perante a jurisdição militar sem que, antes do referido ato, o Procurador indicasse detalhadamente em que consistia a acusação [...]. Em outras palavras, o senhor Palamara Iribarne prestou sua primeira declaração sem ser previamente informado dos delitos pelos quais o Estado violou os artigos 7.4 e 8.2.b da Convenção. [Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 22-11-2005. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2007; Corte IDH. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 1º-2-2006.

- **Falta de evidência da ignorância sobre os motivos da prisão e afastamento da violação ao art. 7.4**

44. A Corte observa, a título preliminar, que não há provas suficientes nos autos que permitam aceitar certas afirmações contidas no relatório da Comissão e segundo as quais a vítima e seus familiares foram mantidos no desconhecimento dos motivos da detenção, em flagrante violação do disposto no artigo 7.4 da Convenção. Ao contrário, os autos

mostram que a própria vítima, uma vez detida no aeroporto, disse a seus familiares: “Tenho problemas”; que seu irmão Leo Gangaram Panday, nas primeiras horas do dia seguinte à referida prisão, foi informado pela Polícia Militar que a causa da prisão foi a expulsão de Asok Gangaram Panday da Holanda e, ainda, que este havia comunicado ao guarda do albergue “que havia sido expulso da Holanda, embora tivesse se apresentado à Polícia de Estrangeiros por sua própria vontade”. [Corte IDH. **Caso Gangaram Panday vs. Suriname. Mérito, reparações e custas. Sentença de 21-1-1994. Tradução livre.**]

- **Direito de informar uma terceira pessoa sobre a detenção**

92. Esta Corte estabeleceu que o artigo 7.4 da Convenção contempla um mecanismo para evitar condutas ilegais ou arbitrárias desde o próprio ato de privação de liberdade e garante a defesa do detido, de modo que este e aqueles que exercem a representação legal ou custódia dos mesmos têm o direito de serem informados dos motivos e razões da prisão, quando esta ocorrer, e dos direitos do detido [...]. 93. Por outro lado, o detido também tem o direito de comunicar o sucedido a uma terceira pessoa, por exemplo, um familiar ou um advogado. Nesse sentido, a Corte já indicou que “[o] direito de estabelecer contato com um membro da família é especialmente importante quando se trata da detenção de menores” [...]. Essa notificação deve ser feita imediatamente pela autoridade que realizou a prisão [...] e, no caso de menores, também devem ser adotadas as providências necessárias para que a notificação seja efetivamente feita [...]. 94. No presente caso, ficou provado que nem Rafael Samuel nem Emilio Moisés Gómez Paquiyauri, no momento de sua detenção, nem seus familiares, foram informados dos motivos da prisão, qual seria a conduta criminosa pela qual foram acusados nem seus direitos como detidos, o que constitui uma violação do artigo 7.4 da Convenção, em detrimento de Rafael Samuel e Emilio Moisés Gómez Paquiyauri. [Corte IDH. **Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru. Mérito, reparações e custas. Sentença de 8-7-2004. Tradução livre.**]

- **Direito de ser notificado do direito de informar uma terceira pessoa**

109. Esta Corte estabeleceu que o artigo 7.4 da Convenção contempla um mecanismo para evitar condutas ilegais ou arbitrárias desde o próprio ato da privação de liberdade e garante a defesa do detido. Tanto ele quanto aqueles que dele exercem representação legal ou custódia têm o direito de serem informados sobre os motivos e razões da prisão e sobre os direitos que o detido possui [...]. 111. No caso *sub judice*, foi demonstrado que o senhor Tibi, no momento de sua prisão, em 27 de setembro de 1995, não foi informado dos verdadeiros motivos de sua prisão, nem foi informado das acusações contra ele, direitos que tinha, e não lhe foi mostrado o mandado de prisão, que o Primeiro Juiz Criminal de Guayas expediu um dia depois, 28 de setembro de 1995. A razão alegada foi que se tratava de controle de imigração [...]. 112. Por outro lado, o detido, no momento da sua privação de liberdade e antes de prestar o seu primeiro depoimento perante as autoridades [...], deve ser informado do seu direito de estabelecer contato com uma terceira pessoa para, por exemplo, um familiar, um advogado ou um funcionário consular, conforme o caso, para informar que você está sob custódia do Estado. [...] Isso não ocorreu no presente caso. [Corte IDH. **Caso Tibi vs. Equador. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-9-2004. Tradução livre.**]

- **Interpretação do artigo 7.4 da CADH em relação a menores de idade**

Diante do acordo de solução amistosa assinado pelas partes e de seu documento explicativo, e das provas por elas apresentadas, a Corte conclui que o Estado violou, conforme reconheceu: a. O direito à liberdade pessoal, consagrado no artigo 7 da Convenção Americana, em detrimento de Walter David Bulacio, que foi detido ilegal e arbitrariamente pela polícia como parte de uma operação policial sem mandado, e por não ter sido informado dos direitos que lhe correspondiam como detido, nem ter comunicado prontamente a prisão a seus pais e ao juiz de menores. [...] 130. Por outro lado, o detido também tem o direito de comunicar a uma terceira pessoa que se encontra sob custódia do Estado.

Esta notificação será feita, por exemplo, a um familiar, a um advogado e/ou ao seu cônsul, conforme o caso. O direito de estabelecer contato com um membro da família é especialmente importante quando se trata da detenção de menores. Neste caso, a autoridade de detenção e a autoridade responsável pelo local onde se encontra o menor devem notificar imediatamente os seus familiares, ou na sua falta, os seus representantes para que o menor receba oportunamente assistência da pessoa notificada. [...]. A notificação do direito de contato com familiar, advogado e/ou informação consular deve ser feita no momento da privação de liberdade do arguido [...], mas, no caso de menores, deve ainda ser adotado o seguinte: providências necessárias para que a notificação seja efetivada [...]. No caso de notificação a advogado, é especialmente importante a possibilidade de o detido se encontrar com ele em privado [...], como ato inerente ao seu direito de defesa. [Corte IDH. **Caso Bulacio vs. Argentina**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 1º-9-2003. Tradução livre.]

167. Por sua vez, para a interpretação do artigo 7.4 em matéria de menores, o disposto no artigo 40.2 lit. b. ii) da Convenção sobre os Direitos da Criança, na medida em que estabelece o direito de toda criança a ser informada sem demora e diretamente, ou quando for o caso, por meio de seus pais ou representantes legais, das acusações contra ela formuladas. Da mesma forma, as Regras Mínimas da ONU para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Pequim) estabelecem que “sempre que um menor for detido, seus pais ou tutor serão notificados imediatamente e, quando tal notificação imediata não for possível, os pais ou tutor serão avisados o mais rápido possível [...]”. [Corte IDH. **Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 27-8-2014. Tradução livre.]

7.5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Art. 7

CONTROLE JUDICIAL DA PRISÃO

- **Audiência de custódia: compulsoriedade e natureza jurídica**

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. [...] A imposição da realização de audiências de custódia há de ser estendida a todo o Poder Judiciário do país. A medida está prevista nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já internalizados no Brasil, o que lhes confere hierarquia legal. [STF. [ADPF 347 MC](#), rel. min. Marco Aurélio, j. 9-9-2015, P, [DJE de 19-2-2016](#).]

A audiência de custódia (ou de apresentação) – que deve ser obrigatoriamente realizada com a presença do custodiado, de seu Advogado constituído (ou membro da Defensoria Pública, se for o caso) e do representante do Ministério Público – constitui direito público subjetivo, de caráter fundamental, assegurado por convenções internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro aderiu (Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 7, n. 5, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigo 9, n. 3) e que já se acham incorporadas ao plano do direito positivo interno de nosso País (Decreto nº

678/92 e Decreto nº 592/92, respectivamente), não se revelando lícito ao Poder Público transgredir essa essencial prerrogativa instituída em favor daqueles que venham a sofrer privação cautelar de sua liberdade individual. [STF. HC 187.225, rel. min. Celso de Mello, j. 10-10-2020, 2ª T, DJE de 22-10-2022.]

No mesmo sentido: STF. HC 186.421, rel. min. Celso de Mello, red. do ac. min. Edson Fachin, j. 20-10-2020, 2ª T, DJE de 17-11-2020; STF. HC 186.490, rel. min. Celso de Mello, j. 10-10-2020, 2ª T, DJE de 22-10-2022; STF. HC 188.888, rel. min. Celso de Mello, j. 6-10-2020, 2ª T, DJE de 15-12-2020.

Audiência de custódia. Direito fundamental do preso a ser apresentado sem demora a uma autoridade judicial que possa controlar eventuais abusos e analisar a legitimidade da restrição à liberdade (art. 7.5, CADH). A superveniência da realização da audiência de instrução e julgamento não torna superada a alegação de ausência de audiência de custódia. Necessidade em qualquer espécie de prisão. [STF. HC 202.700 AgR, rel. min. Nunes Marques, red. do ac. min. Gilmar Mendes, j. 26-10-2021, 2ª T, DJE de 18-2-2022.]

No mesmo sentido: STF. HC 202.579 AgR, rel. min. Nunes Marques, red. do ac. min. Gilmar Mendes, j. 26-10-2021, 2ª T, DJE de 18-2-2022.

[...] a audiência de custódia, tal como prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, depois regulamentada pelo CNJ, [...] envolve apenas um juízo preliminar acerca da legitimidade, necessidade da manutenção da prisão preventiva ou da possibilidade de relaxá-la ou substituí-la por medidas alternativas. Portanto, eu não penso [...] que se possa equiparar a uma decisão de mérito; até porque o juízo preliminar de custódia, muitas vezes, nem sequer é feito pelo juiz natural da causa, como neste caso aqui, que me parece ter sido feito pelo juiz plantonista. Logo, não há como esta ser considerada uma decisão de mérito vinculante. [STF. HC 157.306, voto do min. Roberto Barroso, j. 25-9-2018, P, DJE de 1º-3-2019.]

A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve

ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o *status* jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. [...] De plano, anoto que o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Isso se deve ao caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuem no ordenamento jurídico brasileiro, como ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 349.703, relator para acórdão o Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJe de 05/06/2009 [...]. [STF. ADI 5.240, rel. min. Luiz Fux, j. 20-8-2015, P, DJE de 1º-2-2016.]

No mesmo sentido: STF. HC 157.306, rel. min. Luiz Fux, j. 25-9-2018, P, DJE de 1º-3-2019.

Ainda que preso, deve, pois, o acusado comparecer perante a autoridade judiciária, seu juiz natural, para ser interrogado [...] [O] Pacto de São José da Costa Rica [...] prescreve, ademais, no art. 7º, n. 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. [STF. HC 88.914, rel. min. Cezar Peluso, j. 14-8-2007, 2ª T, DJE de 5-10-2007.]

- **Condução imediata de pessoa detida a autoridade judicial**

56. O Estado não contestou a afirmação da Comissão de que o senhor Suárez Rosero nunca compareceu perante uma autoridade judicial durante o processo e, portanto, a Corte considera provada esta alegação e declara que esta omissão do Estado constitui uma violação do artigo 7.5 da Convenção Americana. [Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Equador. Mérito. Sentença de 12-11-1997. Tradução livre.]

110. Em relação à suposta violação pelo Estado do artigo 7.5 da Convenção, a Corte considera que a lei peruana, segundo a qual uma

pessoa supostamente envolvida no delito de traição pode ser mantida em prisão preventiva por um período de 15 dias, prorrogáveis por igual período, sem ser colocado à disposição de uma autoridade judicial, contradiz as disposições da Convenção no sentido de que “qualquer pessoa detida ou detida deve ser apresentada, sem demora, a um juiz ou outro funcionário autorizado por lei para exercer funções judiciais [...]”. [Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 30-3-1999. Tradução livre.]

75. Além disso, a Corte determinou que o processo instaurado contra o senhor Luis Alberto Cantoral-Benavides pela justiça penal militar violou o disposto no artigo 8.1 da Convenção Americana, relativo à perseguição por um juiz competente, independente e imparcial [...]. Consequentemente, o fato de Cantoral-Benavides ter sido submetido a um juiz penal militar não satisfaz os requisitos do artigo 7.5 da Convenção. Da mesma forma, a continuação da privação de liberdade por ordem dos juízes militares constituiu uma detenção arbitrária, na acepção do artigo 7.3 da Convenção. 76. A prescrição do artigo 7.5 da Convenção só foi atendida no presente caso, quando o detido foi levado perante um juiz de jurisdição ordinária. [Corte IDH. **Caso Cantoral Benavides vs. Peru**. Mérito. Sentença de 18-8-2000. Tradução livre.]

114. O artigo 7.5 da Convenção estabelece que a detenção de uma pessoa deve ser submetida sem demora à revisão judicial, como meio ideal de controle para evitar capturas arbitrárias e ilegais. O controle judicial imediato é uma medida que visa evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tendo em vista que, em regra de direito, compete ao juiz garantir os direitos do detento, autorizar a adoção de medidas cautelares ou coercitivas, quando estritamente necessário, e para garantir, em geral, que o acusado seja tratado de maneira compatível com a presunção de inocência [...]. 115. Tanto a Corte Interamericana quanto a Corte Europeia de Direitos Humanos destacaram a importância do controle judicial imediato das detenções. Quem for privado de liberdade sem controle judicial deve ser imediatamente posto em liberdade ou levado à presença de um juiz [...]. A Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que, embora a palavra “imediatamente” deva ser interpretada de acordo com

as características especiais de cada caso, nenhuma situação, por mais grave que seja, dá às autoridades o poder de prolongar indevidamente o período de detenção, porque isso violaria o artigo 5.3 da Convenção Europeia [...]. 119. Em segundo lugar, um “juiz ou outro funcionário autorizado por lei a exercer funções judiciais” deve satisfazer os requisitos estabelecidos no primeiro parágrafo do artigo 8 da Convenção [...]. Nas circunstâncias do presente caso, a Corte entende que o Promotor do Ministério Público que recebeu a declaração prévia do senhor Tibi, conforme o artigo 116 da Lei de Entorpecentes e Psicotrópicos, não era dotado de poderes para ser considerado “funcionário autorizado exercer funções judiciais”, no sentido do artigo 7.5 da Convenção, uma vez que a Constituição Política do Equador, então em vigor, estabelecia, em seu artigo 98, quais eram os órgãos que tinham poderes para exercer funções judiciais e não concedia competência aos agentes fiscais. Da mesma forma, o agente fiscal não tinha poderes suficientes para garantir o direito à liberdade pessoal e à integridade da suposta vítima. [Corte IDH. **Caso Tibi vs. Equador. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-9-2004. Tradução livre.**]

PRAZO RAZOÁVEL

• Julgamento em prazo razoável

70. O princípio do “prazo razoável” a que se refere os artigos 7.5 e 8.1 da Convenção Americana visa evitar que os réus permaneçam acusados por muito tempo e garantir que seja decidido prontamente. No presente caso, o primeiro ato do processo é a prisão do senhor Suárez Rosero em 23 de junho de 1992 e, portanto, a partir desse momento, o prazo deve começar a ser calculado. 71. A Corte considera que o processo termina quando for proferida a sentença definitiva e transitada em julgado sobre a matéria, com a qual se esgota a jurisdição [...], e que, particularmente em matéria penal, esse prazo deve abranger todo o processo, incluindo os recursos eventualmente interpostos. [...] 73. Com base nas considerações anteriores, ao realizar um estudo global do processo na jurisdição interna contra o senhor Suárez Rosero, a Corte observa que o referido

processo durou mais de 50 meses. Na opinião da Corte, este prazo supera em muito o princípio do prazo razoável consagrado na Convenção Americana. [Corte IDH. **Caso Suárez Rosero vs. Equador**. Mérito. Sentença de 12-11-1997. Tradução livre.]

228. A Corte considera fundamental destacar que a prisão preventiva é a medida mais severa que pode ser aplicada ao acusado de um delito, razão pela qual sua aplicação deve ser excepcional, uma vez que está limitada pelo direito à presunção de inocência, bem como pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade, essenciais em uma sociedade democrática [...]. 229. A esse respeito, esta Corte observa que a prisão preventiva deve aderir estritamente ao disposto no artigo 7.5 da Convenção Americana, no sentido de que não pode durar além de um prazo razoável, nem além da persistência donexo causal que foi invocado para justificá-la. O descumprimento destes requisitos equivale à antecipação de pena sem condenação, o que contraria princípios gerais de direito universalmente reconhecidos [...]. 230. No caso de privação de liberdade de crianças, a regra da prisão preventiva deve ser aplicada com mais rigor, uma vez que a regra deve ser a aplicação de medidas substitutivas da prisão preventiva. Tais medidas podem ser, entre outras, supervisão estrita, custódia permanente, colocação em família, transferência para casa ou instituição educacional, bem como ordens de cuidado, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade condicional, programas de educação e treinamento profissional e outras alternativas possibilidades de colocação em instituições [...]. A aplicação dessas medidas substitutivas tem por objetivo garantir que as crianças sejam tratadas de forma adequada e proporcional às suas circunstâncias e à infração [...]. Este preceito está regulamentado em diversos instrumentos e normas internacionais [...]. 231. Além disso, quando se considera que a prisão preventiva é apropriada no caso de crianças, deve sempre ser aplicada pelo menor período possível, conforme estabelecido no artigo 37.b) da Convenção sobre os Direitos da Criança [...]. [Corte IDH. **Caso Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 2-9-2004. Tradução livre.]

No mesmo sentido: [Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Mérito, reparações e custas. Sentença de 17-11-2009](#); [Corte IDH. Caso Bayarri vs. Argentina. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30-10-2008](#).

- **Duração razoável da prisão cautelar**

Art. 7

A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Art. 9º, n. 3) Doutrina. Jurisprudência. [...] [...] a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – tendo presente o estado de tensão dialética que existe entre a pretensão punitiva do Poder Público, de um lado, e a aspiração de liberdade inerente às pessoas, de outro – prescreve, em seu Art. 7º, n. 5, que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade (...)” (grifei). Na realidade, o Pacto de São José da Costa Rica constitui instrumento normativo destinado a desempenhar um papel de extremo relevo no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos básicos da pessoa humana, qualificando-se, sob tal perspectiva, como peça complementar e decisiva no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais. [[STF. HC 142.177, rel. Min. Celso de Mello, j. 6-6-2017, 2ª T, DJE de 19-9-2017](#)].

O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação de sua liberdade – tem direito público subjetivo de ser julgado em prazo razoável, sem dilações indevidas, sob pena de carac-

terizar-se situação de injusto constrangimento ao seu “*status libertatis*”. Esse direito ao julgamento em tempo oportuno, que não exceda nem supere, de modo irrazoável, os prazos processuais, qualifica-se como insuprimível prerrogativa de ordem jurídica, fundada tanto em norma de índole constitucional (CF, art. 5º, LXXVIII) quanto em cláusula de natureza convencional (Pacto de São José da Costa Rica, Art. 7º, ns. 5 e 6). [STF. **HC 111.173**, rel. min. Celso de Mello, j. 27-3-2012, 2ª T, *DJE* de 14-11-2013.]

No mesmo sentido: STF. **HC 189.778 AgR**, rel. min. Celso de Mello, j. 10-10-2020, 2ª T, *DJE* de 15-10-2020; STF. **HC 178.624 AgR**, rel. min. Celso de Mello, j. 4-5-2020, 2ª T, *DJE* de 14-5-2020; STF. **HC 116.241**, rel. min. Celso de Mello, j. 23-4-2013, 2ª T, *DJE* de 17-5-2013; STF. **HC 105.437**, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-2012, 2ª T, *DJE* de 21-3-2013; STF. **HC 107.108**, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-2012, 2ª T, *DJE* de 20-11-2012; STF. **HC 111.173**, rel. min. Celso de Mello, j. 27-3-2012, 2ª T, *DJE* de 14-11-2013; STF. **HC 104.931**, rel. min. Celso de Mello, j. 13-12-2011, 2ª T, *DJE* de 21-3-2012; STF. **HC 106.435**, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-2-2011, 2ª T, *DJE* de 24-5-2011; STF. **HC 102.189**, rel. min. Celso de Mello, j. 19-10-2010, 2ª T, *DJE* de 3-10-2011; STF. **HC 103.793**, rel. min. Celso de Mello, j. 22-6-2010, 2ª T, *DJE* de 6-8-2010; STF. **HC 85.988**, rel. min. Celso de Mello, j. 4-5-2010, 2ª T, *DJE* de 28-5-2010; STF. **HC 98.579**, rel. min. Ellen Gracie, red. do ac. min. Celso de Mello, j. 23-3-2010, 2ª T, *DJE* de 30-4-2010; STF. **HC 100.574**, rel. min. Celso de Mello, j. 10-11-2009, 2ª T, *DJE* de 9-4-2010; STF. **HC 98.878**, rel. min. Celso de Mello, j. 27-10-2009, 2ª T, *DJE* de 20-11-2009; STF. **HC 95.944**, rel. min. Celso de Mello, j. 29-9-2009, 2ª T, *DJE* de 1º-8-2013; STF. **HC 97.476**, rel. min. Celso de Mello, j. 15-9-2009, 2ª T, *DJE* de 27-11-2009; STF. **HC 98.241**, rel. min. Celso de Mello, j. 2-6-2009, 2ª T, *DJE* de 1º-8-2013; STF. **HC 95.464**, rel. min. Celso de Mello, j. 3-2-2009, 2ª T, *DJE* de 13-3-2009; STF. **HC 91.662**, rel. min. Celso de Mello, j. 4-3-2008, 2ª T, *DJE* de 4-4-2008; STF. **HC 90.805**, rel. min. Celso de Mello, j. 18-12-2007, 2ª T, *DJE* de 3-12-2014; STF. **HC 90.147**, rel. min. Celso de Mello, j. 3-4-2007, 2ª T, *DJE* de 18-10-2013; STF. **HC 88.025**, rel. min. Celso de Mello, j. 13-6-2006, 2ª T, *DJ* de 16-2-2007; STF. **HC 85.237**, rel. min. Celso de Mello, j. 17-3-2005, P, *DJ* de 29-4-2005; STF. **HC 80.379**, rel. min. Celso de Mello, j. 18-12-

2000, 2ª T, *DJ* de 25-5-2001; STF. **HC 83.773**, rel. min. Celso de Mello, j. 7-12-2004, 2ª T, *DJ* de 6-11-2006; STF. **HC 84.254**, rel. min. Celso de Mello, j. 30-11-2004, 2ª T, *DJE* de 12-11-2013; STF. **HC 83.842**, rel. min. Celso de Mello, j. 30-3-2004, 2ª T, *DJ* de 11-6-2004.

[...] a decisão que determinou a segregação cautelar durante o curso da ação penal é tomada no pressuposto implícito de que o processo tenha curso normal e prazo razoável de duração, o que, aliás, é direito fundamental dos litigantes (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto 678/92, art. 7º). Não sendo assim, a prisão acaba representando, na prática, uma punição antecipada, sem devido processo e sem condenação. [STF. **HC 115.963**, rel. min. Teori Zavascki, j. 11-6-2013, 2ª T, *DJE* de 24-4-2014.]

No mesmo sentido: STF. **HC 137.728**, rel. min. Edson Fachin, red. do ac. min. Dias Toffoli, voto do min. Ricardo Lewandowski, j. 2-5-2017, 2ª T, *DJE* de 3-8-2017; STF. **HC 131.715**, rel. min. Teori Zavascki, j. 6-9-2016, 2ª T, *DJE* de 1-8-2017; STF. **HC 108.929**, rel. min. Teori Zavascki, j. 17-12-2013, 2ª T, *DJE* de 13-2-2014; STF. **HC 111.801**, rel. min. Teori Zavascki, j. 12-11-2013, 2ª T, *DJE* de 25-11-2013; STF. **RHC 108.004**, rel. min. Cármen Lúcia, j. 4-12-2012, 2ª T, *DJE* de 17-12-2012.

HIPÓTESES ESPECÍFICAS DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 7.5

- **Interpretação do artigo 7.5 em matéria migratória**

198. Em conformidade com o disposto nos artigos 7.5 da Convenção Americana e XXV da Declaração Americana, qualquer pessoa detida deve ser apresentada, sem demora, a um juiz ou outro funcionário autorizado por lei a exercer funções judiciais [...]. Este Tribunal já interpretou que esta garantia deve ser satisfeita sempre que haja retenção ou detenção de uma pessoa devido à sua situação migratória, de acordo com os princípios do controle judicial e da imediatidade processual [...]. Para que constitua um verdadeiro mecanismo de controle contra as detenções ilegais ou arbitrárias, a revisão judicial deve ser realizada sem demora e de forma a garantir o cumprimento da lei e o gozo efetivo dos

direitos do detido, tendo em conta a especial vulnerabilidade disso [...]. Da mesma forma, esta Corte já indicou que, para cumprir a garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção em matéria de imigração, a legislação interna deve assegurar que o funcionário autorizado por lei cumpra com as características de imparcialidade e independência que devem reger todos os órgãos responsáveis por determinar os direitos e obrigações das pessoas [...]. Uma vez que, em relação a esta garantia, cabe ao funcionário a tarefa de impedir ou pôr fim às detenções ilegais ou arbitrárias [...], é essencial que esse funcionário tenha poderes para libertar a pessoa se a sua detenção for ilegal ou arbitrária. [Corte IDH. OC-21/2014. Opinião consultiva de 19-8-2014. Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto da migração e/ou na necessidade de proteção internacional. Tradução livre.]

108. Esta Corte considera que, para cumprir a garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção em matéria de migração, a legislação interna deve assegurar que o funcionário autorizado por lei a exercer funções judiciais cumpra com as características de imparcialidade e independência que devem reger todos os órgãos encarregados de determinar os direitos e obrigações dos indivíduos. Nesse sentido, a Corte já estabeleceu que essas características não devem corresponder apenas aos órgãos estritamente jurisdicionais, mas que o disposto no artigo 8.1 da Convenção também se aplica às decisões dos órgãos administrativos [...]. Uma vez que, em relação a esta garantia, compete ao funcionário a tarefa de prevenir ou impedir as detenções ilegais ou arbitrárias [...], é essencial que o mesmo tenha poderes para libertar a pessoa se a sua detenção for ilegal ou arbitrária. 109. A Corte observa que o Decreto-Lei 16 de 1960 estabeleceu que o estrangeiro será colocado sob as ordens do Diretor do Departamento de Migração do Ministério de Governo e Justiça [...]. De acordo com os fatos e provas do caso, o senhor Vélez Loor, após sua detenção em Tupiza, foi encaminhado ou colocado sob as ordens da Direção de Migração e Naturalização de Darién pela Polícia Nacional de Darién através do ofício [...]. A Corte entende que colocar sob as ordens não é necessariamente equivalente a colocar na presença do Diretor de Imigração. Certamente, como já foi estabelecido, para satisfazer o requisito do artigo 7.5 de ser apresentado sem demora

a um juiz ou outro funcionário autorizado por lei a exercer funções judiciais, o detido deve comparecer pessoalmente perante a autoridade competente, que deve ouvir pessoalmente o detido e avaliar todos os esclarecimentos por ele prestados, para decidir se procede à libertação ou manutenção da pena privativa de liberdade [...]. [Corte IDH. **Caso Vélez Loor vs. Panamá**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-11-2010. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24-10-2012.

- **Aplicação do artigo 7.5 em casos de sequestro e desaparecimento forçado**

155. O desaparecimento forçado de seres humanos constitui uma violação múltipla e contínua de numerosos direitos reconhecidos na Convenção e que os Estados-Partes estão obrigados a respeitar e garantir. O sequestro de uma pessoa é um caso de privação arbitrária de liberdade que também viola o direito do detido de ser apresentado prontamente a um juiz e de interpor os recursos cabíveis para controlar a legalidade de sua prisão, o que viola o artigo 7 da Convenção que reconhece o direito à liberdade pessoal [...]. [Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Mérito. Sentença de 29-7-1988. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Godínez Cruz vs. Honduras**. Mérito. Sentença de 20-1-1989; Corte IDH. **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**. Mérito. Sentença de 25-11-2000; Corte IDH. **Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-6-2003.

7.6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

HABEAS CORPUS

- **Dispensa de capacidade postulatória em *habeas corpus***

[...] esta Corte, interpretando a mesma Constituição, em que pese aos parâmetros respectivos ligados à competência, entendeu cumprir-lhe o julgamento de *habeas* ajuizado contra pronunciamento da turma recursal de juizado especial. Então, há de construir-se, observando-se o preceito regedor do recurso ordinário de forma teleológica, de modo a viabilizar-se o cabimento de ordinário sempre que denegada a ordem em *habeas corpus* ou mandado de segurança. Esse enfoque mostra-se até mesmo harmônico com o Pacto de São José da Costa Rica, no que, mediante o artigo 7º, prevê o direito do acusado a crivo revisional. A cláusula, em boa hora subscrita pelo Brasil, deve ser tomada com largueza, abandonando-se a mesquinha interpretação. [STF. HC 84.716, rel. min. Marco Aurélio, j. 19-10-2004, 1ª T, DJ de 26-11-2004.]

- ***Habeas corpus* e suspensão de garantias**

33. O *habeas corpus* em seu sentido clássico, regulamentado pelos ordenamentos jurídicos americanos, protege diretamente a liberdade pessoal ou física contra prisões arbitrárias, por meio de ordem judicial

dirigida às autoridades competentes a fim de trazer o detento à presença do juiz, para que este examine o processo, a legalidade da privação e, se for o caso, decreta sua soltura. Na Convenção esse procedimento consta do artigo 7.6 [...]. 34. Se os dois processos forem examinados em conjunto, pode-se afirmar que o amparo é o gênero e o *habeas corpus* uma de suas especificidades. De fato, de acordo com os princípios básicos de ambas as garantias incluídas na Convenção, bem como com as diversas *nuances* estabelecidas nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes, observa-se que, em alguns casos, o *habeas corpus* é regulado autonomamente para proteger essencialmente a liberdade pessoal dos detidos ou daqueles que estão ameaçados de serem privados de sua liberdade, mas em outras ocasiões o *habeas corpus* é chamado de “proteção da liberdade” ou faz parte integrante da proteção. 35. O *habeas corpus*, para cumprir seu objetivo de verificação judicial da legalidade da pena privativa de liberdade, requer a apresentação do detento perante o juiz ou tribunal competente a cuja disposição o afetado permaneça. Nesse sentido, a função do *habeas corpus* é essencial como meio de controlar o respeito à vida e à integridade da pessoa, impedir seu desaparecimento ou a indeterminação de seu local de detenção, bem como protegê-la contra tortura ou outros tratamentos ou punição cruel, desumana ou degradante. 36. Esta conclusão se baseia na experiência sofrida por diversas populações em nosso hemisfério nas últimas décadas, particularmente por desaparecimentos, torturas e assassinatos cometidos ou tolerados por alguns governos. Essa realidade tem mostrado repetidamente que o direito à vida e à integridade pessoal são ameaçados quando o *habeas corpus* é parcial ou totalmente suspenso. Como afirmou o Presidente da Comissão na audiência sobre esta opinião consultiva [...]. 42. O raciocínio anterior leva a concluir que os procedimentos de *habeas corpus* e amparo estão entre aquelas garantias judiciais essenciais para a proteção de vários direitos cuja suspensão é proibida pelo artigo 27.2 e também serve para preservar a legalidade em uma sociedade democrática. [Corte IDH. OC-8/1987. Opinião consultiva de 30-1-1987. O *habeas corpus* em suspensão de garantias (arts. 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Tradução livre.]

30. Articulando o artigo 8º com os artigos 7.6, 25 e 27.2 da Convenção, conclui-se que os princípios do devido processo legal não podem ser suspensos em razão de situações excepcionais na medida em que constituem condições necessárias para que os instrumentos processuais, regulados pela Convenção, possam ser considerados como garantia judicial. Esta conclusão é ainda mais evidente no que diz respeito aos *habeas corpus* e amparo, aos quais a Corte se referirá de imediato e que são essenciais para proteger os direitos humanos que não podem ser suspensos. 31. O artigo 7º (Direito à liberdade pessoal) no nº 6 reconhece e regula o recurso de *habeas corpus*. [Corte IDH. OC-9/1987. Opinião consultiva de 6-10-1987. Garantias judiciais em estados de emergência (arts. 27.2, 25.1 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo vs. Peru**. Mérito. Sentença de 17-9-1997.

- ***Habeas corpus*: procedimento idôneo**

77. Este Tribunal considera que o Governo também violou o disposto nos artigos 7.6 e 27.2 da Convenção Americana devido à aplicação dos Decretos Supremos 012-IN e 006-86 JUS, de 2 e 6 de junho de 1986, que declararam o estado de emergência nas províncias de Lima e El Callao e uma Zona Militar Restrita em três prisões, incluindo San Juan Bautista. Com efeito, embora os referidos decretos não suspendessem expressamente a ação ou o recurso de *habeas corpus* que regula o artigo 7.6 da Convenção, de fato, o cumprimento que se deu a ambos os decretos produziu a ineficácia do referido instrumento tutelar e, portanto, sua suspensão em detrimento das supostas vítimas. O *habeas corpus* foi o procedimento ideal para que a autoridade judiciária pudesse investigar e apurar o paradeiro das três pessoas a que se refere este caso. [Corte IDH. **Caso Neira Alegria e outros vs. Peru**. Mérito. Sentença de 19-1-1995. Tradução livre.]

- **Habeas corpus: recurso judicial simples, rápido e eficaz**

63. Esta Corte compartilha a opinião da Comissão no sentido de que o direito consagrado no artigo 7.6 da Convenção Americana não se cumpre com a mera existência formal dos recursos que ela regula. Esses recursos devem ser eficazes, pois seu objetivo, de acordo com o artigo 7.6, é obter uma decisão rápida “sobre a legalidade [da] prisão ou [da] detenção” e, no caso de serem ilegais, obter também, sem demora, uma ordem de soltura [...] 64. A Corte considera provado, conforme afirmou anteriormente [...] que a petição de *habeas corpus* interposta pelo senhor Suárez Rosero em 29 de março de 1993 foi resolvida pelo Presidente da Corte Suprema de Justiça do Equador [...] mais de 14 meses depois de sua apresentação. Esta Corte também considera provado que a referida resolução negou a admissibilidade do recurso, em virtude de o senhor Suárez Rosero não ter incluído alguns dados que, no entanto, não são requisitos de admissibilidade estabelecidos pela legislação do Equador. [...] 66. Com base nas considerações anteriores e especificamente porque o senhor Suárez Rosero não teve acesso a um recurso judicial simples, rápido e eficaz, a Corte conclui que o Estado violou o disposto nos artigos 7.6 e 25 da Convenção Americana. [Corte IDH. **Caso Suárez Rosero vs. Equador**. Mérito. Sentença de 12-11-1997. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Acosta Calderón vs. Equador**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24-6-2005.

- **Autoridade judicial competente**

126. O Artigo 7.6 da Convenção é claro ao estabelecer que a autoridade que deve decidir sobre a legalidade da “prisão ou detenção” deve ser “um juiz ou tribunal”. Com isso, a Convenção vem resguardando que o controle da privação de liberdade deve ser judicial. Tendo em vista que no presente caso a detenção foi ordenada por uma autoridade administrativa em 12 de novembro de 2002, a Corte considera que a revisão por um juiz ou tribunal é um requisito fundamental para garantir o adequado controle e escrutínio dos atos da administração que afetam funções fundamentais direitos. 127. A este respeito, a Corte considera

que tanto o Diretor Nacional de Migração como o Ministro de Governo e Justiça, ainda que sejam competentes por lei, não constituem uma autoridade judicial e, portanto, nenhum dos dois recursos disponíveis através governo cumpriu os requisitos do Artigo 7.6 da Convenção. Por outro lado, qualquer outro recurso na via governamental ou que exigisse o esgotamento prévio dos referidos recursos disponíveis na via governamental [...] também não garantia o controle jurisdicional direto dos atos administrativos, pois dependia do esgotamento daquela. [Corte IDH. **Caso Vélez Loor vs. Panamá**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-11-2010. Tradução livre.]

Vide: Corte IDH. **OC-8/1987**. Opinião consultiva de 30-1-1987, par. 35. O *habeas corpus* em suspensão de garantias (arts. 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

7.7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

PRISÃO POR DÍVIDA

- **Ilicitude da prisão civil do depositário infiel**

É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. [STF. Tese definida no **RE 466.343**, rel. min. Cezar Peluso, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009. Tema 60.]

DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. [STF. **HC 87.585**, rel. min. Marco Aurélio, j. 3-12-2008, P, DJE de 26-6-2009.]

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7.7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei 10.406/2002). [STF. RE 349.703, rel. min. Ayres Britto, red. do ac. min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009.]

No mesmo sentido: STF. ADI 1.055, rel. min. Gilmar Mendes, j. 15-12-2016, P, DJE de 1º-8-2017; STF. HC 94.523, rel. min. Ayres Britto, j. 10-2-2009, 1ª T, DJE de 13-3-2009; STF. HC 92.566, rel. min. Marco Aurélio, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009; STF. HC 95.967, rel. min. Ellen Gracie, j. 11-11-2008, 2ª T, DJE de 28-11-2008; STF. HC 94.702, rel. min. Ellen Gracie, j. 7-10-2008, 2ª T, DJE de 24-10-2008; STF. HC 88.240, rel. min. Ellen Gracie, j. 7-10-2008, 2ª T, DJE de 24-10-2008.

Em sentido contrário: STF. RE 345.345, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 25-2-2003, 2ª T, DJ de 11-4-2003; STF. RE 331.159, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 12-3-2002, 1ª T, DJ de 12-4-2002; STF. RE 299.627, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 5-3-2002, 1ª T, DJ de 22-3-2002; STF. RE 206.482, rel. min. Maurício Corrêa, j. 27-5-1998, P, DJ de 5-9-2003; STF. HC 72.131, rel. min. Marco Aurélio, j. 22-11-1995, P, DJ de 1º-8-2003.

Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. [...] – A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. – Relações entre o direito interno

brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. – Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? – Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. – A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. – Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. – O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. – Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São

José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. [STF. **HC 90.450**, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, *DJE* de 6-2-2009.]

No mesmo sentido: STF. **HC 91.361**, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, *DJE* de 6-2-2009; STF. **HC 94.695**, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, *DJE* de 6-2-2009; STF. **HC 96.772**, rel. min. Celso de Mello, j. 9-6-2009, 2ª T, *DJE* de 21-8-2009.

Em sentido contrário: STF. **AI 403.828 AgR**, rel. min. Celso de Mello, j. 5-8-2003, 2ª T, *DJE* de 19-2-2010.

- **Crimes tributários: tipificação e compatibilidade com a CADH**

A compatibilidade da tipificação penal com os limites impostos pela garantia fundamental do artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal e pelo disposto no artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, já foi reconhecida pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento do ARE 999.425-RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *Dje* 050 de 15.3.2017 [...]. [STF. **RHC 163.334**, rel. min. Roberto Barroso, j. 18-12-2019, P, *DJE* de 13-11-2020.]

- **Recurso extraordinário: impossibilidade da análise de compatibilidade da CADH com o CP**

Não é possível analisar em recurso extraordinário a compatibilidade do art. 168-A do CP com o art. 7º, n. 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista o disposto no art. 102, III, da Constituição Federal. [...] O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o art. 168-A do Código Penal – CP não viola o art. 5º, LXVII, da Carta Magna, em virtude de o dispositivo ter caráter penal, além de não se relacionar com a prisão civil por dívida. [STF. **ARE 1220322 AgR-ED**, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 13-12-2019, 2ª T, *DJE* de 3-2-2020.]

ARTIGO 8. GARANTIAS JUDICIAIS

Art. 8

8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

GARANTIAS JUDICIAIS

ASPECTOS GERAIS

- **Artigo 8.1 da CADH: interpretação, alcance e conceitos**

28. Em matéria que diga respeito à determinação de direitos e obrigações de natureza civil, laboral, fiscal ou de qualquer outra natureza, o artigo 8º não especifica garantias mínimas, como o faz o n.º 2 quando se refere a matéria penal. No entanto, o conceito de devidas garantias também é aplicado a essas ordens e, portanto, nesse tipo de assunto, o indivíduo também tem direito ao devido processo que é aplicado em matéria penal. Deve-se notar aqui que as circunstâncias de um determinado processo, sua importância, seu caráter e seu contexto em um determinado sistema jurídico são fatores subjacentes à determinação da necessidade ou não de representação legal para o devido processo legal. [Corte IDH. Exceções ao esgotamento de recursos internos. **Opinião Consultiva OC-11/90 de 10-8-1990**. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala**. Mérito. Sentença de 8-3-1998.

23. A proteção da lei é basicamente constituída pelos recursos que ela oferece para a proteção dos direitos garantidos pela Convenção, o que, à

luz da obrigação positiva que o artigo 1.1 contempla para os Estados de respeitá-los e garanti-los, implica, como o Corte já afirmou, o dever dos Estados-Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de forma que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos [...]. 24. Esse dever de organizar o aparelho de governo e criar as estruturas necessárias para garantir os direitos está relacionado, no que diz respeito à assistência jurídica, com o disposto no artigo 8 da Convenção. Este artigo distingue entre acusação(ões) criminal(is) e processo de natureza cível, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Ainda que estabeleça que todos têm o direito de serem ouvidos, com as devidas garantias, por um juiz ou tribunal em ambas as circunstâncias, estipula adicionalmente, em casos de crimes, algumas garantias mínimas. O conceito de devido processo penal inclui, então, pelo menos essas garantias mínimas. Ao chamá-las de mínimas, a Convenção presume que, em circunstâncias específicas, outras garantias adicionais podem ser necessárias caso se trate de um devido processo legal. 25. As alíneas d) e e) do n.º 2 do artigo 8º estabelecem que o arguido tem o direito de se defender pessoalmente ou de ser assistido por defensor da sua escolha e que, caso não o faça, tem o direito inalienável de ser assistido por advogado de defesa fornecido pelo Estado, remunerado ou não conforme legislação interna. Nesses termos, o arguido pode defender-se pessoalmente, embora seja necessário compreender que tal só é válido se a legislação interna o permitir. Quando não quiser ou não puder fazer a sua defesa pessoalmente, tem direito a ser assistido por um advogado de defesa à sua escolha. Mas, nos casos em que não se defenda ou não nomeie defensor no prazo estabelecido pela lei, tem direito a que seja providenciado pelo Estado, que será pago ou não de acordo com o que estabeleça a legislação interna. É assim que a Convenção garante o direito à assistência jurídica no processo penal. Mas como não determina que a assistência jurídica, quando necessária, seja gratuita, o economicamente vulnerável seria discriminado por sua situação econômica se, ao requerer assistência jurídica, o Estado não a prestasse gratuitamente. 26. Deve-se entender, portanto, que o artigo 8º exige a assistência jurídica apenas quando for necessário poder falar

de garantias devidas e que o Estado que não a prestar gratuitamente quando se trate de uma pessoa pobre não poderá alegar posteriormente que este processo existe, mas não foi esgotado. 27. Mesmo nos casos em que um réu é obrigado a se defender porque não pode pagar a assistência jurídica, uma violação do artigo 8 da Convenção pode ser apresentada se puder ser provado que essa circunstância afetou o devido processo a que ele tem direito no referido artigo. [...] Deve-se notar aqui que as circunstâncias de um determinado procedimento, sua importância, seu caráter e seu contexto em um determinado sistema jurídico são fatores subjacentes à determinação da necessidade ou não de representação legal para o devido processo legal. 29. É claro que a ausência de assistência jurídica não é a única coisa que pode impedir que um morador de rua esgote os recursos internos. Pode até acontecer que o Estado preste assistência jurídica gratuita, mas não as custas necessárias para que o processo seja devido nos termos do artigo 8º. Nesses casos, a exceção também é aplicável. Aqui, novamente, as circunstâncias de cada caso e de cada sistema jurídico particular devem ser levadas em consideração. [Corte IDH. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal. **Opinião Consultiva OC-16/99, de 1º-10-1999.** Tradução livre.]

96. Este Tribunal considera que o artigo 8.1 da Convenção deve ser interpretado de forma ampla, de modo que tal interpretação seja respaldada tanto no texto literal dessa disposição como em seu espírito, e deve ser apreciada de acordo com o artigo 29, alínea c), da Convenção, segundo a qual nenhuma disposição da mesma pode ser interpretada com exclusão de outros direitos e garantias inerentes à pessoa humana ou que decorram da forma democrática representativa de governo. [Corte IDH. **Caso Blake vs. Guatemala.** Mérito. Sentença de 24-1-1998. Tradução livre.]

27. O parágrafo 1º do artigo 8º da Convenção estabelece que: [...]. Este artigo, cuja interpretação foi expressamente solicitada, é denominado pela Convenção de “Garantias Judiciais”, o que pode gerar confusão por não consagrar um meio dessa natureza em sentido estrito. Com efeito, o artigo 8 não contém um recurso judicial como tal, mas

sim o conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais para que se possa falar de verdadeiras e idôneas garantias judiciais de acordo com a Convenção. 28. Este artigo 8 reconhece o chamado “devido processo legal”, que abrange as condições que devem ser atendidas para assegurar a defesa adequada daqueles cujos direitos ou obrigações estão sob consideração judicial. [...] 29. O conceito de devido processo legal incluído no artigo 8 da Convenção deve ser entendido como aplicável, essencialmente, a todas as garantias judiciais referidas na Convenção Americana, mesmo sob o regime de suspensão regulado pelo artigo 27 da mesma. [...] 38. A Corte conclui que as garantias judiciais essenciais para a proteção dos direitos humanos que não podem ser suspensas, de acordo com o disposto no artigo 27.2 da Convenção, são aquelas às quais se refere expressamente nos artigos 7.6 e 25.1, considerados no quadro e de acordo com os princípios do artigo 8º, e também os inerentes à preservação do Estado de Direito, ainda que na excepcionalidade da legalidade decorrente da suspensão das garantias. [Corte IDH. [Garantias judiciais em estados de emergência \(Arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos\)](#). **Opinião Consultiva OC-9/87 de 6-10-1987**. Tradução livre.]

- **Devido processo legal e suspensão de garantias**

29. O conceito de devido processo legal incluído no artigo 8 da Convenção deve ser entendido como aplicável, essencialmente, a todas as garantias judiciais a que se refere a Convenção Americana, inclusive sob o regime de suspensão regulado pelo artigo 27 da mesma. 30. Relacionando ao artigo 8º com os artigos 7.6, 25 e 27.2 da Convenção, conclui-se que os princípios do devido processo legal não podem ser suspensos em virtude de situações excepcionais na medida em que constituem condições necessárias para os instrumentos processuais, regulados pela Convenção, possam ser considerados como garantias judiciais. Essa conclusão é ainda mais evidente no que diz respeito aos *habeas corpus* e amparo [...] que são essenciais para proteger os direitos humanos que não podem ser suspensos.” [Corte IDH. [Garantias judiciais em estados de emergência \(Arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana](#)

sobre Direitos Humanos). **Opinião Consultiva OC-9/87 de 6-10-1987.** Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador.** Mérito, reparações e custas. Sentença de 4-7-2007.

- **Direito de conhecer a verdade**

Art. 8

201. Em todo caso, nas circunstâncias do presente caso, o direito à verdade está subsumido no direito da vítima ou de seus familiares de obter esclarecimentos sobre os fatos infratores e as correspondentes responsabilidades dos órgãos competentes do Estado, por meio de investigação e julgamento previstos nos artigos 8 e 25 da Convenção. [Corte IDH. **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.** Mérito. Sentença de 25-11-2000. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Blanco Romero e outros vs. Venezuela.** Mérito, reparações e custas. Sentença de 28-11-2005.

Vide: Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.** Mérito. Sentença de 29-7-1988, par. 181.

- **Vínculo com o direito de acesso à justiça**

[...] esta disposição da Convenção consagra o direito de acesso à justiça [artigo 8]. Disso se deduz que os Estados não devem colocar obstáculos às pessoas que se dirigem aos juízes ou tribunais em busca da determinação ou proteção de seus direitos. Qualquer norma ou medida de ordem interna que imponha custas ou de outra forma dificulte o acesso dos particulares aos tribunais, e que não se justifique por necessidades razoáveis da própria administração da justiça, deve ser entendida como contrária ao referido artigo 8.1 do Convenção. [...] 54. [...] Este Tribunal considera que, embora o direito de acesso à justiça não seja absoluto e, conseqüentemente, possa estar sujeito a algumas limitações discricionárias por parte do Estado, a verdade é que estas devem corresponder entre o meio empregado e o fim perseguido e, em última instância, não podem implicar a própria negação desse direito

[...]. Consequentemente, o valor a receber no caso sob estudo não guarda nenhuma relação entre os meios utilizados e a finalidade perseguida pela legislação argentina, o que obviamente obstrui o acesso do senhor Cantos à justiça e, em conclusão, viola os artigos 8 e 25 da Convenção. [Corte IDH. **Caso Cantos vs. Argentina**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 28-11-2002. Tradução livre.]

- **Prévio esgotamento dos recursos internos**

91. A regra do esgotamento prévio dos recursos internos no âmbito do direito internacional dos direitos humanos tem algumas implicações que estão presentes na Convenção. Com efeito, segundo ela, os Estados-Partes comprometem-se a oferecer recursos judiciais eficazes às vítimas de violações de direitos humanos (art. 25), recursos que devem ser fundamentados de acordo com as regras do devido processo legal (art. 8.1), todos dentro da obrigação geral dos próprios Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a todas as pessoas sob sua jurisdição (art. 1). Portanto, quando se invocam certas exceções à regra de não esgotamento dos recursos internos, como a ineficácia de tais recursos ou a inexistência do devido processo legal, não se está apenas alegando que a vítima não é obrigada a interpor tais recursos, mas sim que o Estado envolvido está sendo indiretamente acusado de nova violação das obrigações contraídas pela Convenção. [Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Exceções preliminares. Sentença de 26-6-1987. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Fairén Garbí e Solís Corrales vs. Honduras**. Exceções preliminares. Sentença de 26-6-1987, par. 90.

- **Direito a uma investigação judicial efetiva**

177. Em certas circunstâncias pode ser difícil investigar fatos que violem os direitos da pessoa. A obrigação de investigar é, tal como a obrigação de prevenir, uma obrigação de meio ou de comportamento que não é violada pelo simples fato de a investigação não produzir um resultado satisfatório. No entanto, deve ser levada a sério e não como

uma mera formalidade condenada de antemão ao insucesso. Deve ter sentido e ser assumida pelo Estado como dever jurídico próprio e não como simples gestão de interesses privados, que dependa da iniciativa processual da vítima ou de seus familiares ou da contribuição privada de provas, sem a efetiva procura pela verdade pelo poder público. Essa avaliação é válida independentemente do agente a quem eventualmente possa ser imputada a infração, mesmo pessoas físicas, pois, se seus fatos não fossem seriamente investigados, estariam, de certa forma, auxiliados pelo poder público, o que comprometeria a responsabilidade internacional da condição. [Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Mérito. Sentença de 29-7-1988. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso dos “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala**. Mérito. Sentença de 19-11-1999, par. 233.

- **Falta de colaboração com as investigações**

76. Abundam os elementos dos autos que demonstram que certas autoridades militares obstruíram ou não cooperaram adequadamente com as investigações da Procuradoria-Geral da República e do Juiz de Primeira Instância [...]. A situação chegou a tal ponto que este juiz teve que dirigir-se ao Presidente da República, por ofício de 21 de janeiro de 1992 que está nos autos, para interceder às autoridades militares a fim de que fossem dadas as facilidades necessárias para vistoria da Unidade 003, de armas, veículos e controles de armas dessa unidade [...]. Em conformidade com o exposto, o juiz que esteve a cargo da instrução do processo até o momento em que se declarou incompetente enfrentou problemas gerados pelas autoridades para reunir os elementos de convicção que considerou necessários para o devido conhecimento da causa, o que constitui uma violação do artigo 8.1 da Convenção [...]. [Corte IDH. **Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 29-1-1997. Tradução livre.]

• Segredo de Estado ou confidencialidade da informação

178. A este respeito, a Corte destaca que a legislação guatemalteca – no artigo 244 do Código de Processo Penal – prevê um procedimento segundo o qual o tribunal competente ou o juiz que supervisiona a investigação pode examinar de forma privada documentos cujo caráter sigiloso se alega, e determinar, se os documentos forem úteis ao caso, se os incorpora ao procedimento, bem como autorizar sua exibição às partes, que devem resguardar o sigilo de seu conteúdo. No entanto, apesar de os tribunais competentes terem exigido do Ministério da Defesa Nacional a apresentação de vários documentos com base na referida norma, o referido Ministério não os apresentou, argumentando que as informações contidas nos documentos constituíam segredo de Estado [...]. 179. Como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos apontou [...], nos casos em que certas provas são mantidas em sigilo por razões de interesse público (segurança nacional, por exemplo), não é papel do tribunal internacional determinar se a confidencialidade da informação é ou não necessária, uma vez que, regra geral, isso compete aos tribunais nacionais. Por outro lado, cabe ao tribunal internacional determinar se o processo interno respeita e protege o interesse das partes. A esse respeito, a referida Corte Europeia indicou que o fato de reter provas relevantes que defendam o interesse público, sem notificar o juiz da causa, não atende aos requisitos do artigo 6º da Convenção Europeia [...], que equivale a artigo 8 da Convenção Americana. 180. A Corte considera que, no caso de violações de direitos humanos, as autoridades estatais não podem valer-se de mecanismos como o segredo de Estado ou a confidencialidade da informação, ou por motivos de interesse público ou de segurança nacional, deixar de fornecer as informações requeridas pela autoridade judicial ou autoridades administrativas encarregadas da investigação ou processo pendente. [...] 182. Constitui obstrução de Justiça a recusa do Ministério da Defesa Nacional em fornecer todos os documentos exigidos pela Justiça. Esta recusa do Ministério da Defesa Nacional em fornecer todos os documentos exigidos pelos tribunais, sob a proteção do segredo de Estado, constitui obstrução de justiça. [Corte IDH. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 2-11-2005. Tradução livre.]

- **Tempo entre a captura e morte presumida e inaplicabilidade das garantias judiciais do art. 8**

54. Uma vez estabelecido que a detenção e o desaparecimento de Isidro Caballero Delgado e María del Carmen Santana foram realizados por membros do Exército colombiano e por civis na qualidade de soldados, resta determinar, de acordo com as normas do direito internacional, se o Governo é responsável por ter violado a Convenção. [...] 64. Dado o curto espaço de tempo transcorrido entre a captura das pessoas referidas no presente caso e sua morte presumida, a Corte considera que não houve lugar para a aplicação das garantias judiciais contidas no artigo 8 da Convenção e que, conseqüentemente, não há violação do referido artigo. [Corte IDH. **Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colombia. Mérito. Sentença de 8-12-1995. Tradução livre.**]

- **Imigrante: igualdade e devido processo legal**

A fim de destacar a importância do princípio da igualdade e não discriminação, os tratados de direitos humanos estabelecem expressamente esse princípio em artigos relacionados a certas categorias de direitos humanos. O artigo 8.1 da Convenção Americana deve ser mencionado por sua particular relevância para o presente pedido de opinião consultiva. A igualdade é um elemento essencial do devido processo legal. [...] [O] direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no âmbito das garantias mínimas que devem ser oferecidas a todos os migrantes, independentemente de sua condição migratória. O amplo escopo da intangibilidade do devido processo legal inclui todos os assuntos e todas as pessoas, sem qualquer discriminação. [Corte IDH. **Condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17-9-2003. Tradução livre.**]

- **Direito a uma decisão motivada**

77. A Corte indicou que a motivação “é a exteriorização da justificação fundamentada que permite chegar a uma conclusão” [...]. O dever de fundamentação das deliberações é uma garantia vinculada

à boa administração da justiça [...], que protege o direito dos cidadãos a serem julgados pelas razões previstas em lei e confere credibilidade às decisões judiciais no âmbito da sociedade democrática. 78. A Corte destacou que as decisões adotadas por órgãos internos que possam afetar os direitos humanos devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de serem decisões arbitrárias [...]. Nesse sentido, a fundamentação de uma decisão deve demonstrar que os argumentos das partes foram devidamente levados em consideração e que o acervo probatório foi analisado. Da mesma forma, a motivação demonstra às partes que elas foram ouvidas e, nos casos em que as decisões são passíveis de recurso, lhes dá a possibilidade de criticá-las e obter novo exame da matéria perante as instâncias superiores [...]. Por todas essas razões, o dever de fundamentação é uma das “devidas garantias” incluídas no artigo 8.1 para salvaguardar o direito ao devido processo. [Corte IDH. **Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 5-8-2008. Tradução livre.**]

152. As decisões adotadas por órgãos internos que possam afetar os direitos humanos, como o direito à participação política, devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de serem decisões arbitrárias [...] 164. Com base nas considerações anteriores, a Corte conclui que as decisões adotadas pelo Conselho Supremo Eleitoral que afetaram a participação política dos candidatos propostos pelo YATAMA para as eleições municipais de novembro de 2000 não foram devidamente fundamentadas e não cumpriram os parâmetros consagrados no artigo 8.1 da Convenção Americana, portanto o Estado violou o direito às garantias judiciais consagradas no referido artigo, em relação ao artigo 1.1 do referido tratado, em detrimento dos referidos candidatos. [Corte IDH. **Caso Yatama vs. Nicaragua. Exceções Preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-6-2005. Tradução livre.**]

- **Processo administrativo sancionador e garantias do devido processo legal**

126. Em qualquer assunto, inclusive trabalhista e administrativo, a discricionariedade da administração tem limites intransponíveis, um dos quais é o respeito aos direitos humanos. É importante que a atuação da administração seja regulamentada, não podendo ela invocar a ordem pública para reduzir discricionariamente as garantias das empresas. Por exemplo, a administração não pode emitir atos administrativos sancionatórios sem garantir aos penalizados a garantia do devido processo legal.

127. É direito humano obter todas as garantias que permitam chegar a decisões justas, não se eximindo a administração do cumprimento deste dever. As garantias mínimas devem ser respeitadas no procedimento administrativo e em qualquer outro procedimento cuja decisão possa afetar os direitos dos particulares. [...] 129. A justiça, realizada através do devido processo legal, como verdadeiro valor juridicamente protegido, deve ser garantida em todos os processos disciplinares, não podendo os Estados furtar-se a esta obrigação argumentando que não se aplicam as devidas garantias do Artigo 8 da Convenção Americana no caso de sanções disciplinares e não penais. Permitir aos Estados tal interpretação equivaleria a deixar ao livre arbítrio a aplicação ou não do direito de cada pessoa ao devido processo. [[Corte IDH. Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá. Mérito, reparações e custas. Sentença de 2-2-2001.](#)]

- **Aplicação das garantias judiciais previstas na CADH no procedimento de *impeachment***

3. Restringe-se a atuação judicial, na hipótese, à garantia do devido processo legal. A forma do procedimento de *impeachment* deve observância aos direitos e garantias do acusado, especialmente aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos pela Constituição da República e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). [[STF. ADPF 378 MC, rel. min. Edson Fachin, red. do ac. min. Roberto Barroso, j. 17-12-2015, P, DJE de 8-3-2016.](#)]

- **Previsibilidade da sanção**

199. A Corte considera que, no âmbito das devidas garantias estabelecidas no artigo 8.1 da Convenção Americana, deve-se resguardar a segurança jurídica quanto ao momento em que uma sanção pode ser imposta. A este respeito, o Tribunal Europeu estabeleceu que o respectivo padrão deve ser: i) adequadamente acessível [...], ii) suficientemente preciso [...], e iii) previsível [...]. Com relação a este último aspecto, o Tribunal Europeu utiliza o chamado “teste de previsibilidade”, que leva em consideração três critérios para determinar se uma regra é previsível o suficiente, a saber [...]: i) o contexto da regra sob análise; ii) o escopo de aplicação para o qual o padrão foi criado, e iii) o *status* das pessoas a quem o padrão é endereçado. [...] 202. A esse respeito, a Corte considera que os problemas de indeterminação não geram, *per se*, uma violação da Convenção, ou seja, que o fato de uma norma conceder algum tipo de discricionariedade não é incompatível com o grau de previsibilidade que a regra deve ter, desde que o alcance da discricionariedade e a forma como ela deve ser exercida sejam indicados com clareza suficiente para proporcionar proteção adequada para que não ocorra interferência arbitrária [...]. [Corte IDH. **Caso López Mendonza vs. Venezuela. Mérito, reparações e custas. Sentença de 1º-9-2011. Tradução livre.**]

- **O papel das Cortes internacionais: análise da atuação dos tribunais internos relativamente ao respeito ao devido processo legal**

219. A Corte observa, em primeiro lugar, que o artigo 62 da Convenção Americana atribui competência para conhecer de qualquer caso que, submetido à sua jurisdição, esteja relacionado com a interpretação e aplicação das disposições desta Convenção. Portanto, é sua função decidir se, no presente caso, ocorreram as supostas violações dos artigos 25 e 8 da Convenção Americana, em conexão com o 1.1. 220. É um princípio básico da lei da responsabilidade internacional do Estado, incluído no Direito Internacional dos Direitos Humanos, que todo Estado é internacionalmente responsável por todo e qualquer ato ou omissão de qualquer um de seus poderes ou órgãos em violação de

direitos reconhecidos internacionalmente. O artigo 1.1 da Convenção Americana é de fundamental importância a esse respeito. Os artigos 25 e 8 da Convenção especificam, com referência às ações e omissões dos órgãos judiciais internos, o alcance do referido princípio de geração de responsabilidade pelos atos de todos os órgãos do Estado. 221. Do exposto, pode-se inferir que a Guatemala não pode eximir-se da responsabilidade relativa aos atos ou omissões de suas autoridades judiciais, uma vez que tal atitude seria contrária ao disposto no artigo 1.1 em conexão com os artigos 25 e 8 da Convenção. 222. O esclarecimento sobre se o Estado violou ou não suas obrigações internacionais em virtude da atuação de seus órgãos judiciais pode levar a Corte a se ocupar do exame dos respectivos processos internos. A esse respeito, a Corte Europeia indicou que o processo deve ser considerado como um todo, incluindo as decisões dos tribunais de apelação, e que a função do tribunal internacional é determinar se a integridade do processo bem como a forma como foi produzida a prova foram justas [...]. 223. Como já indicou em outras oportunidades [...], a Corte tem poderes não para investigar e punir a conduta individual de agentes estatais que possam ter participado dessas violações, mas sim para estabelecer a responsabilidade internacional dos Estados em razão da violação dos direitos humanos. Esta Corte é responsável por determinar as violações dos direitos consagrados na Convenção [...] 224. Para isso, dadas as especificidades do caso e a natureza das violações alegadas pela Comissão, o Tribunal deve examinar o conjunto das ações judiciais internas para obter uma percepção abrangente de tais ações, e estabelecer se é ou não evidente que tais ações violam as normas sobre o dever de investigar e o direito de ser ouvido e a um recurso efetivo que emergem dos artigos 1.1, 8 e 25 da Convenção. 225. Tendo assim especificado o alcance de sua jurisdição, a Corte deve destacar que, desde o artigo 1.1, a obrigação do Estado de investigar e punir qualquer violação dos direitos reconhecidos na Convenção como meio de garantir tais direitos claramente deduzida, uma obrigação que, nas circunstâncias do presente caso, está relacionada com os direitos de ser ouvido pelos tribunais e com um recurso rápido e eficaz, consagrados nos artigos 8º e 25º da Convenção. [Corte

IDH. **Caso dos “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala.** Mérito. Sentença de 19-11-1999. Tradução livre.]

Vide: Corte IDH. **Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua.** Mérito, reparações e custas. Sentença de 29-1-1997.

DIREITO DE SER OUVIDO

Art. 8

- **Direito de ser ouvido: vítima e seus familiares**

247. Em conformidade com o direito reconhecido no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, esta Corte estabeleceu que os Estados têm a obrigação de garantir que, em todas as etapas dos respectivos processos, as vítimas possam apresentar propostas, receber informações, fornecer provas, formular denúncias e, em suma, fazer valer seus interesses [...]. Tal participação deve ter por finalidade o acesso à justiça, o conhecimento da verdade do ocorrido e a concessão da justa reparação [...]. A esse respeito, a Corte estabeleceu que o direito interno deve organizar o respectivo processo de acordo com a Convenção Americana [...]. A obrigação estatal de adequar a legislação interna às disposições convencionais compreende o texto constitucional e todas as disposições legais de natureza secundária ou normativa, de modo que se traduza na efetiva aplicação prática das normas de proteção dos direitos humanos [...]. [Corte IDH. **Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-11-2009. Tradução livre.]

227. Por outro lado, o artigo 8º da Convenção estabelece que as vítimas de violações de direitos humanos, ou seus familiares, devem ter ampla oportunidade de serem ouvidos e atuar nos respectivos processos, tanto para o esclarecimento dos fatos quanto para a punição dos responsáveis, como em busca da devida reparação. [Corte IDH. **Caso dos “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala.** Mérito. Sentença de 19-11-1999. Tradução livre.]

97. Assim interpretado [amplamente], o mencionado artigo 8.1 da Convenção também inclui o direito dos familiares da vítima a garantias judiciais, uma vez que “todo ato de desaparecimento forçado retira a vítima da proteção da lei e causa grande sofrimento a ele, assim como a sua família” [...] (Declaração das Nações Unidas sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados, artigo 1.2). Consequentemente, o artigo 8.1 da Convenção Americana outorga aos familiares do senhor Nicholas Blake o direito a que seu desaparecimento e morte sejam efetivamente investigados pelas autoridades guatemaltecas; seja instaurado um processo contra os responsáveis por esses crimes; impostas as sanções pertinentes e indenizados os danos sofridos por referidos familiares. Portanto, a Corte declara que a Guatemala violou o artigo 8.1 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares do senhor Nicholas Blake em relação ao artigo 1.1 da Convenção. [Corte IDH. **Caso Blake vs. Guatemala**. Mérito. Sentença de 24-1-1998. Tradução livre.]

- **Direito de ser ouvido e oralidade**

74. Em relação aos recursos interpostos, o representante argumentou que “as vítimas deste caso nunca foram ouvidas em audiência, nem privada nem pública”. [...] 75. A esse respeito, a Corte considera que não decorre do artigo 8.1 da Convenção que o direito de ser ouvido deva necessariamente ser exercido oralmente em todos os processos. O exposto não impediria a Corte de considerar que a oralidade é uma das “garantias devidas” que o Estado deve oferecer aos réus em certos tipos de processos. No entanto, o representante não apresentou argumentos que justifiquem por que a oralidade é necessária, como garantia do devido processo, no processo disciplinar perante o CFRSJ ou nas diversas instâncias recursais. 76. Com base nessas considerações, a Corte declara que o Estado não violou o direito das vítimas a serem ouvidas no trâmite dos referidos recursos. [Corte IDH. **Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 5-8-2008. Tradução livre.]

- **Direito de ser ouvido: âmbito formal e material**

122. O exame requerido neste caso requer que a Corte especifique o alcance do direito de ser ouvido estabelecido no artigo 8.1 da Convenção Americana. Este direito implica, por um lado, uma esfera formal e processual de assegurar o acesso ao órgão competente para determinar o direito que se reclama de acordo com as devidas garantias processuais (como a apresentação de alegações e a produção de provas). Por outro lado, este direito abrange uma área de proteção material que implica o Estado garantir que a decisão que se produz através do procedimento satisfaça a finalidade para a qual foi concebida. Isso não significa que deva ser sempre aceito, mas sim que deve ser garantida sua capacidade de produzir o resultado para o qual foi concebido. [Corte IDH. **Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 13-10-2011. Tradução livre.]

ARGUMENTAÇÕES DE DEFESA INCOMPATÍVEIS COM A CADH

- **Incompatibilidade com a CADH: anistia, prescrição e excludentes de responsabilidade**

41. Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. 42. A Corte, conforme o alegado pela Comissão e não controvertido pelo Estado, considera que as leis de anistia adotadas pelo Peru impediram que os familiares das vítimas e as vítimas sobreviventes no presente caso fossem ouvidas por um juiz, conforme o indicado no artigo 8.1 da Convenção; violaram o direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 da Convenção; impediram a investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos ocorridos em

Barrios Altos, descumprindo o artigo 1.1 da Convenção; e obstruíram o esclarecimento dos fatos do caso. Finalmente, a adoção das leis de autoanistia, incompatíveis com a Convenção, descumpriu a obrigação de adequar o direito interno, consagrada no artigo 2 da mesma. 43. A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes têm o dever de tomar providências de todo tipo para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. É por isso que, quando adotam leis que tenham este efeito, como o caso das leis de autoanistia, os Estados Partes na Convenção incorrem na violação dos artigos 8 e 25, combinados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. As leis de autoanistia conduzem à vulnerabilidade das vítimas e à perpetuação da impunidade, motivo pelo qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Este tipo de lei impede a identificação dos indivíduos responsáveis por violações de direitos humanos, na medida em que obstaculiza a investigação e o acesso à justiça e impede as vítimas e seus familiares de conhecerem a verdade e de receberem a reparação correspondente. [Corte IDH. **Caso Barrios Altos vs. Peru. Mérito. Sentença de 14-3-2001.**]

- **Crimes contra a humanidade e excludentes de responsabilidade**

232. Desde sua primeira sentença, esta Corte destacou a importância do dever do Estado de investigar e punir as violações dos direitos humanos. A obrigação de investigar e, em tempo útil, processar e punir assume particular importância dada a gravidade de dois crimes cometidos e a natureza de dois direitos lesados, [...] parte de um ataque sistemático contra uma população civil. [...] A particular e decisiva intensidade e importância desta obrigação em casos de crimes contra a humanidade [...] faz com que os Estados não possam invocar: i) a prescrição; ii) ou princípio *ne bis in idem*; iii) leis de anistia; bem como iv) qualquer disposição análoga ou similar que exclua a responsabilidade, para escusar-se de seu dever de investigar e punir os responsáveis. [...] Além disso, como parte das obrigações de prevenir e punir os delitos

de direito internacional, a Corte considera que os Estados têm a obrigação de cooperar e podem aplicar o princípio da jurisdição universal a respeito dessas condutas. [...] 311. No presente caso, o Tribunal conclui que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado que encerraram a investigação em 2008 e 2009. Do mesmo modo, em 2010, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil, decorrentes do direito internacional, particularmente as dispostas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. A Corte julga oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo a qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte, e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Partes vinculam todos os seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno. [...] 312. Com base nas considerações acima, a Corte Interamericana conclui que, em razão da falta de investigação, bem como de julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos num contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, o Brasil violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em detrimento de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog. A Corte conclui também que o Brasil descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção, constante do artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado, e aos artigos 1, 6 e 8 da CIPST, em virtude da aplicação da Lei de Anistia No. 6683/79 e de outras excludentes de

responsabilidade proibidas pelo direito internacional em casos de crimes contra a humanidade, de acordo com os parágrafos 208 a 310 da presente Sentença. [Corte IDH. **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15-3-2018.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26-9-2006; Corte IDH. **Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia**. Reparaciones e custas. Sentença de 27-2-2002; Corte IDH. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2003; Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24-11-2010.

- **Excludentes de responsabilidade e incompatibilidade com a CADH**

Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos – como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru (“Barrios Altos”, em 2001, e “Loayza Tamayo”, em 1998) e contra o Chile (“Almonacid Arellano e outros”, em 2006) – proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas “leis de autoanistia”. A razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apoia-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana nem legítimas leis nacionais que amparam e protegem criminosos que ultrajaram, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviram, os mais ominosos e cruéis delitos, como o homicídio, o sequestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles que se opuseram aos regimes de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em inúmeros países da América Latina. É preciso ressaltar,

no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de autoanistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. [STF. ADPF 153, rel. min. Eros Grau, voto do min. Celso de Mello, j. 29-4-2010, P, DJE de 6-8-2010.]

GARANTIA DO JUIZ NATURAL

Art. 8

• Aspectos gerais relacionados ao juiz natural

Penal e processo penal. Questão de ordem em embargos de declaração. 2. Remessa dos embargos de declaração para julgamento no Pleno, com base na Emenda Regimental 57/2020, que devolveu a competência para o julgamento de inquéritos e ações penais ao Plenário. Julgamento já iniciado perante a Segunda Turma. 3. Aplicação da garantia fundamental do juiz natural aos casos de modificação de competência de órgãos judiciais no transcorrer do processo. Art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição de 1988. 4. a garantia do juiz natural é compreendida como o direito a um juiz instituído antes do fato e competente para julgar o processo segundo critérios legais, prévios e taxativos. Doutrina. Necessidade de prévia definição do órgão jurisdicional competente enquanto garantia da imparcialidade e independência judicial. 5. Relevância da definição de regras de transição para as hipóteses de modificação da competência de órgãos judiciais. Precedentes do STF. QO na AP 937. 6. Embargante que juntou aos autos documentos comprobatórios da absolvição de corrêu no mesmo processo, nas instâncias inferiores. Anterior conversão do processo em diligência pela Segunda Turma. *Fumus boni juris*. Inelegibilidade do réu eleito para a Prefeitura Municipal de Duque de Caxias/RJ. *Periculum in mora*. 7. Decisão da questão de ordem para firmar a competência da Turma para julgamento dos embargos e atribuir efeito suspensivo até o julgamento do recurso, nos termos do voto do Redator para o acórdão. [...] A garantia do juiz natural também tem previsão na norma do art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro com *status*

supralegal (*conforme ratio decidendi* fixada no Recurso Extraordinário 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3.12.2008). [STF. AP 618 ED-QO, rel. min. Edson Fachin, red. do ac. min. Gilmar Mendes, j. 24-11-2020, 2ª T, DJE de 15-3-2021.]

[A] “isenção” de um tribunal é direito de todos, nos termos do artigo 8(1) do Pacto de São José da Costa Rica, sem que se possa falar em “graus” de isenção, sob pena de admitir-se, ainda que a *contrario sensu*, que os que não detêm a prerrogativa estão sujeitos a um julgamento parcial. Haveria, assim, nítida ofensa à igualdade, porquanto o julgamento penal deve fundar-se na livre apreciação de fatos, não da função de cargos [...] [STF. ADI 2.553, rel. min. Gilmar Mendes, red. do ac. min. Alexandre de Moraes, voto do min. Edson Fachin, j. 15-5-2019, P, DJE de 17-8-2020.]

2. É inadmissível, sob pena de afronta à garantia do juiz natural (art. 5º, LIII, da Constituição da República), a petição que veicula perante o Supremo Tribunal Federal, em sede originária, pretensão não enquadrada em nenhuma das hipóteses previstas no art. 102, I, da Constituição da República. 3. Os princípios e garantias do direito de petição, do acesso ao Poder Judiciário e da ampla defesa, consagrados na Constituição da República (art. 5º, XXXIV, XXXV e LV) e em instrumentos internacionais reverenciados pelo Estado brasileiro, em absoluto eximem as partes de observar, ao litigar em juízo, os pressupostos processuais e condições da ação. Tal exigência, longe de importar em excesso de formalismo, negativa de acesso ao Poder Judiciário ou cerceamento de defesa, constitui verdadeira imposição do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Lei Maior). [STF. Pet 5.847 ED, rel. min. Rosa Weber, j. 15-12- 2015, 1ª T, DJE de 17-2-2016.]

- **Inamovibilidade de juiz substituto**

[N]o que toca à inamovibilidade, cuida-se de garantia que, igualmente àquela da irredutibilidade de subsídios, alcança todos os juízes. É dizer: juízes substitutos e juízes titulares são, em regra, inamovíveis [...]. E são inamovíveis, em regra, porque a inamovibilidade é garantia de exercício imparcial do ato de jurisdizer, assim como penhor de

independência do magistrado perante as partes processuais, as demais autoridades judiciárias e qualquer dos outros dois Poderes Públicos: o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Mais até, a não remoção compulsória de magistrados opera como elemento da própria garantia constitucional-processual do chamado “juiz natural”. [STF. MS 27.958, rel. min. Ricardo Lewandowski, voto do min. Ayres Britto, j. 17-5-2012, P, DJE de 29-8-2012.]

- **Julgamento de recurso por juízes convocados**

Tal a importância do processamento e julgamento da causa por um juiz imparcial, que a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8.1, assenta essa garantia judicial de forma expressa, nos seguintes termos: [...] A despeito de não negar a importância do juiz natural para a esmerada concretização do devido processo legal, também nesse ponto não merece ser acolhido o pedido formulado pela defesa. Isso porque o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que “não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento da apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei 9.788/1999”. [STF. RHC 107.453, rel. min. Gilmar Mendes, j. 13-9-2011, 2ª T, DJE de 29-9-2011.]

- **Possibilidade de delegação de interrogatório a juízes federais**

A delegação de interrogatório a juízes federais não viola a garantia do juiz natural. No que tange aos pedidos para que os interrogatórios sejam realizados por mim pessoalmente, em atendimento à garantia do juiz natural e em razão da competência desta Corte para julgar os acusados, além do direito previsto no art. 8.1, do Pacto de São José da Costa Rica, farei algumas breves considerações. A garantia do juiz natural, prevista nos incisos LIII e XXXVII do art. 5º da Constituição Federal, é plenamente atendida quando se delegam o interrogatório dos réus e outros atos de instrução processual a juízes federais das respectivas Seções Judiciárias, escolhidos mediante sorteio. [...] É evidente a adequação do dispositivo acima citado (art. 8.1 da Convenção Ameri-

cana sobre Direitos Humanos) ao presente caso, no qual os réus serão ouvidos por juízes imparciais, independentes e legalmente competentes, por delegação legalmente prevista. [STF. AP 470 QO, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 6-12-2007, P, DJE de 14-3-2008.]

GARANTIA DA IMPARCIALIDADE

Art. 8

• Violação à imparcialidade judicial

Estou trazendo à colação o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, subscrito sob a égide da Organização das Nações Unidas; o art. 14, § 1º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, também assinado sob a égide das Nações Unidas; art. 8º, inciso I, da Convenção Americana de Direito Humanos, que diz: “Art. 8º... 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, [...]”. Entre nós, as causas objetivas de impedimento, suspeição e incompatibilidade, por sua vez, estão previstas na legislação. [...] o art. 252 do Código de Processo Penal [...] Inciso IV do art. 254 [...] A inobservância das disposições legais supramencionadas leva à nulidade absoluta do processo, em razão da gravidade da mácula, independentemente do ajuizamento da exceção prevista no art. 95, I, do CPP. [STF. RHC 144.615 AgR, rel. min. Edson Fachin, red. do ac. min. Gilmar Mendes, voto do min. Ricardo Lewandowski, j. 25-8-2020, 2ª T, DJE de 27-10-2020.]

O Brasil [...] também está vinculado a compromissos internacionais que compelem o Estado a separar as funções de investigar e julgar. É o que se extrai, v.g., do disposto no art. 8º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, incluído no ordenamento jurídico pátrio. [...] Assim, a determinação da juntada dos termos de colaboração [...], nos moldes acima mencionados, consubstancia, quando menos, inequívoca quebra da imparcialidade. [STF. HC 163.943 AgR, rel. min. Edson Fachin, red. do ac. min. Ricardo Lewandowski, j. 4-8-2020, 2ª T, DJE de 10-9-2020.]

- **Direito a um juiz ou tribunal competente, imparcial e independente**

235. A Corte reitera que a imparcialidade pessoal do juiz deve ser presumida, salvo prova em contrário [...]. Para a análise da imparcialidade subjetiva, o Tribunal deve procurar averiguar os interesses ou motivações pessoais do juiz em determinado caso [...]. Com relação ao tipo de prova necessária para provar a imparcialidade subjetiva, a Corte Europeia indicou que deve tentar determinar se o juiz manifestou hostilidade ou se ele fez com que o caso fosse atribuído a ele por motivos pessoais [...]. 235. A Corte já estabeleceu [...] que a visita extraordinária afetou o direito à igualdade e não discriminação e a vida privada da senhora Atala. Da mesma forma, concluiu-se que foi discriminatório incluir na investigação disciplinar a orientação sexual ou a relação com o parceiro da senhora Atala, pois não havia qualquer relação com seu desempenho profissional [...] e, portanto, não havia base para concluir que a orientação sexual de Atala pode levar a uma infração disciplinar. No entanto, no relatório da visita ao local de trabalho, constatou-se, em relação à orientação sexual da senhora Atala, que as constatações eram fatos que “revelavam uma gravidade que merecia ser observada pelo [Tribunal] de Apelações de Temuco” [...]. 236. Além disso, a Corte leva em consideração as circunstâncias da visita extraordinária, já que antes e durante a visita foi realizada uma série de interrogatórios com funcionários do Tribunal de Villarrica para indagar sobre a orientação sexual e os hábitos da senhora Atala [...]. Refira-se ainda que as conclusões do relatório de visita apresentado ao Tribunal de Apelações, no seu todo, foram aprovadas pelo referido Tribunal no mesmo dia da apresentação do referido relatório. O Tribunal de Apelações então passou a imputar acusações disciplinares contra a Sra. Atala, entre outras coisas, por sua orientação sexual [...]. 237. Levando em conta todos os fatos acima expostos, a Corte considera que houve preconceitos e estereótipos manifestados no relatório, o que demonstrou que aqueles que elaboraram e aprovaram o referido relatório não foram objetivos a esse respeito. Ao contrário, expressaram sua posição pessoal a respeito da orientação sexual da senhora Atala em um campo disciplinar no qual não era aceitável

nem legítima uma reprovação legal por esse fato. Conseqüentemente, a Corte estabelece que a visita extraordinária e a investigação disciplinar foram realizadas sem a necessária imparcialidade subjetiva, razão pela qual o Estado violou o artigo 8.1 em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana em detrimento de Karen Atala Riffo. [Corte IDH. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24-2-2012. Tradução livre.]

Art. 8

43. A Corte observa que os Estados estão obrigados a garantir que os juízes provisórios sejam independentes e, portanto, devem conceder-lhes certo tipo de estabilidade e permanência no cargo, uma vez que a condição provisória não equivale a livre destituição. Com efeito, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas afirmou que a exoneração de juízes pelo Poder Executivo antes do término do mandato para o qual foram nomeados, sem indicação de motivo específico e sem contar com proteção judicial efetiva para impugnar a exoneração, é incompatível com independência judicial [...]. Em sentido semelhante, a Corte considera que a provisoriedade não deve implicar qualquer alteração do regime de garantias para o bom desempenho do juiz e a salvaguarda dos próprios réus. Além disso, não deve ser prorrogada indefinidamente no tempo e deve estar sujeita a condição resolutiva, como o cumprimento de prazo predeterminado ou a realização e conclusão de concurso público que indique a substituição do desembargador provisório em uma base permanente [...]. As nomeações provisórias devem constituir uma situação excepcional e não a regra. Desta forma, a extensão no tempo do estatuto provisório dos juízes ou o fato de a maioria dos juízes se encontrar nesta situação geram importantes obstáculos à independência judicial. Essa situação de vulnerabilidade do Judiciário se acentua se não houver processos de afastamento que respeitem as obrigações internacionais dos Estados. 44. Esta Corte observou anteriormente que diferentes sistemas políticos criaram procedimentos rígidos tanto para a nomeação de juízes quanto para sua destituição. Sobre este último ponto, a Corte afirmou que a autoridade encarregada do processo de destituição de um juiz deve conduzir-se com imparcialidade no procedimento estabelecido para esse fim e permitir o exercício do direito de defesa [...]. Assim ocorre todas as vezes que o livre afastamento de juízes fomenta a dúvida objetiva

do observador sobre a efetiva possibilidade de aqueles decidirem controvérsias específicas sem temor de represálias [...]. 45. Por outro lado, uma vez que a nomeação dos juízes provisórios deve estar sujeita às condições de serviço que assegurem o exercício independente do seu cargo [...], o regime de promoção, transferência, atribuição de processos, suspensão e cessação de funções dos juízes permanentes devem ficar intactas no caso dos juízes que não possuem tal título. 46. No presente caso, a Corte observa que o Estado ofereceu às vítimas um processo perante o CFRSJ antes de sua demissão. Resta então determinar se tal procedimento cumpriu com as obrigações contraídas pelo Estado em virtude da Convenção Americana. A esse respeito, esta Corte indicou que [todos os órgãos que exercem funções de natureza materialmente jurisdicional têm o dever de adotar decisões justas baseadas no pleno respeito às garantias do devido processo estabelecidas no artigo 8 da Convenção Americana. [...]. 53. Por outro lado, a competência disciplinar do CFRSJ decorre de norma que emana da Assembleia Constituinte, e portanto de grau superior ao legal [...], instituída em 1999, ou seja, anterior à ação movida contra os magistrados da Primeira Vara [...]; não é um tribunal *ad hoc*, já que lhe foi outorgada competência de modo geral para conhecer de todos os processos disciplinares contra juízes venezuelanos sob um procedimento comum; e não há norma interna que tenha expressamente atribuído a competência para conhecer do processo em questão a outro órgão que não o CFRSJ. Por todas essas razões, a Corte não considera que haja violação do direito de ser julgado por um tribunal competente previamente estabelecido por lei, consagrado no artigo 8.1 da Convenção. [...] 54. Os argumentos da Comissão e do representante tratam conjuntamente da alegada falta de independência e imparcialidade do CFRSJ ao demitir os juízes Aritz, Rocha e Ruggeri. 55. A este respeito, a Corte destaca que, embora seja verdade que independência e imparcialidade estão relacionadas [...], também é verdade que elas têm seu próprio conteúdo jurídico. Assim, este Tribunal afirmou que um dos principais objetivos da separação dos poderes públicos é garantir a independência dos juízes [...]. Tal exercício autônomo deve ser garantido pelo Estado tanto em seu aspecto institucional, ou seja, em relação ao Judiciário como sistema, quanto em seu aspecto individual,

ou seja, em relação à pessoa do juiz específico. O objetivo da proteção é evitar que o sistema judiciário em geral e seus integrantes em particular sejam submetidos a eventuais restrições indevidas no exercício de sua função por órgãos externos ao Judiciário ou mesmo por aqueles magistrados que exercem funções de revisão ou recurso. 56. Por outro lado, a imparcialidade exige que o juiz que intervém em determinado litígio aborde os fatos do caso, isento, subjetivamente, de todo preconceito e, do mesmo modo, oferecendo garantias suficientes de caráter objetivo que permitam afastar qualquer dúvida que possa surgir, o réu ou a comunidade pode sustentar sobre a falta de imparcialidade [...]. 60. O juiz Rocha apresentou pedido de suspeição contra os membros do CFRSJ no mesmo dia em que foi proferida a decisão declarando sua demissão [...], mas antes de ser intimado [...]. No dia seguinte, o magistrado Apitz declarou o não conhecimento do pedido [...]. Este pedido também foi apresentado antes da intimação da sentença de exoneração. Não há registro nos autos de que o Juiz Ruggeri tenha apresentado qualquer pedido de suspeição ou não conhecimento. 61. No acórdão que determinou a respectiva demissão, não houve resposta expressa à arguição de suspeição apresentada pelo desembargador Rocha, mas foi reafirmado que os membros do CFRSJ “não serão susceptíveis de suspeição, mas devem abster-se nos casos previsto no artigo 36.º da Lei Orgânica do Procedimento Administrativo” [...]. Não há registro de qualquer resposta à arguição apresentada pelo Sr. Apitz. [...] 64. [...] a arguição é um instrumento processual destinado a proteger o direito de ser julgado por um órgão imparcial e não um elemento constitutivo ou definidor desse direito. Em outras palavras, um juiz que não pode ser contestado não é necessariamente – ou agirá de forma – tendencioso, da mesma forma que um juiz que pode ser contestado não é necessariamente – ou agirá de forma – imparcial. 65. A respeito da arguição de suspeição, a Corte considera que mesmo quando é permitida pela legislação interna, não é suficiente para garantir a imparcialidade do tribunal, uma vez que não foi demonstrado que o réu tenha algum recurso para questionar a imparcialidade de um juiz que atuou de forma tendenciosa. 66. Levando em conta o anterior, a Corte conclui que não existem provas que indiquem que o Estado tenha ignorado o direito das vítimas a serem julgadas por

um tribunal imparcial, mas ficou demonstrado que sua legislação [...] e a jurisprudência [...] os impediam de apresentar pedido de revisão sobre a imparcialidade do órgão julgador. Ou seja, não está provada a violação do dever de respeitar a lei, mas sim a falta de garantia da mesma. 67. Por todos esses motivos, a Corte declara que o Estado não garantiu o direito das vítimas a serem julgadas por um tribunal imparcial, o que constitui uma violação do artigo 8.1 da Convenção, de acordo com os artigos 1.1 e 2 da mesma. [Corte IDH. **Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 5-8-2008. Tradução livre.**]

113. No caso em tela, constatou-se que: a) poucas semanas antes da emissão da “resolução da diretoria” que tornava sem efeito jurídico o título de nacionalidade do senhor Ivcher, a Comissão Executiva do Judiciário alterou a composição do Conselho Constitucional e Social Câmara do Supremo Tribunal de Justiça [...]; b) Em 23 de junho de 1997, a referida Comissão aprovou uma norma outorgando à referida Câmara a faculdade de criar Câmaras Superiores e Juizados Especializados “[t]ransitórios” em Direito Público, bem como a faculdade de “indicar e/ou homologar” seus integrantes, o que na verdade aconteceu dois dias depois [...]; c) foi criado o Primeiro Juizado Empresarial Transitório Especializado em Direito Público e nomeado seu juiz o Sr. Percy Escobar, ex-escrivão e juiz criminal [...]; e d) o Juiz Escobar conheceu vários dos recursos interpostos pelo Sr. Ivcher em defesa de seus direitos como acionista da Companhia, bem como os interpostos pelos irmãos Winter [...]. 114. A Corte considera que o Estado, ao criar as Câmaras e Juizados Transitórios Especializados em Direito Público e nomear os juízes que as integravam, no momento em que ocorreram os fatos do caso *sub judice*, não garantiu ao senhor Ivcher Bronstein o direito de ser ouvido por juízes ou tribunais constituídos “anteriormente”, consagrado no artigo 8.1 da Convenção Americana. 115. Tudo o que foi exposto leva esta Corte a assinalar que esses juízes não cumpriram os padrões de competência, imparcialidade e independência exigidos pelo artigo 8.1 da Convenção. [Corte IDH. **Caso Ivcher Bronstein vs. Peru. Reparaciones e custas. Sentença de 6-2-2001. Tradução livre.**]

129. Constitui um princípio básico relativo à independência do poder judiciário que toda pessoa tenha o direito de ser julgada por tribunais ordinários de justiça de acordo com os procedimentos legalmente estabelecidos. O Estado não deve criar “tribunais que não apliquem regras processuais devidamente estabelecidas para substituir a jurisdição que normalmente corresponde aos tribunais ordinários”. 130. O juiz encarregado de conhecer um caso deve ser competente, independente e imparcial de acordo com o artigo 8.1 da Convenção Americana. No caso em estudo, as próprias forças armadas, imersas na luta contra os grupos insurgentes, encarregam-se de processar as pessoas ligadas a esses grupos. Esse ponto prejudica consideravelmente a imparcialidade que o juiz deve ter. Por outro lado, de acordo com a Lei Orgânica da Justiça Militar, a nomeação dos membros do Conselho Superior da Justiça Militar, órgão máximo da justiça militar, é feita pelo Ministro da respectiva área. São os membros do Conselho Militar Supremo que, por sua vez, determinam as futuras promoções, incentivos profissionais e atribuição de funções dos seus inferiores. Essa constatação lança dúvidas sobre a independência dos juízes militares. 131. Este Tribunal indicou que as garantias a que tem direito toda pessoa submetida a um processo, além de essenciais, devem ser judiciais, “o que implica a intervenção de um órgão judicial independente e imparcial, capaz de determinar a legalidade das ações que se cumprem no estado de exceção” [...]. 132. Em relação ao presente caso, a Corte entende que os tribunais militares que julgaram as supostas vítimas pelos crimes de traição à pátria não cumprem os requisitos inerentes às garantias de independência e imparcialidade estabelecidas no artigo 8.1. da Convenção Americana, como elementos essenciais do devido processo legal. 133. Além disso, o fato de os juízes envolvidos em processos por crimes de traição serem “sem rosto” determina a impossibilidade de o réu conhecer a identidade do juiz e, portanto, avaliar sua competência. Essa situação é agravada pelo fato de que a lei proíbe a recusa dos referidos juízes. 134. Com base em todo o exposto, a Corte declara que o Estado violou o artigo 8.1 da Convenção. [Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru. Mérito, reparações e custas. Sentença de 30-3-1999. Tradução livre.**]

- **Competência de autoridade pública administrativa, legislativa ou judicial em caso de julgamento político**

67. Conforme ficou estabelecido no presente caso, a destituição das três supostas vítimas foi resultado da aplicação de uma sanção pelo Poder Legislativo no âmbito de um processo político [...]. 71. De acordo com a separação de poderes públicos existente no Estado de Direito, embora a função jurisdicional seja prioritariamente do Poder Judiciário, outros órgãos ou autoridades públicas podem exercer funções do mesmo tipo. Em outras palavras, quando a Convenção se refere ao direito de toda pessoa a ser ouvida por um “juiz ou tribunal competente” para a “determinação de seus direitos”, esta expressão se refere a qualquer autoridade pública, seja ela administrativa, legislativa ou judicial, que por meio de suas resoluções determina direitos e obrigações das pessoas. Pelo exposto, este Tribunal considera que qualquer órgão do Estado que exerça funções de natureza materialmente jurisdicional tem a obrigação de adotar resoluções de acordo com as garantias do devido processo legal nos termos do artigo 8 da Convenção Americana. [...] 77. A respeito do exercício das atribuições do Congresso para realizar um julgamento político, do qual derivará a responsabilidade de um funcionário público, a Corte considera necessário lembrar que qualquer pessoa submetida a um julgamento de qualquer natureza perante um órgão do Estado deve ter a garantia de que o referido órgão é competente, independente e imparcial e atua nos termos do procedimento legalmente estabelecido para o conhecimento e resolução do caso que lhe seja submetido. [**Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Peru. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31-1-2001. Tradução livre.**]

No mesmo sentido: **Corte IDH. Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá. Mérito, reparações e custas. Sentença de 2-2-2001; Corte IDH. Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador. Mérito, reparações e custas. Sentença de 5-10-2015.**

GARANTIA DO PRAZO RAZOÁVEL

- **Direito de ser julgado em um prazo razoável: evolução dos critérios**

Art. 8

193. A Corte recorda que o artigo 8.1 da Convenção exige que os fatos investigados em um processo penal sejam resolvidos dentro de um prazo razoável, já que uma demora prolongada pode constituir, em certos casos, por si só, uma violação das garantias judiciais [...]. Da mesma forma, a jurisprudência desta Corte considerou quatro elementos para determinar se a garantia judicial de prazo razoável foi ou não cumprida, a saber: a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciárias, e d) a afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo. Da mesma forma, cabe ao Estado justificar, com base em tais critérios, o motivo pelo qual ocorreu o tempo transcorrido para tramitar o caso [...]. 194. Embora seja verdade que para analisar seu prazo razoável, em termos gerais, a Corte deve considerar a duração global de um processo até a sentença final [...], em algumas situações particulares uma avaliação específica de suas diferentes fases pode ser pertinente [...]. [Corte IDH. **Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia**. Exceções Preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2017. Tradução livre.]

Vide: Corte IDH. **Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) vs. Colômbia**. Exceções Preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 20-11-2013, par. 403.

149. Quanto ao estágio de execução das ordens judiciais, este Tribunal reconheceu que a falta de execução das sentenças está “diretamente vinculada à tutela jurisdicional efetiva para a execução de decisões nacionais” [...], razão pela qual tem conduzido sua análise à luz do artigo 25 da Convenção Americana. No entanto, a Corte considera que a análise do estágio de execução das sentenças também pode ser abordada para calcular o prazo de duração de um processo, a fim de determinar sua incidência no prolongamento do prazo razoável de um processo [...]. [Corte IDH. **Caso Furlan e familiares vs. Argentina**.

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2012. Tradução livre.]

222. Com relação à conduta das autoridades no processo judicial, em 10 de dezembro de 1998, data em que o Brasil reconheceu a competência do Tribunal, estava pendente uma decisão do Estado, opondo-se a uma determinação do juiz de primeira instância para apresentar informações sobre a Guerrilha do Araguaia. Entretanto, após apelação e demais recursos interpostos pelo Estado, os quais foram rejeitados pelos tribunais superiores [...] a decisão transitou em julgado em 9 de outubro de 2007 [...]. Demorou mais de sete meses para que os autos retornassem, em maio de 2008, ao juiz de primeiro grau para dar início à execução da sentença [...]. Finalmente, apesar dessa decisão definitiva, a execução da sentença começou 18 meses depois, em 12 de março de 2009 [...]. Apesar de a autoridade judiciária ter ordenado a entrega da documentação, o Estado Federal requerido não a forneceu com base em diversos argumentos e em inúmeros recursos, sendo finalmente entregue vários anos depois de solicitada. Com efeito, a Corte observa que, durante a tramitação da Ação Ordinária, o Estado afirmou em 1999 que [...] em abril de 2000 o Ministério da Defesa informou a inexistência do referido relatório [...], não obstante, em julho de 2009, o Sindicato apresentou inúmeros documentos sobre a Guerrilha do Araguaia [...].

224. A Corte observa que, contados a partir de 10 de dezembro de 1998, transcorreram o prazo de nove anos até a data em que a Sentença transitou em julgado, em 9 de outubro de 2007, e de 11 anos até a ordem de execução, 12 de março de 2009, ou seja, ultrapassou-se excessivamente um prazo que poderia ser considerado razoável. 225. A Corte IDH, portanto, conclui que a Ação Ordinária no presente caso excedeu o prazo razoável e, portanto, o Brasil violou o direito às garantias judiciais estabelecido no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 13 e 1.1, em detrimento das pessoas determinadas de acordo com os parágrafos 212 e 213 desta Sentença. [Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Exceções Preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24-11-2010. Tradução livre.]**

155. A Corte estabeleceu que três elementos devem ser levados em conta para determinar a razoabilidade do termo: a) a complexidade do assunto, b) a atividade processual da parte interessada, e c) a conduta das autoridades judiciais [...]. A Corte considera pertinente especificar, ademais, que na referida análise de razoabilidade deve-se levar em conta o impacto gerado pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa nele envolvida, considerando, entre outros elementos, a matéria objeto da controvérsia. Se a passagem do tempo tiver um impacto significativo na situação jurídica do particular, será necessário que o procedimento corra com mais diligência para que o caso seja resolvido em curto espaço de tempo. [Corte IDH. **Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia. Mérito, reparações e custas. Sentença de 27-11-2008. Tradução livre.**]

168. A razoabilidade do prazo a que se refere este preceito deve ser apreciada em relação à duração total do processo, desde o primeiro ato processual até ao trânsito em julgado da sentença. A Corte decidiu no sentido de que, em matéria penal, o prazo começa na data da apreensão do indivíduo [...]. Quando essa medida não for aplicável, mas estiver em curso um processo-crime, esse prazo deverá ser contado a partir do momento em que a autoridade judiciária tomar conhecimento do caso. [Corte IDH. **Caso Tibi vs. Equador. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-9-2004. Tradução livre.**]

77. O artigo 8.1 da Convenção também se refere ao prazo razoável. Este não é um conceito facilmente definido. Os elementos indicados pela Corte Europeia de Direitos Humanos em diversas decisões nas quais este conceito foi analisado podem ser invocados para especificá-lo, já que este artigo da Convenção Americana é essencialmente equivalente ao artigo 6 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos. Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Segundo a Corte Europeia, três elementos devem ser levados em conta para determinar a razoabilidade do prazo em que ocorre o processo: a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; e c) a conduta das autoridades judiciais [...]. 81. Além do estudo de possíveis demoras nas diversas etapas do processo, o Tribunal Europeu tem utilizado para

determinar a razoabilidade do prazo em todo o processo o que chama de “análise global do processo” [...]. Mesmo quando excluídos o inquérito policial e o termo utilizado pela Procuradoria-Geral da República da Nicarágua para formular uma denúncia perante o juiz de primeira instância, isto é, computando-se a partir de 23 de julho de 1991, data em que aquele juiz emitiu a ordem de abertura do processo, até a presente data, quando ainda não foi proferida uma sentença definitiva, transcorreram mais de cinco anos neste processo, prazo que esta Corte considera que ultrapassa os limites da razoabilidade previstos no artigo 8.1 da Convenção. [Corte IDH. **Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 29-1-1997. Tradução livre.]

70. O princípio do “prazo razoável” a que se referem os artigos 7.5 e 8.1 da Convenção Americana visa evitar que os réus permaneçam acusados por muito tempo e garantir que a situação seja decidida prontamente. No presente caso, o primeiro ato do procedimento é a prisão do senhor Suárez Rosero em 23 de junho de 1992 e, portanto, a partir desse momento o prazo deve começar a ser avaliado. [Corte IDH. **Caso Suárez Rosero vs. Equador**. Mérito. Sentença de 12-11-1997. Tradução livre.]

- **Direito subjetivo à prestação jurisdicional sem indevidas dilações**

Não questiono a asserção de que assiste a qualquer pessoa – notadamente àquelas que se acham cautelarmente privadas de sua liberdade – o direito público subjetivo à prestação jurisdicional do Estado, a ser por este efetivada sem indevidas dilações. Trata-se de direito que, instituído em favor de todos os cidadãos, vem proclamado em importantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos básicos da pessoa humana (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, 1; Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, art. 6º, 1, v.g.). [...] Ocorre, no entanto, considerado o contexto delineado na presente causa, que não se apresenta caracterizada, na espécie, a alegada situação configuradora de excesso de prazo [...]. [STF. **HC 85.283**, rel. min. Celso de Mello, j. 26-4-2005, 2ª T, DJE de 1º-8-2013.]

No mesmo sentido: STF. HC 83.842, rel. min. Celso de Mello, j. 30-3-2004, 2ª T, DJ de 11-6-2004.

JUSTIÇA MILITAR

• Competência restrita da justiça militar

Art. 8

117. Em um Estado Democrático de Direito, a jurisdição penal militar deve ter alcance restritivo e excepcional e estar voltada para a proteção de bens jurídicos especiais, vinculados às funções que a lei atribui às Forças Armadas. Assim, o julgamento de civis deve ser excluído do âmbito da jurisdição militar e os militares apenas devem ser julgados pela prática de crimes ou contravenções que, pela sua própria natureza, ameacem bens jurídicos da ordem militar. [...] 125. Com relação à afirmação sobre a parcialidade e dependência da justiça militar, é razoável considerar que os funcionários da jurisdição militar que atuaram no processo destinado a investigar os fatos de El Frontón careceram de imparcialidade e independência exigida pelo artigo 8.1 da Convenção para investigar os fatos de maneira efetiva e exaustiva e punir os responsáveis por eles. [Corte IDH. **Caso Durand e Ugarte vs. Peru**. Mérito. Sentença de 16-8-2000. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Ortiz Hernández e outros vs. Venezuela**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 22-8-2017; Corte IDH. **Caso Palamara-Iribarne vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2005; Corte IDH. **Caso Cesti Hurtado vs. Peru**. Mérito. Sentença de 29-9-1999.

128. A Corte observa que a jurisdição militar foi estabelecida por várias leis para manter a ordem e a disciplina dentro das forças armadas. Além disso, essa jurisdição funcional reserva a sua aplicação aos militares que tenham cometido um crime ou contravenção no exercício das suas funções e em determinadas circunstâncias. Nesse sentido, foi definido na própria legislação peruana (artigo 282 da Constituição Política de 1979). A transferência de poderes da justiça comum para a justiça militar, e o conseqüente julgamento de civis pelo crime de traição à pátria

nessa jurisdição, significa excluir o juiz natural do conhecimento dessas causas. Com efeito, a jurisdição militar não é naturalmente aplicável aos civis que carecem de funções militares e que, por isso, não podem exercer conduta contrária a deveres funcionais dessa natureza. [Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 30-3-1999. Tradução livre.]

61. Em primeiro lugar, ao aplicar os Decretos-Lei nº 25.659 (crime de traição) e nº 25.475 (crime de terrorismo) emitidos pelo Estado, a jurisdição militar do Peru violou o artigo 8.1 da Convenção, a pedido de um juiz competente. Com efeito, ao emitir uma sentença definitiva de absolvição pelo delito de traição contra a pátria de que foi acusada a senhora María Elena Loayza Tamayo, a jurisdição militar carecia de competência para mantê-la detida e menos ainda para determinar, na sentença absolutória definitiva, que, “existindo indícios da prática do crime de terrorismo, deve-se remeter os processos pertinentes ao Foro Comum e colocar a denunciada à disposição da Autoridade competente”. Com essa conduta, os tribunais militares, agindo *ultra vires*, usurparam a jurisdição e invadiram as competências dos órgãos judiciais ordinários, uma vez que, de acordo com o referido Decreto-Lei nº 25.475 (crime de terrorismo), a investigação deste crime correspondia ao Tribunal Nacional Polícia e Ministério Público e aos juízes ordinários o conhecimento dos mesmos. Por outro lado, essas autoridades judiciárias comuns eram as únicas que tinham poderes para ordenar a prisão preventiva do acusado. Como se depreende do exposto, os referidos Decretos-Lei nº 25.659 (crime de traição) e nº 25.475 (crime de terrorismo) dividiram a competência entre os tribunais militar e ordinário e atribuíram o conhecimento do crime de traição à pátria ao primeiro e o de terrorismo ao segundo. 62. Em segundo lugar, a senhora María Elena Loayza Tamayo foi processada e condenada por um processo excepcional no qual, obviamente, os direitos fundamentais que compõem o devido processo foram significativamente restringidos. Esses processos não atendem aos padrões de um julgamento justo, uma vez que a presunção de inocência não é reconhecida; os réus estão proibidos de contradizer as provas e ter controle sobre elas; o poder do defensor é limitado ao ser impedido de comunicar-se livremente com o acusado e de intervir

com pleno conhecimento em todas as fases do processo. O fato de a senhora María Elena Loayza Tamayo ter sido condenada no foro ordinário com base em provas supostamente obtidas no processo militar, apesar de ser incompetente, teve contra ela consequências negativas no foro ordinário. 63. O Peru, por meio da jurisdição militar, violou o artigo 8.2 da Convenção, que consagra o princípio da presunção de inocência, ao atribuir à senhora María Elena Loayza Tamayo a prática de um crime diferente daquele pelo qual foi acusada e processada, sem ter competência para tanto, já que em todo caso, como já foi dito [...] esta acusação só pode ser feita no foro ordinário competente. [Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo vs. Peru**. Mérito. Sentença de 17-9-1997. Tradução livre.]

- **Justiça militar e devido processo legal**

O agravante [...] teve assegurada a oportunidade de ser ouvido pessoalmente, no curso do processo que tramitou perante o Conselho de Justificação, nos termos da Lei nº 5.836/1972. No STM, o agravante pôde apresentar defesa escrita, conforme previsto no referido diploma legal. Garantida a oitiva, dentro dos parâmetros estabelecidos em lei, o procedimento não denota incompatibilidade com o estatuído no art. 8º, item 1, do Pacto de São José da Costa Rica. [STF. **RMS 37.764 AgR**, rel. min. Rosa Weber, j. 15-9-2021, 1ª T, DJE de 21-9-2021.]

- **Afastamento da competência da Justiça Castrense no julgamento de militar da ativa**

Tal a importância do processamento e julgamento da causa por um juiz imparcial, que a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8.1, assenta essa garantia judicial de forma expressa, nos seguintes termos: [...]. Fixadas essas premissas, observo que, na linha do entendimento firmado por esta Corte, a tão só condição de militar da ativa não é suficiente para atrair a excepcional competência da Justiça Castrense. A controvérsia discutida se refere à competência para julgamento de estelionato praticado por militar contra outro militar,

ambos da ativa, cometido fora do exercício da função e por motivação completamente alheia às atividades militares. Com efeito, na linha do entendimento firmado por esta Corte, ressalto que a condição de militar da ativa não é suficiente para atrair a excepcional competência da Justiça Castrense. [STF. HC 114.523, rel. min. Gilmar Mendes, j. 21-5-2013, 2ª T, DJE de 5-6-2013.]

No mesmo sentido: STF. RHC 111.025, rel. min. Gilmar Mendes, j. 10-4-2012, 2ª T, DJE de 24-4-2012.

Art. 8

8.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- **Presunção de inocência: vinculação com a prisão preventiva**

77. Este Tribunal considera que a finalidade das garantias judiciais fundamenta o princípio da presunção de inocência, ao afirmar a ideia de que uma pessoa é inocente até que se prove o contrário. Do disposto no artigo 8.2 da Convenção deriva a obrigação do Estado de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários para assegurar que não impeça o bom desenvolvimento das investigações e que estas não se subtraíam à ação da justiça, porque a prisão preventiva é uma medida cautelar, não punitiva. Este conceito está expresso em múltiplos instrumentos do direito internacional dos direitos humanos e, entre outros, no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, que estabelece que a prisão preventiva de pessoas a serem julgadas não deve ser a regra geral (artigo 9.3). Do contrário, cometer-se-ia injustiça ao privar de liberdade, por tempo desproporcional à pena que corresponderia ao crime imputado, pessoas cuja responsabilidade penal não tenha sido apurada. Seria o mesmo que antecipar uma sentença, o que é contrário aos princípios gerais do direito universalmente reconheci-

dos. [Corte IDH. **Caso Suárez Rosero vs. Equador**. Mérito. Sentença de 12-11-1997. Tradução livre.]

- **Presunção de inocência e regra de tratamento**

119. A Corte observa, em primeiro lugar, que no presente caso ficou provado que o senhor Cantoral Benavides foi apresentado perante a mídia, vestido com roupa depreciativa, como autor do crime de traição à pátria, quando ainda não havia sido processado nem condenado. [...]

120. O princípio da presunção de inocência, como pode ser deduzido do Artigo 8(2) da Convenção, exige que uma pessoa não pode ser condenada até que haja prova cabal de sua culpa. Se houver provas incompletas ou insuficientes contra ela, não é apropriado condená-la, mas absolvê-la. [Corte IDH. **Caso Cantoral Benavides vs. Peru**. Mérito. Sentença de 18-8-2000. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2004; Corte IDH. **Caso Tibi vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-9-2004.

- **Presunção de inocência e regra de julgamento e prova**

112. Está provado que o senhor Acosta Calderón esteve detido de 15 de novembro de 1989 a 8 de dezembro de 1994 [...]. Esta privação de liberdade foi arbitrária e excessiva [...], pois não havia motivos que justificassem a detenção preventiva do senhor Acosta Calderón por mais de cinco anos. 113. Os artigos 9º e 10º da Lei de Controle e Fiscalização do Tráfico de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas preveem que qualquer infração a estes últimos deve ser apurada por meio de relatório obrigatório do Departamento Nacional de Controle e Fiscalização de Entorpecentes [...]. Tal relatório, se fosse o caso, verificaria a existência de qualquer entorpecente e incluiria uma amostra da droga destruída. O Estado nunca cumpriu os procedimentos estabelecidos na legislação interna em relação ao referido relatório. 114. Apesar de não ter sido demonstrado por meios técnicos ou científicos, conforme exigido por

lei, que as substâncias cuja posse foi atribuída ao senhor Acosta Calderón eram entorpecentes, os tribunais levaram a cabo o processo contra o réu com base na declaração policial [...] de quem fez a prisão. Isso demonstra que houve uma tentativa de incriminar o senhor Acosta Calderón sem provas suficientes para fazê-lo, presumindo sua culpa e violando o princípio da presunção de inocência. 115. Com base em todo o exposto, a Corte declara que o Estado violou, em detrimento do senhor Acosta Calderón, o direito à presunção de inocência, reconhecido no artigo 8.2 da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1(1) da mesma. [Corte IDH. **Caso Acosta Calderón vs. Equador. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24-6-2005. Tradução livre.**]

153. A Corte indicou que o artigo 8.2 da Convenção exige que uma pessoa não possa ser condenada até que haja prova cabal de sua responsabilidade criminal. Havendo provas incompletas ou insuficientes contra ela, não cabe condená-la, mas absolvê-la [...]. Nesse sentido, a Corte tem afirmado que a finalidade das garantias judiciais fundamenta o princípio da presunção de inocência, ao afirmar a ideia de que uma pessoa é inocente até que se prove sua culpa [...]. 154. A Corte considera que o direito à presunção de inocência é um elemento essencial para a efetiva realização do direito de defesa e acompanha o acusado durante todo o trâmite do processo até que seja transitada em julgado a condenação que determine sua culpa. Este direito implica o arguido não ter que provar que não cometeu o crime que lhe é atribuído, uma vez que o *onus probandi* é do acusador. [...] 161. Com base nas razões anteriores, a Corte considera claro que tanto o Juizado de Primeira Instância Criminal do Primeiro Turno quanto o Tribunal de Apelação Criminal da Terceira Câmara presumiram a intenção do Sr. Canese e, com base nisso, exigiram que ele refutasse a existência de sua intenção dolosa. Dessa forma, os referidos tribunais não presumiram a inocência do acusado, pelo que a Corte conclui que o Estado violou, em detrimento do senhor Canese, o artigo 8.2 da Convenção Americana. 162. Por outro lado, a respeito da restrição para sair do país, a Corte indicou que esta restrição pode se tornar substitutiva da pena privativa de liberdade se continuar a ser aplicada quando tiver deixado de cumprir sua função de segurança processual [...]. 149. No presente caso, foi estabelecido,

de acordo com os parâmetros anteriores, que a restrição ao direito de locomoção aplicada ao senhor Canese por oito anos e quase quatro meses tornou-se desnecessária e desproporcional [...] para garantir que ele não fugisse de sua responsabilidade criminal em caso de execução da sentença. Na prática, isso significou uma antecipação da pena que havia sido imposta e que nunca foi cumprida, o que constitui uma violação do direito à presunção de inocência contemplado no artigo 8.2 da Convenção. [Corte IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguai. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2004. Tradução livre.**]

- **Impossibilidade de execução provisória da pena**

No julgamento do caso *Suárez Rosero Vs. Equador*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, interpretando o citado artigo 8.2 da Convenção Americana, assentou o entendimento de que antecipar a execução da pena à devida comprovação da culpabilidade, nos termos da lei doméstica, traduz procedimento contrário aos princípios gerais de direito universalmente reconhecidos. [...] O que entendeu a Corte Interamericana, no caso, é que, uma vez adotado, no marco legal do Estado, um determinado procedimento para reconhecimento da culpa, este procedimento, desde que forneça suficientes garantias ao devido processo legal e ao direito de ampla defesa, deve ser observado necessariamente, não podendo o Estado deixar de observar as garantias legais por ele mesmo asseguradas. É importante ressaltar que, pela sua própria natureza, dependente de delicados consensos, o direito internacional dos direitos humanos afirma pisos proativos, patamares civilizatórios mínimos, sendo absolutamente despropositado invocar instrumentos internacionais asseguradores de liberdades subjetivas como barreiras de contenção do desenvolvimento nacional dos regimes de liberdades, como normas fixadoras de limites para os direitos viáveis. Tanto é que prevalece, nessa seara, o princípio *pro homine* [...] O princípio da primazia da norma mais favorável foi positivado no Artigo 29, “b”, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), preceito que proíbe categoricamente seja ela interpretada como limite ao gozo ou exercício de qualquer direito ou liberdade reconhecido de

acordo com as leis do Estado-parte. [...] Em decorrência, é um verdadeiro *non sequitur* afirmar que, se a Convenção, no seu Artigo 8, § 2 – ou, para esses fins, qualquer outro instrumento internacional assegurador de liberdades subjetivas – não dá à presunção de inocência a dimensão que lhe Confere a Constituição brasileira, não poderia o seu autor, o Poder Constituinte, legitimamente fazê-lo. [...] A Constituição de 1988 não assegura uma presunção de inocência meramente principiológica. Ainda que não o esgote, ela delimita o âmbito semântico do conceito legal de culpa, para fins de condenação criminal, na ordem jurídica por ela estabelecida. E o faz ao afirmar categoricamente que a culpa supõe o trânsito em julgado. Em outras palavras, a presunção de inocência, a assegurada nos instrumentos internacionais, lida segundo a ótica da Constituição, perdura, íntegra, enquanto não transitar em julgado a decisão condenatória. [STF. [ADC 43](#), rel. min. Marco Aurélio, voto da min. Rosa Weber, j. 7-11-2019, P, *DJE* de 12-11-2020.]

No mesmo sentido: STF. [ADC 44](#), rel. min. Marco Aurélio, voto da min. Rosa Weber, j. 7-11-2019, P, *DJE* de 12-11-2020; STF. [ADC 54](#), rel. min. Marco Aurélio, voto da min. Rosa Weber, j. 7-11-2019, P, *DJE* de 12-11-2020; STF. [HC 84.078](#), rel. min. Eros Grau, j. 5-2-2009, P, *DJE* de 26-2-2010.

Em sentido contrário: STF. [ADC 43 MC](#), rel. min. Marco Aurélio, j. 5-10-2016, 1ª T, *DJE* de 7-3-2018; STF. [ADC 44 MC](#), rel. min. Marco Aurélio, j. 5-10-2016, 1ª T, *DJE* de 7-3-2018; STF. [RE 1.092.362 AgR](#), rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Alexandre de Moraes, j. 20-8-2019, 1ª T, *DJE* de 28-10-2019; STF. [HC 171.891 AgR](#), rel. min. Alexandre de Moraes, j. 9-8-2019, 1ª T, *DJE* de 20-8-2019; STF. [RE 696.533](#), rel. min. Luiz Fux, red. do ac. min. Roberto Barroso, j. 6-2-2018, 1ª T, *DJE* de 5-3-2018; STF. [HC 126.292](#), rel. min. Teori Zavascki, j. 17-2-2016, P, *DJE* de 17-5-2016.

- **Dosimetria da pena: desconsideração de inquéritos policiais e ações penais em curso como maus antecedentes**

A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para

fins de dosimetria da pena. [STF. Tese definida no RE 591.054, rel. min. Marco Aurélio, j. 17-12-2014, P, DJE de 26-2-2015, Tema 129.]

Art. 8

Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. [...] Esse ponto de vista está em absoluta consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na decisão relativa ao caso Ricardo Canese (sentença de 31 de agosto de 2004, série C, n. 111, parágrafo 154), por exemplo, referiu-se ao princípio consubstanciado no art. 8.2 do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado entre nós pelo Decreto 678/2002, como um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa, a acompanhar o acusado durante toda a tramitação do processo, até que o título condenatório no qual assentada a culpabilidade transite em julgado. Em pronunciamento alusivo ao caso *Cabrera García e Montiel Flores* (sentença de 26 de novembro de 2010, série C, n. 220, parágrafo 184), entendeu vulneradora da garantia a decisão judicial em que refletida opinião a selar a culpa do acusado antes de este vir a ser pronunciado como tal. No julgamento dos casos *Tibi* (sentença de 7 de setembro de 2004, série C, n. 114, parágrafo 182) e *Cantoral Benavides* (sentença de 18 de agosto de 2000, série C, n. 69, parágrafo 120), assinalou ser defeso ao Estado condenar informalmente uma pessoa ou emitir juízo de valor à sociedade, de molde a formar opinião pública, enquanto não chancelada a responsabilidade penal. [STF. RE 591.054, rel. min. Marco Aurélio, j. 17-12-2014, P, DJE de 26-2-2015, Tema 129.]

- **Impossibilidade da análise da compatibilidade do art. 168-A do CP com a CADH em recurso extraordinário**

I – Não é possível analisar em recurso extraordinário a compatibilidade do art. 168-A do CP [Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional] com o art. 8º, alínea 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista o disposto no art. 102, III, da Constituição Federal. Precedentes. II – O Supremo Tribunal Federal já definiu que a violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos

limites da coisa julgada e do devido processo legal, quando implicarem em exame de legislação infraconstitucional, é matéria sem repercussão geral (Tema 660 – ARE 748.371-RG/SP) [STF. ARE 1.269.728 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 28-9-2020, 2ª T, DJE de 2-10-2020.]

- **Estado de dúvida e inadmissibilidade da pronúncia com base no princípio *in dubio pro societate***

Art. 8

Dúvida e impronúncia: diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido da não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, impõe-se a impronúncia dos imputados, o que não impede a reabertura do processo em caso de provas novas (art. 414, parágrafo único, CPP). Primazia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF e art. 8.2, CADH). [STF. ARE 1.067.392, rel. min. Gilmar Mendes, j. 26-3-2019, 2ª T, DJE de 2-7-2020.]

8.2.a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

- **Assistência linguística aos povos indígenas**

100. Este Tribunal considera que para garantir às vítimas o acesso à justiça – como membros do povo indígena maia – e para que a investigação dos fatos seja realizada com a devida diligência, sem obstáculos e sem discriminação, o Estado deve assegurar que possam compreender e fazer-se entender nos processos judiciais instaurados, disponibilizando-lhes intérpretes ou outros meios eficazes para o efeito. Além disso, o Estado deve garantir, na medida do possível, que as vítimas do presente caso não tenham que fazer esforços excessivos ou exagerados para acessar os centros de administração de justiça encarregados de investigar este caso. Sem prejuízo do anterior, a Corte considera necessário ordenar ao Estado o pagamento de uma quantia para gastos futuros, como forma de

garantir que as vítimas possam atuar no processo penal aberto perante os tribunais ordinários. [Corte IDH. **Caso Tiu Tojín vs. Guatemala.** Mérito, reparações e custas. Sentença de 26-11-2008. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Fernández Ortega e outros vs. México.** Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 30-8-2010.

- **Assistência linguística aos estrangeiros**

119. Para atingir seus objetivos, o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados à justiça. É assim que se aborda o princípio da igualdade perante a lei e os tribunais [...] e a correlata proibição de discriminação. A presença de condições de desigualdade real obriga a adoção de medidas compensatórias que contribuam para reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impedem ou reduzem a efetiva defesa dos próprios interesses. Se não existissem esses meios de compensação, amplamente reconhecidos em vários aspectos do processo, seria difícil dizer que aqueles que se encontram em condições desfavorecidas gozam de verdadeiro acesso à justiça e se beneficiam do devido processo legal em condições de igualdade com aqueles que não enfrentam essas desvantagens. [...] 120. Por essa razão, é disponibilizado tradutor para aqueles que não conheçam o idioma no qual o procedimento é realizado, e também por essa razão é assegurado ao estrangeiro o direito de ser informado em tempo hábil de que pode contar com assistência consular. São meios para que os arguidos possam usufruir plenamente de outros direitos que a lei reconhece a todas as pessoas. Esses e estes, indissolavelmente ligados entre si, formam o conjunto de garantias processuais e concorrem para integrar o devido processo legal. 121. No caso a que se refere a presente Opinião Consultiva, há que ter em conta a real situação dos estrangeiros sujeitos a processos penais, dos quais dependem os seus mais valiosos bens jurídicos e, eventualmente, a sua própria vida. É evidente que, em tais circunstâncias, a notificação do direito de comunicação com o representante consular do seu país contribuirá para melhorar consideravelmente as suas possibilidades de defesa e que os atos pro-

cessuais em que intervêm – e entre eles os correspondentes a processos policiais – sejam realizados com maior observância da lei e respeito pela dignidade das pessoas. 122. Nesse sentido, a Corte considera que o direito individual analisado nesta Opinião Consultiva deve ser reconhecido e considerado no marco das garantias mínimas para oferecer aos estrangeiros a oportunidade de preparar adequadamente sua defesa e ter um julgamento justo. [Corte IDH. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal. Opinião Consultiva OC-16/99, de 1º-10-1999*. Tradução livre.]

8.2.b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

- **Denúncia genérica e trancamento de processo penal**

Habeas Corpus. Direito penal e processual penal. Denúncia genérica. Responsabilidade penal objetiva. Inépcia. Acusação não descreve, de forma minimamente satisfatória, os elementos do tipo penal que imputa ao paciente. Narrativa manifestamente precária no que diz respeito à necessária individualização da conduta do paciente para que se possa verificar sua autoria e, conseqüentemente, a devida subsunção de seu comportamento ao mencionado tipo penal em termos objetivos e subjetivos. Respeito ao contraditório e ao direito à comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada (art. 8.2.b, CADH). Ordem concedida para trancar o processo penal. [STF. *HC 182.458 AgR*, rel. min. Edson Fachin, red. do ac. min. Gilmar Mendes, j. 27-9-2021, 2ª T, DJE de 8-11-2021.]

- **Denúncia válida: narração clara e precisa do fato criminoso**

É apta a denúncia que descreve, de maneira clara e minuciosa, as condutas imputadas ao réu, bem como faz referência aos elementos de prova que sustentam a acusação. [...] A Constituição da República, no art. 5º, inc. LV, assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios e

recursos a ela inerentes. Dentre tais meios, o Pacto de São José da Costa Rica prevê, no art. 8º, 2, *b*, a garantia judicial da comunicação *prévia* e *pormenorizada ao acusado da acusação*. Igualmente, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos prescreve, no art. 14, 3, *a*, que a pessoa da prática de delito deve ser informada sem demora, em língua e linguagem que compreenda e de forma minuciosa, a respeito da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada. Com efeito, o pressuposto lógico radical do exercício dos poderes da defesa é o direito original de o acusado ser informado da imputação que lhe pesa. Está nisso a fonte mesma de todas as garantias do direito de defesa que compõem o justo processo da lei (*due process of law*). [STF. **HC 89.518**, rel. min. Cezar Peluso, j. 15-12-2009, 2ª T, DJE de 12-2-2010.]

No mesmo sentido: STF. **Inq 2.424**, rel. min. Cezar Peluso, j. 26-11-2008, P, DJE de 26-3-2010; STF. **Inq 2.462**, rel. min. Cezar Peluso, j. 5-6-2008, P, DJE de 29-8-2008; STF. **Inq 2.455**, rel. min. Cezar Peluso, j. 5-6-2008, P, DJE de 29-8-2008; STF. **Inq 2.555**, rel. min. Cezar Peluso, j. 5-6-2008, P, DJE de 29-8-2008; STF. **HC 88.978**, rel. min. Cezar Peluso, j. 4-9-2007, 2ª T, DJE de 21-9-2007; STF. **HC 90.749**, rel. min. Cezar Peluso, j. 7-8-2007, 2ª T, DJE de 5-10-2007; STF. **HC 88.359**, rel. min. Cezar Peluso, j. 14-11-2006, 2ª T, DJ de 9-3-2007; STF. **HC 86.609**, rel. min. Cezar Peluso, j. 6-6-2006, 1ª T, DJ de 23-6-2006.

- **Citação por edital: defensor constituído e ausência de cientificação da acusação**

Constituem garantias do acusado, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, o devido processo legal, o contraditório – alcançado o direito de ser ouvido – e a ampla defesa, observada a necessidade de ser informado sobre o conteúdo da acusação. A Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 8º, item 2, alíneas “b” e “d”, dispõe consubstanciar as garantias mínimas do acusado a “comunicação prévia e pormenorizada” da acusação formulada e o direito de “defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor”. Embora tenha o Juízo designado a Defensoria Pública para representar o recor-

rente, tem-se que a presença de defensor atendeu apenas formalmente a exigência do contraditório, não afastando vício decorrente do prosseguimento do processo-crime sem que o recorrente tenha sido cientificado da acusação. [STF. RHC 115.042, rel. min. Marco Aurélio, j. 22-3-2021, 1ª T, DJE de 13-4-2021.]

- **Art. 366 do Código de Processo Penal: citação por edital, prosseguimento do processo e direito à autodefesa**

Art. 8

Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso. [STF. Tese definida no RE 600.851, rel. min. Edson Fachin, j. 7-12-2020, P, DJE de 23-2-2021, Tema 438.]

6. Afronta as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal) o prosseguimento do processo penal em caso de inatividade processual decorrente de citação ficta. Direito subjetivo à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada contra si, assim como à autodefesa e à constituição de defensor. Previsões da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 8º, item 2, alíneas “b” e “d”) e do Pacto de Direitos Civis e Políticos (art. 14, item 3, alíneas “a” e “d”). [STF, RE 600.851, rel. min. Edson Fachin, j. 7-12-2020, P, DJE de 23-2-2021, Tema 438.]

- **Constitucionalidade da citação por hora certa**

1. É constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362, do Código de Processo Penal. 2. A ocultação do réu para ser citado infringe cláusulas constitucionais do devido processo legal e viola as garantias constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo. [STF. Tese definida no RE 635.145, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Luiz Fux, j. 1º-8-2016, P, DJE de 13-9-2017, Tema 613.]

No momento em que o oficial de Justiça efetiva a citação com pessoa da família ou vizinho do acusado, no endereço em que ele reside ou trabalha, deixando com o responsável cópia da citação, evidencia-se a comunicação prévia e pormenorizada da acusação a que alude o Pacto de São José da Costa Rica. [...] Digno de registro que o diploma internacional não veda qualquer normatização interna sobre o *modus* para que o acusado seja cientificado da acusação quando busca se furtar, se esconder, para não ser citado e evitar o contato pessoal com o oficial de Justiça. Apenas busca que se garanta ao réu a possibilidade de ter acesso à acusação, o que é levado a efeito mediante a citação por hora certa. [STF. Tese definida no RE 635.145, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Luiz Fux, j. 1º-8-2016, P, DJE de 13-9-2017, Tema 613.]

- **Fixação do prazo comum para a apresentação das alegações finais ao paciente e aos demais réus colaboradores**

[O] constrangimento ilegal encontra-se claramente evidenciado com a fixação do prazo comum para a apresentação das alegações finais ao paciente e aos demais réus colaboradores. Registro, de proêmio, que o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV) deve permear todo o processo penal, garantindo sempre, como ônus, a possibilidade de manifestações oportunas e eficazes da defesa e, como se verá no oferecimento, por último, dos memoriais após a acusação [...]. Consta, também, do art. 8º, 2, b, da denominada Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, o seguinte; [...] Sublinho, ainda, que, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o § 3º no art. 5º do Texto Magno, o Supremo Tribunal Federal conferiu-lhes *status* supralegal, ou seja, abaixo das disposições constitucionais, mas acima das leis infraconstitucionais, conforme RE 466.343/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. Possuem, portanto, força normativa incontestada, superior, inclusive, às regras do direito infraconstitucional. Como se nota, o direito subjetivo do acusado de falar após todo encargo acusatório, ainda que exsurja de parte qualificada juridicamente como réu, não se esgota nas previsões legais existentes. Ou seja, o Código de

Processo Penal [art. 403] e a Lei 12.850/2013 não apresentam rol taxativo, nem tampouco condicionam o exercício do contraditório efetivo. [STF. HC 157.627 AgR, rel. min. Edson Fachin, red. do ac. min. Ricardo Lewandowski, j. 27-8-2019, P, DJE de 17-3-2020.]

- **Direito de defesa em processo administrativo**

[...] as normas legais ora impugnadas transgridem, de modo frontal, a prerrogativa constitucional que assegura a qualquer servidor público o direito de ser ouvido previamente ao ato veiculador de sua punição disciplinar, ainda que desta resulte, por aplicação do critério da verdade sabida, a imposição de sanção administrativa revestida de menor gravidade, como sucede com a repreensão e com a suspensão funcional por até 05 (cinco) dias. O diploma legislativo amazonense representa ato de direta violação a um dogma fundamental, impregnado de universalidade, transcendentalidade e historicidade, consagrado nos mais diversos estatutos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (arts. X e XI), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, n. 3), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, “b” e “c”), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 48, n. 2), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art. 6º, n. 3) e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (art. 7º, n. 1), que proclamam que ninguém será privado de seus direitos, nem mesmo punido, ainda que com sanções de menor gravidade, sem que se lhe assegure o direito de se defender previamente. [...] essa orientação tem prevalecido nas decisões proferidas no âmbito desta Suprema Corte, nas quais se reconheceu a aplicabilidade da garantia do *due process of law*, considerada a norma inscrita no art. 5º, LV, da Constituição da República, aos procedimentos administrativos de caráter disciplinar.” [STF. ADI 2.120, rel. min. Celso de Mello, j. 16-10-2008, P, DJE de 30-10-2014.]

Art. 8

- **Comunicação prévia da acusação**

187. O artigo 8.2.b da Convenção Americana ordena às autoridades judiciárias competentes que notifiquem o acusado sobre a acusação formulada contra ele, os motivos da mesma e os delitos ou contravenções pelos quais se questiona a responsabilidade, antes de iniciar o processo. Para que este direito funcione plenamente e satisfaça as finalidades que lhe são inerentes, é necessário que esta notificação ocorra antes de o arguido prestar as suas primeiras declarações. Sem essa garantia, seu direito de preparar devidamente sua defesa seria violado. 188. No caso *sub judice*, ficou demonstrado que a suposta vítima da ordem que conduz o processo não foi notificada nem das acusações contra ela. [Corte IDH. **Caso Tibi vs. Equador. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-9-2004. Tradução livre.**]

- **Correlação entre acusação e sentença**

67. Ao determinar o alcance das garantias contidas no artigo 8.2 da Convenção, a Corte deve considerar o papel da “acusação” no devido processo penal em relação ao direito de defesa. A descrição material da conduta imputada contém os dados fáticos colhidos na denúncia, que constituem a referência indispensável para o exercício da defesa do réu e a conseqüente ponderação do juiz na sentença. Assim, o arguido tem o direito de conhecer, através de uma descrição clara, detalhada e precisa, os fatos que lhe são imputados. A classificação jurídica destes pode ser modificada no decurso do processo pelo Ministério Público ou pelo juiz, sem que isso fira o direito de defesa, quando os próprios fatos se mantenham inalterados e sejam observadas as garantias processuais previstas na lei. O chamado “princípio da coerência ou correlação entre acusação e sentença” implica o dever de a sentença lidar apenas com fatos ou circunstâncias contempladas na acusação. 68. Dado que o princípio de coerência ou correlação constitui um corolário essencial do direito de defesa, a Corte considera que constitui uma garantia fundamental do devido processo penal, que os Estados devem observar em cumprimento das obrigações estabelecidas nos incisos b) e c) do Artigo 8.2 da

Convenção. [Corte IDH. **Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 20-6-2005. Tradução livre.]

- **Denúncia válida: narração clara e precisa do fato criminoso**

28. Para cumprir o artigo 8.2.b da Convenção, o Estado deve informar ao interessado não só a causa da denúncia, ou seja, as ações ou omissões que são acusadas, mas também os motivos que levaram o Estado a formular a denúncia, os fundamentos da prova disso e a qualificação jurídica dada a esses fatos. Todas essas informações devem ser expressas, claras, abrangentes e suficientemente detalhadas para permitir que o réu exerça plenamente seu direito de defesa e apresente ao juiz sua versão dos fatos. A Corte considerou que a observância oportuna do artigo 8.2.b é imprescindível para o efetivo exercício do direito de defesa [...]. [Corte IDH. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 17-11-2009. Tradução livre.]

Art. 8

- **Processo disciplinar: narração clara das infrações**

80. O direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação em matéria penal prevê que seja feita uma descrição material da conduta do arguido que contenha os dados fáticos constantes da denúncia, que constituem a referência essencial para o exercício da defesa do arguido e a conseqüente consideração do juiz na sentença. Assim, o arguido tem o direito de conhecer, através de uma descrição clara, detalhada e precisa, os fatos que lhe são imputados [...]. Como parte das garantias mínimas estabelecidas no artigo 8.2 da Convenção, o direito à comunicação prévia e detalhada da denúncia aplica-se tanto em matéria penal como nas demais ordens indicadas no artigo 8.1 da Convenção, ainda que a exigência nas demais ordens possa ser de outra intensidade ou natureza. No entanto, quando se trata de um processo sancionatório disciplinar, o alcance desta garantia pode ser entendido de outra forma, mas em todo o caso implica o dever de informar ao sujeito qual a conduta infratora do regime disciplinar que lhe é imputado. 81. A Corte observa que o ofício de 5 de abril de 2000, mediante o qual a

senhora Maldonado foi notificada da abertura do processo disciplinar, apenas transcreveu trechos dos artigos do Regulamento de Pessoal da Promotoria supostamente infringidos e, embora tenha anexado uma cópia da denúncia apresentada pelos irmãos da senhora Maldonado, não continha uma análise clara e específica sobre a aplicação dos fundamentos indicados nesses artigos. Assim, a Corte observa que na notificação dos casos que deram origem à sanção administrativa não foi indicado como a ação atribuída à senhora Maldonado se enquadraria na conduta descrita nos artigos 74.4 e 74.15 do Regulamento. Assim, quanto ao direito que tinha de conhecer com certeza os fundamentos de sua demissão, a suposta vítima não tinha conhecimento claro sobre a maneira pela qual a conduta descrita na denúncia contra ela poderia resultar na sua demissão ou os motivos para tanto, de acordo com os fundamentos contidos nos números 4 e 15 do artigo 74 do Estatuto do Pessoal do Ministério Público e no artigo 77 d) do Código do Trabalho da Guatemala. 82. A Corte considera que era necessário fornecer, pelo menos, informações claras sobre a motivação do processo de demissão, bem como uma referência mínima à relação entre os fatos pelos quais a sanção disciplinar seria aplicada e norma supostamente violada. 83. Da leitura da referida notificação não ficou claro o motivo específico pelo qual a senhora Maldonado estava sendo submetida a um processo disciplinar. Consequentemente, ela não tinha informações detalhadas sobre os motivos pelos quais poderia ser demitida de seu emprego. Essa falta de informação constituiu uma violação da garantia de informação prévia e detalhada sobre o processo iniciado contra ela, constante do artigo 8.2.b da Convenção Americana. [Corte IDH. **Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 3-5-2016. Tradução livre.]

8.2.c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

- **Compartilhamento arbitrário e seletivo de elementos de prova colhidos em acordos de colaboração premiada**

[A] defesa dos agravantes não pode ficar à mercê de uma seleção arbitrária, por parte do Ministério Público Federal, dos dados que devem ou não ser compartilhados, sob pena de grave vilipêndio dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. [...] Além de estarem expressos na Carta Magna (CF, art. 5, incisos, LV), os princípios do contraditório e da ampla defesa, tanto em seu momento informativo, quanto em seu momento reativo, representam vetores axiológicos que norteiam o sistema processual penal em âmbito americano, estando previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo o art. 8 da referida Convenção da qual o Brasil é signatário, são garantias judiciais fundamentais [...]. [STF. [Pet 7.494 AgR](#), rel. min. Edson Fachin, red. do ac. min. Gilmar Mendes, j. 15-5-2020, 2ª T, [DJE de 3-9-2020](#).]

- **Direito de amplo acesso aos elementos de prova**

RECLAMAÇÃO. GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE ENUNCIADO DE SÚMULA VINCULANTE. SÚMULA VINCULANTE 14. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE CÓPIAS EM MEIO MAGNÉTICO, ÓPTICO OU ELETRÔNICO DE DEPOIMENTOS EM FORMATO AUDIOVISUAL GRAVADOS EM MÍDIAS JÁ DOCUMENTADAS NOS AUTOS. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE AMPLO ACESSO AOS ELEMENTOS DE PROVA. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE. I – O direito ao “acesso amplo”, descrito pelo verbete mencionado, engloba a possibilidade de obtenção de cópias, por quaisquer meios, de todos os elementos de prova já documentados, inclusive mídias que contenham gravação de depoimentos em formato audiovisual. II – A simples autorização de ter vista dos autos, nas dependências do *Parquet*, e transcrever trechos dos depoimentos de interesse da defesa, não atende ao enunciado da Súmula Vinculante 14. [...] Ressalte-se ainda, que no plano internacional, o Pacto de São José da Costa Rica destaca como uma garantia judicial da pessoa acusada criminalmente a “concessão ao acusado do tempo e

dos meios necessários à preparação de sua defesa [...]”. [STF. **Rcl 23.101**, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 22-11-2016, 2ª T, DJE de 6-12-2016.]

- **Limitação à atuação do advogado de defesa**

Art. 8

138. A Corte observa que o artigo 717 do Código de Justiça Militar, norma aplicável aos casos de traição à pátria, estabelece que, uma vez produzida a denúncia do Ministério Público, os autos serão levados ao conhecimento da defesa pelo prazo de doze horas. No presente caso, a denúncia fiscal foi apresentada em 2 de janeiro de 1994, e os advogados puderam consultar os autos no dia 6 do mesmo mês e ano por um período de tempo muito curto. A sentença foi proferida no dia seguinte. De acordo com a legislação aplicável, a defesa não poderia questionar os agentes da DINCOTE que participaram da fase de investigação. [...]

140. A condenação do senhor Astorga Valdez destaca ainda a escassa possibilidade de exercer uma defesa efetiva do acusado. Nesse caso, o réu acabou sendo condenado com base em novas evidências, as quais o advogado de defesa não tinha conhecimento e não poderia contradizer.

141. A Corte considera que a restrição ao trabalho dos advogados de defesa e a escassa possibilidade de apresentar provas ilibatórias foram demonstradas neste caso. Com efeito, os arguidos não tiveram conhecimento atempado e completo das acusações contra eles; as condições em que atuaram os defensores eram absolutamente inadequadas para sua efetiva atuação e só tiveram acesso aos autos na véspera da prolação da sentença de primeira instância. Consequentemente, a presença e as ações dos defensores eram meramente formais. Não se pode argumentar que as vítimas tiveram uma defesa adequada. 142. Com base em todo o exposto, a Corte declara que o Estado violou os artigos 8.2.b e 8.2.c da Convenção. [Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 30-3-1999. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2004; Corte IDH. **Caso Suárez Rosero vs. Equador**. Mérito. Sentença de 12-11-1997.

- **Investigação secreta: impedimento de acesso a provas e prejuízo ao direito de defesa**

170. A Corte considera que o referido regulamento que estabelece como regra que na jurisdição penal militar chilena a investigação é sigilosa, salvo as exceções previstas em lei, é contrário ao direito de defesa do acusado, já que lhe impossibilita o acesso efetivo ao processo e às provas colhidas contra ele, que o impeça de se defender adequadamente, em violação do disposto no artigo 8.2.c). [Corte IDH. **Caso Palamara-Iribarne vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2005.]

- **Respeito ao princípio do contraditório**

53. A esse respeito, esta Corte se refere ao que já foi exposto nos parágrafos anteriores [...] e apenas acrescenta que, embora reconheça a existência do poder e até mesmo a obrigação do Estado de garantir, na medida do possível, o sucesso das investigações e a imposição de sanções aos culpados, o poder do Estado não é ilimitado. É necessário que o Estado atue “dentro dos limites e de acordo com os procedimentos que permitam preservar tanto a segurança pública quanto os direitos fundamentais da pessoa humana” [...]. 54. Um desses direitos fundamentais é o direito a dispor de tempo e meios adequados para preparar a defesa, previsto no artigo 8.2.c da Convenção, que obriga o Estado a permitir ao réu o acesso aos autos do processo contra ele [...]. Da mesma forma, deve ser respeitado o princípio do contraditório, que garante a intervenção do primeiro na análise da prova. 55. Se o Estado pretende limitar esse direito, deve respeitar o princípio da legalidade, argumentar de forma fundamentada qual é o fim legítimo que pretende alcançar e demonstrar que o meio a ser utilizado para atingir esse fim é adequado, necessário e estritamente proporcional. Caso contrário, a restrição do direito de defesa do indivíduo será contrária à Convenção. 56. No presente caso, a Corte observa que, de acordo com a lei [...], as diligências preliminares, enquanto durou a investigação, foram mantidas em sigilo para o investigado que não estava privado de liberdade. Em

outras palavras, o direito de defesa do réu foi sempre contingenciado, sendo as características do caso concreto irrelevantes para a lei e para o juiz. 57. Com base no exposto, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 8.2.c da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento do senhor Barreto Leiva. [Corte IDH. [Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Mérito, reparações e custas. Sentença de 17-11-2009. Tradução livre.](#)]

Art. 8

- **Direito de requerer prova pericial e caso de pena de morte obrigatória**

88. Apesar de o ordenamento jurídico interno permitir que o juiz solicite a opinião de um perito para tais fins, isso nunca foi ordenado no processo contra o senhor DaCosta Cadogan. Em outras palavras, o Estado não ordenou a realização de uma avaliação psiquiátrica com a finalidade de determinar, *inter alia*, a existência de uma possível dependência de álcool ou outros “distúrbios de personalidade” que poderiam ter afetado o senhor DaCosta Cadogan na época do delito, nem garantiu que o Sr. DaCosta Cadogan e seu advogado estivessem cientes da disponibilidade de uma avaliação gratuita, voluntária e detalhada de sua saúde mental, a fim de preparar sua defesa no julgamento. O fato de o Estado não ter informado ao senhor DaCosta Cadogan ou a seu advogado, no início do processo penal, seu direito de obter tal avaliação poderia ter resultado na exclusão de provas relevantes para a preparação de uma defesa adequada em juízo. Consequentemente, o suposto estado mental do Sr. DaCosta Cadogan no momento dos fatos nunca foi totalmente avaliado por um profissional de saúde mental, em preparação para sua defesa, em um caso em que a morte era a única sentença possível. 89. Ao contrário de outros processos penais, nos quais seria admissível esta atitude passiva do Estado em relação à disponibilidade de avaliações psiquiátricas, o caso do senhor DaCosta Cadogan é diferente por vários motivos. Em primeiro lugar, tratou-se de um processo sujeito à imposição obrigatória da pena de morte que, como indicado acima, exige a mais ampla e estrita observância das garantias processuais. Em segundo lugar, a situação particular do arguido no momento do crime

justificou razoavelmente, pelo menos, um inquérito sobre uma possível situação de dependência do álcool ou algum “distúrbio de personalidade”, especialmente tendo em conta que o juiz levantou perante o júri a questão do efeito que poderia ter causado o uso de álcool e drogas no estado mental do réu. Em terceiro lugar, tendo em vista que foi o próprio Estado quem nomeou um advogado de defesa em favor do senhor DaCosta Cadogan, coube ao juiz adotar uma postura mais ativa para que fossem tomadas todas as medidas necessárias para assegurar o respeito às garantias judiciais. Quarto, o senhor DaCosta Cadogan solicitou no processo de apelação a possibilidade de apresentar uma avaliação mais detalhada sobre seu suposto transtorno de personalidade e dependência de álcool, sem que lhe fosse permitido fazê-lo. 90. Portanto, levando em conta as particularidades do caso e os estritos requisitos processuais que o Estado teve que observar por se tratar de um caso de pena de morte obrigatória, a Corte considera que a omissão do Estado descrita nos parágrafos anteriores constituiu uma violação do direito às garantias judiciais do senhor DaCosta Cadogan, reconhecidas nos artigos 8.1, 8.2.c e 8.2.f da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do referido instrumento. [Corte IDH. **Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24-9-2009. Tradução livre.]

8.2.d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

- **Comunicação prejudicada entre o acusado e seu defensor**

146. [...] as vítimas não puderam contar com assistência jurídica desde a data de sua prisão até sua declaração perante a DINCOTE, quando foram nomeados defensores públicos. Por outro lado, quando os detentos contavam com a assistência de advogados de sua escolha, sua ação era limitada [...]. 147. A disposição que nega a possibilidade de um mesmo defensor assistir a mais de um réu limita as alternativas quanto

à escolha do defensor, mas não significa, *per se*, violação do artigo 8.2.d da Convenção. 148. No entanto, nos casos em que, como no presente, foi demonstrado que os advogados de defesa tiveram obstáculos para se reunir em particular com seus clientes, a Corte declarou que há violação do artigo 8.2.d da Convenção [...]. [Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 30-3-1999. Tradução livre.]

- **Ausência de advogado de defesa no interrogatório e imposição de defesa pessoal**

158. Apesar da norma constitucional citada, o senhor Chaparro não contou com a presença de um advogado de defesa no momento de ser interrogado pela Polícia em 18 de novembro de 1997. Ademais, a Corte conclui que, ao se impedir o advogado do senhor Chaparro de participar de seu depoimento pré-processual e ao se exigir que o próprio senhor Chaparro fundamentasse seu recurso de amparo de liberdade, quando seu desejo era que seu advogado o fizesse, a presença dos defensores foi apenas uma formalidade. Por esse motivo, o Estado violou o direito consagrado no artigo 8.2.d) da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Chaparro. [Corte IDH. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2007.]

- **Erro no mandado: citação por edital e nulidade**

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. NULIDADES. RÉU NÃO ENCONTRADO POR ERRO NO MANDADO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. FALTA DE INTIMAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA SESSÃO DE JULGAMENTO. NULIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I – A nulidade que vicia a citação pessoal do acusado, impedindo-lhe o exercício da autodefesa e de constituir defensor de sua livre escolha causa prejuízo evidente. II – Tal vício pode ser alegado a qualquer tempo, por tratar-se de nulidade absoluta. III – É imprescindível a intimação pessoal do defensor público para sessão de julgamento, por força do disposto

em lei. Precedentes da Corte. [...] É que a ausência de citação pessoal causou prejuízo insanável ao paciente, vez que ficou impossibilitado de exercer a autodefesa e de escolher livremente o seu defensor, garantias, de resto, abrigadas no art. 8.2.d da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (...). [STF. HC 92.569, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 11-3-2008, 1ª T, DJE de 25-4-2008.]

8.2.e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

- **Direito de defesa pessoal ou técnica e assistência gratuita**

25. As alíneas d) e e) do n.º 2 do artigo 8º estabelecem que o arguido tem o direito de se defender pessoalmente ou de ser assistido por defensor da sua escolha e que, se não o fizer, tem o direito inalienável de ser assistido por defensor advogado de defesa remunerado fornecido pelo Estado ou não de acordo com a legislação interna. Nesses termos, o arguido pode defender-se pessoalmente, embora seja necessário compreender que tal só é válido se a legislação interna o permitir. Quando não quiser ou não puder fazer a sua defesa pessoalmente, tem direito a ser assistido por um advogado de defesa à sua escolha. Mas, nos casos em que não se defenda ou não nomeie defensor no prazo estabelecido pela lei, tem direito a que seja providenciado pelo Estado, que será pago ou não de acordo com o que estabeleça a legislação interna. É assim que a Convenção garante o direito à assistência jurídica no processo penal. Mas como não determina que a assistência jurídica, quando necessária, seja gratuita, o economicamente vulnerável seria discriminado por sua situação econômica se, ao requerer assistência jurídica, o Estado não a prestasse gratuitamente. 26. Deve-se entender, portanto, que o artigo 8º exige a assistência jurídica apenas quando for necessário poder falar de garantias devidas e que o Estado que não a prestar gratuitamente

quando se trate de um indigente não poderá alegar posteriormente que este processo existe, mas não foi esgotado. 27. Mesmo nos casos em que um réu é obrigado a se defender porque não pode pagar a assistência jurídica, uma violação do artigo 8 da Convenção pode ser apresentada se puder ser provado que essa circunstância afetou o devido processo a que ele tem direito no referido artigo. [Corte IDH. *Exceções ao esgotamento de recursos internos. Opinião Consultiva OC-11/90 de 10-8-1990. Tradução livre.*]

- **Incomunicabilidade de detento e ausência de defensor**

82. Os incisos c, d e e do artigo 8.2 da Convenção Americana estabelecem como garantias mínimas, em plena igualdade, para todas as pessoas, [a] outorgar ao réu tempo e meios adequados para preparar sua defesa; [o] direito do acusado de se defender pessoalmente ou de ser assistido por um advogado de sua escolha e de se comunicar livre e privadamente com seu advogado; [e o] direito inalienável de ser assistido por um advogado de defesa fornecido pelo Estado, pago ou não de acordo com a legislação interna, se o acusado não se defender ou nomear um defensor no prazo estabelecido por lei [...]. 83 Devido à sua solitária durante os primeiros 36 dias de detenção, o senhor Suárez Rosero não teve a oportunidade de preparar adequadamente sua defesa, pois não contou com o apoio jurídico de um defensor público e, uma vez que conseguiu obter um advogado de sua escolha, ele não teve oportunidade de se comunicar livre e privadamente com ele. Portanto, a Corte considera que o Equador violou os artigos 8.2.c, 8.2.d e 8.2.e da Convenção Americana. [Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador. Mérito. Sentença de 12-11-1997. Tradução livre.*]

- **Estrangeiro: defensor de ofício e ausência de defesa**

193. Apesar da referida norma constitucional, o senhor Daniel Tibi não teve acesso a um advogado durante seu primeiro mês de detenção. Um dia depois, em 28 de setembro de 1995, a suposta vítima prestou depoimento prévio ao Ministério Público, sem a assistência de

um advogado de defesa. 194. Conforme demonstrado, no despacho de abertura do processo que declarou aberta a fase sumária, expedido em 4 de outubro de 1995, o Juiz nomeou defensor público para o senhor Daniel Tibi e demais réus. Esse advogado não visitou a suposta vítima nem interveio em sua defesa. Embora o Sr. Tibi tenha contatado posteriormente um advogado particular, não pôde contratar seus serviços por falta de recursos financeiros. Essa situação fez com que durante o primeiro mês de detenção não tivesse a assistência de um advogado [...], o que o impediu de ter uma defesa adequada. 195. Por sua vez, a Corte observa que o senhor Tibi, como detido estrangeiro, não foi informado de seu direito de comunicar-se com um funcionário consular de seu país a fim de solicitar a assistência reconhecida no artigo 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares [...]. Nesse sentido, a Corte indicou que o direito individual do nacional de solicitar a assistência consular de seu país “deve ser reconhecido e considerado no âmbito das garantias mínimas para oferecer aos estrangeiros a oportunidade de preparar adequadamente sua defesa e ter um julgamento”. [...]. A inobservância desse direito afetou o direito de defesa, que faz parte das garantias do devido processo legal. 196. Com base no exposto, a Corte conclui que o Estado violou os artigos 8.2.d e 8.2.e da Convenção Americana em detrimento do senhor Daniel Tibi. [\[Corte IDH. Caso Tibi vs. Equador. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-9-2004. Tradução livre.\]](#)

- **Defesa pública efetiva**

159. Por outro lado, a Corte considera que a atitude do defensor público designado para o senhor Lapo é claramente incompatível com a obrigação do Estado de oferecer uma defesa adequada a quem não pode se defender e não nomeia um defensor privado. Em particular, a Corte destaca que a assistência jurídica prestada pelo Estado deve ser efetiva, de modo que o Estado deve adotar todas as medidas cabíveis. Consequentemente, a Corte considera que o Equador violou o direito de dispor de um defensor à disposição do Estado, previsto no artigo 8.2.e) da Convenção, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento,

em detrimento do senhor Lapo. [Corte IDH. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2007. Tradução livre.]

- **Falhas inescusáveis da defesa pública**

Art. 8

163. Sempre que a Defensoria Pública corresponda a uma função do Estado ou serviço público, mas ainda assim se considere uma função que deve gozar da necessária autonomia para exercer adequadamente as suas funções de aconselhar segundo o seu melhor juízo profissional e em atenção aos interesses do arguido, a Corte considera que o Estado não pode ser responsabilizado por todas as falhas da defesa pública, dada a independência da profissão e o julgamento profissional do advogado de defesa. Nesse sentido, a Corte considera que, como parte do dever do Estado de garantir uma defesa pública adequada, é necessário implementar processos de seleção adequados para os defensores públicos, desenvolver controles sobre seu trabalho e proporcionar-lhes treinamento periódico. 164. Ante o exposto, a Corte considera que, para analisar se houve uma eventual violação do direito de defesa por parte do Estado, deverá avaliar se a ação ou omissão do defensor público constituiu negligência indesculpável ou uma falha manifesta no exercício da defesa que teve ou pode ter um efeito decisivo contra os interesses do acusado. Nesta linha, o Tribunal procederá à análise da totalidade dos processos, a menos que determinada ação ou omissão seja de tal gravidade que configure por si só uma violação da garantia. [...] 166. Além disso, é pertinente especificar que uma discrepância não substancial com a estratégia de defesa ou com o resultado de um processo não será suficiente para gerar implicações em termos de direito de defesa, mas deve ser verificada, conforme mencionado, negligência grosseira ou falha manifesta. Em processos resolvidos em diferentes países, os tribunais nacionais têm identificado uma série de casos não exaustivos que são indicativos de violação do direito de defesa e, pela sua entidade, têm resultado na anulação dos respetivos processos ou na revogação de sentenças proferidas: a) Falta de realização de atividade probatória mínima [...] b) Inatividade argumentativa a favor dos interesses do arguido [...] c) Falta de conhecimento técnico jurídico do

processo penal [...] d) Falta de instauração de recursos em detrimento dos direitos do arguido [...] e) Procedência indevida dos recursos interpostos [...] f) Abandono da defesa [...]. 173. No presente caso, fica claro que, antes da audiência pública, o senhor Ruano Torres solicitou o credenciamento de um advogado particular, que solicitou a suspensão da audiência para “melhor estudar o caso”, o que não foi aceito pelo Segundo Juizado de Execução de San Salvador [...]. Da mesma forma, houve reiteradas denúncias sobre a ineficácia da defesa pública interposta perante o Segundo Juizado de Execução de San Salvador, diretamente ou por meio de outras pessoas, sem obter uma resposta favorável durante o processo ou após ele [...]. Além disso, essas circunstâncias foram levadas ao conhecimento da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça por meio do recurso de *habeas corpus* interposto, o qual manteve a situação atual [...]. Da mesma forma, a reclamação disciplinar apresentada foi declarada inadmissível pelo Supremo Tribunal de Justiça [...]. Em suma, as autoridades judiciais descumpriram o dever de constituir-se como garantia da efetiva vigência do direito à defesa técnica. 174. Nas circunstâncias descritas, a Corte considera que as falhas manifestas na atuação dos defensores públicos e a falta de uma resposta adequada e efetiva por parte das autoridades judiciais colocaram José Agapito Ruano Torres em estado de total indefesa, que foi agravado pelo fato de que ele foi privado de liberdade durante a condução de seu julgamento. Da mesma forma, em virtude dessas circunstâncias, é possível considerar que não foi ouvido com as devidas garantias. 175. Com base no anterior e no reconhecimento de responsabilidade feito pelo Estado, a Corte conclui que o Estado é responsável pela violação dos artigos 8.1, 8.2.d) e 8.2.e) da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo, em prejuízo de José Agapito Ruano Torres. [Corte IDH. **Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 5-10-2015. Tradução livre.]

• Defensoria Pública e acesso à Justiça

O funcionamento da Defensoria Pública veicula matéria de interesse primário, portanto, da coletividade e não do Poder Executivo. Dessa forma, não poderia ser por ele limitado. Por isso, a autonomia desta

instituição corrobora para a efetivação dos direitos fundamentais dos necessitados, permitindo seu acesso à Justiça. Reconhecer a atuação da Defensoria Pública como um direito que corrobora para o exercício de direitos é reconhecer sua importância para um sistema constitucional democrático em que todas as pessoas, principalmente aquelas que se encontram à margem da sociedade, possam usufruir do catálogo de direitos e liberdades previsto na Constituição Federal. Nesse sentido, destaque-se o disposto no art. 8 do Pacto de São José da Costa Rica: [...] Fica evidente a relevância do defensor público, mormente quando se relembra que o Supremo Tribunal Federal conferiu hierarquia supralegal ao mencionado tratado. Consoante costumeiramente bem expressado pelo ministro Celso de Mello (AI 598.612 ED), a Defensoria é um “direito a ter direitos” e, nessa qualidade, sobressai seu caráter de direitos humanos. [STF. ADI 5.296 MC, rel. min. Rosa Weber, voto do min. Edson Fachin, j. 18-5-2016, P, DJE de 11-11-2016.]

No mesmo sentido: STF. ADI 6.877, rel. min. Rosa Weber, voto do min. Edson Fachin, j. 28-3-2022, P, DJE de 9-5-2022; STF. ADI 576, rel. min. Nunes Marques, j. 28-3-2022, P, DJE de 25-4-2022.

8.2.f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

- **Ausência do réu em audiência de instrução: defensor constituído e inexistência de prejuízo**

Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Audiência de inquirição de testemunhas de acusação realizada sem a presença da paciente. Alegado cerceamento do direito de defesa. Não ocorrência. Ato realizado com a presença do defensor constituído. Inexistência de prejuízo. Precedentes. Ordem denegada. 1. Consoante se infere dos autos, a audiência de inquirição de testemunhas de acusação foi reali-

zada sem a presença da paciente, porém com a presença de seu defensor, de modo que inexistente o alegado cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que não configurado o prejuízo apontado. Precedentes. [STF. HC 130.328, rel. min. Dias Toffoli, j. 2-2-2016, 2ª T, DJE de 16-5-2016.]

- **Direito de presença e de comparecimento do réu aos atos de persecução penal em juízo**

Art. 8

O DIREITO DE COMPARECIMENTO E DE PRESENÇA DO RÉU NOS ATOS INERENTES À *PERSECUTIO CRIMINIS IN JUDICIO* COMO EXPRESSÃO CONCRETIZADORA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO *DUE PROCESS OF LAW*. O acusado tem o direito de comparecer, de presenciar e de assistir, sob pena de nulidade absoluta, aos atos processuais, notadamente àqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. [...] O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu (civil ou militar), de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do *due process of law* e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele da sede da Organização Militar a que o réu esteja vinculado. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, “”); Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, “d” e “f”); e Decreto 4.307/2002 (art. 28, inciso I). Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, seja perante a Justiça comum, seja perante a Justiça Militar. [STF. HC 111.567 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 5-8-2014, 2ª T, DJE de 30-10-2014.]

No mesmo sentido: STF. HC 111.728, rel. min. Cármen Lúcia, j. 19-2-2013, 2ª T, DJE de 19-8-2013; STF. HC 98.676, rel. min. Celso de Mello, j. 7-2-2012, 2ª T, DJE de 8-8-2012; STF. HC 93.503, rel. min. Celso

de Mello, j. 2-6-2009, 2ª T, DJE de 7-8-2009; STF. HC 86.634, rel. min. Celso de Mello, j. 18-12-2006, 2ª T, DJ de 23-2-2007.

- **Colaboração premiada e direito do delatado à oitiva de colaborador em juízo**

Art. 8

(...) o art. 4º, § 12, da Lei 12.850/13 determina que, “ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial”. Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no art. 8, inciso 2, f, estabelece, como garantia judicial, “o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”. Não resta dúvida, portanto, de que o delatado, no exercício do contraditório, terá o direito de inquirir o colaborador, seja na audiência de interrogatório, seja em audiência especificamente designada para esse fim. [STF. HC 127.483, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2015, P, DJE de 4-2-2016.]

- **Devido processo legal: litisconsorte penal passivo e possibilidade de formular repregunta a corréu em interrogatório judicial**

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UM DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS, INVOCANDO A GARANTIA DO *DUE PROCESS OF LAW*, VER ASSEGURADO O SEU DIREITO DE FORMULAR REPERGUNTAS AOS CORRÉUS, QUANDO DO RESPECTIVO INTERROGATÓRIO JUDICIAL. Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito – fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) – de formular reperguntas aos demais corréus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a autoincriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao esta-

tuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedente do STF. [...] A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integridade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14), celebrado sob a égide da Organização das Nações Unidas, e que representam instrumentos que reconhecem, a qualquer réu, dentre outras liberdades eminentes, o direito à plenitude de defesa e às demais prerrogativas que derivam da cláusula concernente à garantia do devido processo. [STF. HC 94.016, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-2008, 2ª T, DJE de 27-2-2009.]

No mesmo sentido: STF. HC 94.601, rel. min. Celso de Mello, j. 4-8-2009, 2ª T, DJE de 11-9-2009.

- **Direito de requerer o comparecimento de pessoas e a inquirição de testemunhas**

153. A Corte considera que a legislação aplicada ao caso exclui o direito de interrogar as testemunhas que fundamentaram a denúncia contra as supostas vítimas. Por um lado, é proibido o interrogatório de agentes, tanto da polícia quanto do exército, que tenham participado do processo investigativo. Por outro lado, como foi afirmado [...], a falta de intervenção do advogado de defesa até ao momento em que o arguido presta depoimento faz com que este não possa contestar as provas recolhidas e apuradas no boletim de ocorrência. [...] A Corte entende que a imposição de restrições aos advogados de defesa das vítimas viola o direito, reconhecido pela Convenção, da defesa de interrogar testemunhas e de fazer comparecer pessoas que possam esclarecer os fatos. 156. Portanto, a Corte declara que o Estado violou o artigo 8.2.f da Convenção. [Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru. Mérito, reparações e custas. Sentença de 30-3-1999. Tradução livre.]

No mesmo sentido: [Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2004.](#)

- **Reserva de identidade de testemunhas: valor decisivo na condenação e limitação do exercício de defesa**

Art. 8

241. A Corte já se pronunciou em ocasiões anteriores sobre a violação do direito da defesa de inquirir testemunhas em casos que tratam de medidas que, no âmbito da jurisdição penal militar, impunham restrição absoluta à inquirição de testemunhas de acusação [...], outros em que não havia apenas “testemunhas sem rosto”, mas também “juízes sem rosto” [...], e em outro que se refere a um julgamento de *impeachment* realizado perante o Congresso em que os magistrados acusados não foram autorizados a interrogar as testemunhas em cujos testemunhos se baseou sua demissão [...]. 242. A alínea f) do artigo 8.2 da Convenção estabelece a “garantia mínima” do “direito da defesa de interrogar as testemunhas presentes no tribunal e de obter a comparência, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam esclarecer dos fatos”, que concretiza os princípios do contraditório e da isonomia processual. A Corte indicou que entre as garantias outorgadas aos acusados está a de interrogar as testemunhas contra e a favor, nas mesmas condições, para o exercício de sua defesa [...]. A confidencialidade da identidade da testemunha limita o exercício desse direito, pois impede a defesa de fazer perguntas relacionadas a possíveis inimizades, preconceitos e confiabilidade do próprio declarante, bem como outras que permitam argumentar que a declaração é falsa ou errônea [...]. 243. O dever do Estado de garantir os direitos à vida e à integridade pessoal, à liberdade e à segurança de quem depõe em processo penal pode justificar a adoção de medidas de proteção. Nesta matéria, o ordenamento jurídico chileno inclui tanto medidas processuais (como a reserva de dados de identificação ou características físicas que individualizem a pessoa) quanto medidas extraprocessuais (como a proteção da segurança pessoal). [...] 246. Para decidir sobre o presente caso, a Corte também levará em conta se nos casos concretos o Estado assegurou que a afetação do direito de defesa dos réus decorrente do uso da medida de sigilo sobre a identidade das testemunhas

foi suficientemente compensado por medidas compensatórias, como as seguintes [...]: a) a autoridade judiciária deve conhecer a identidade da testemunha e ter a possibilidade de observar o seu comportamento durante o interrogatório para poder formar a sua própria impressão da fiabilidade da testemunha e do seu depoimento [...], e b) deve ser dada ampla oportunidade à defesa para interrogar diretamente a testemunha em qualquer fase do processo, sobre questões que não se relacionem com a sua identidade ou paradeiro atual; o exposto para que a defesa aprecie o comportamento da testemunha interrogada, de modo que possa desacreditá-la ou, pelo menos, levantar dúvidas sobre a veracidade de seu depoimento [...]. 247. Ainda que tenham sido adotadas medidas compensatórias que pareçam suficientes, a sentença não pode se basear única ou decisivamente em declarações de testemunhas de identidade sigilosa [...]. Caso contrário, o réu poderá ser condenado utilizando de forma desproporcional um meio de prova obtido em detrimento do seu direito de defesa. Por se tratar de prova obtida em condições em que os direitos do réu foram limitados, as declarações de testemunhas com sigilo de identidade devem ser tratadas com extrema cautela [...], devem ser apreciadas em conjunto com o acervo probatório, as observações ou objeções da defesa e as regras da sana crítica [...]. A determinação de se este tipo de prova teve peso decisivo na condenação dependerá da existência de outros tipos de prova que a corroborem de forma que, quanto mais provas corroborantes, menor o grau de determinação que o culpado confere ao depoimento de identidade reservada [...]. 252. Pelas razões expostas, a Corte conclui que, para determinar a sentença, foi dado valor decisivo à declaração de uma testemunha de identidade confidencial, o que constitui uma violação do direito da defesa de inquirir testemunhas, consagrado no artigo 8.2.f. da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento do senhor Pascual Huentequeo Pichún Paillalao. [Corte IDH. **Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 29-5-2014. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Pollo Rivera e outros vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 21-10-2016.

- **Processo penal militar: direito de interrogar testemunhas**

Este Tribunal observa que, de acordo com os fatos, a defesa do senhor Grijalva não pôde exercer seu direito de contrainterrogar as testemunhas e, portanto, não pôde exercer o respectivo controle sobre o conteúdo de suas declarações, que serviram para fundamentar a condenação no processo penal militar. Além disso, este Tribunal observa que a mera presença do advogado de defesa no referido processo é uma garantia essencial para o exercício do direito de defesa mediante o controle do conteúdo das declarações prestadas. Consequentemente, este Tribunal considera que o Estado violou o direito da defesa de contrainterrogar as referidas testemunhas e controlar o conteúdo das declarações, às quais se atribuiu valor decisivo para determinar a responsabilidade da vítima, o que constitui uma violação do direito da defesa para interrogatório de testemunhas, prevista no artigo 8.2.f) da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em prejuízo do senhor Grijalva Bueno. [Corte IDH. **Grijalva Bueno vs. Equador. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 3-6-2021. Tradução livre.**]

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

- **Constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito**

A regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade. [STF. Tese fixada no RE 971.959, rel. min. Luiz Fux, j. 14-11-2018, P, DJE de 31-7-2020, Tema 907.]

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos no art. 8, item 2, g, estabelece a garantia judicial da não autoincriminação [...]. Sopesados os princípios, compreendo que a evasão do local do acidente não cons-

titui exercício do direito ao silêncio ou do princípio do *nemo tenetur se detegere*. [...] referidos direitos limitam o Estado de impor a colaboração ativa do condutor do veículo envolvido no acidente para produção de provas que o prejudique. [STF. ADC 35, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Edson Fachin, j. 13-10-2020, P, DJE de 16-11-2020.]

- **Condução coercitiva para interrogatório**

Habeas corpus. 2. Intimação de investigado para comparecimento compulsório à Comissão Parlamentar de Inquérito, sob pena de condução coercitiva e crime de desobediência. 3. Direito ao silêncio e de ser acompanhado por advogado. Precedentes (HC 79.812/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.2.2001). 4. Direito à não autoincriminação abrange a faculdade de comparecer ao ato, ou seja, inexistente obrigatoriedade ou sanção pelo não comparecimento. Inteligência do direito ao silêncio. 5. Precedente assentado pelo Plenário na proibição de conduções coercitivas de investigados (ADPF 395 e 444). [...] O direito ao silêncio foi consagrado em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, que enunciam o direito do acusado de não depor contra si mesmo (art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em execução por força do Decreto 592/92, e art. 8.2, g, do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto 678/92). [STF. HC 171.438, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18-5-2019, 2ª T, DJE de 17-8-2020.]

O direito ao silêncio foi consagrado em tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, os quais enunciam o direito do acusado de não depor contra si mesmo – artigo 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em execução por força do Decreto 592/92, e artigo 8, 2, “g”, do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto 678/92. [...] executada a condução coercitiva, não há dúvida de que o conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e ao direito à respectiva advertência. Em outras palavras, a autoridade interrogante deve advertir o conduzido do direito a calar-se e respeitar seu exercício. [STF. ADPF 444, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2018, P, DJE de 22-5-2019.]

- **Dosimetria da pena: análise das circunstâncias judiciais e comportamento condizente com a garantia a não autoincriminação**

Quando do julgamento da apelação, o Tribunal de Justiça, analisando as circunstâncias judiciais, levou em conta a personalidade dos pacientes e o fato de responderem a outros processos criminais, nos quais não há pronunciamento condenatório com trânsito em julgado, o que conflita com a jurisprudência do Supremo, segundo a qual ações penais e inquéritos em andamento não consubstanciam maus antecedentes – Recurso Extraordinário nº 591.054, da minha relatoria [...] Potencializou a dinâmica do delito, consistente em induzir as vítimas a firmarem negociações com rápido retorno financeiro, elementos que, entretanto, revelam-se neutros, pois inerentes ao tipo penal do estelionato. Glosou a postura dos pacientes ao longo do processo, “dificultando a citação e as posteriores intimações, não querendo aparecer, fugindo à responsabilidade”, comportamento condizente com a garantia a não autoincriminação – artigo 8º, item 2, alínea “g”, do Pacto de São José da Costa Rica –, que tampouco pode ser sopesado contrariamente aos réus. Afastadas as balizas que implicaram a majoração da pena-base, cabe fixá-la no mínimo legal. [STF. HC 113.577, rel. min. Marco Aurélio, j. 10-11-2015, 1ª T, DJE de 25-11-2015.]

- **Confissão espontânea e redimensionamento da pena**

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da “não autoincriminação” (*nemo tenetur se detegere*). Esse direito subjetivo de não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade (inciso LVII

do art. 5º da Constituição Federal). [...] 5. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade). 6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente. [STF. HC 101.909, rel. min. Ayres Britto, j. 28-2-2012, 2ª T, DJE de 19-6-2012.]

• Tortura e direito à não autoincriminação

198. Está provado que o senhor Daniel Tibi foi vítima de tortura por parte de agentes do Estado, o que afetou seu direito à integridade pessoal, bem como suas garantias judiciais básicas. Ele foi submetido a tais atos com o objetivo de quebrar sua resistência psicológica e forçá-lo a se incriminar por determinada conduta criminosa, como já foi mencionado [...]. 199. Com base no exposto, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 8.2.g da Convenção Americana em detrimento do senhor Daniel Tibi. [Corte IDH. **Caso Tibi vs. Equador. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-9-2004. Tradução livre.**]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Cantoral Benavides vs. Peru. Mérito. Sentença de 18-8-2000.**

8.2.h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

• **Direito de recorrer e princípio do juiz natural**

Art. 8

161. [...] O direito de recorrer da sentença, consagrado na Convenção, não se contenta com a mera existência de um órgão superior àquele que julgou e condenou o arguido, ao qual este tem ou pode ter acesso. Para que haja uma verdadeira revisão da sentença, no sentido exigido pela Convenção, é necessário que o tribunal superior reúna as características jurisdicionais que o legitimam para conhecer do caso concreto. Ressalte-se que o processo penal é uno em suas diversas etapas, tanto as correspondentes à primeira instância quanto as relativas às instâncias posteriores. Consequentemente, o conceito de juiz natural e o princípio do devido processo legal regem todas essas etapas e se projetam nas diversas instâncias processuais. Se o juiz de segunda instância não preencher os requisitos do juiz natural, a etapa processual que se desenrola perante ele não poderá ser estabelecida como legítima e válida. No caso em tela, o tribunal de segunda instância faz parte da estrutura militar. Por essa razão, não tem a independência necessária para atuar nem se constitui em juiz natural para o julgamento de civis. Assim, apesar da existência, em condições extremamente restritivas, de recursos que podem ser utilizados pelos réus, eles não constituem uma verdadeira garantia de reconsideração do caso por um tribunal superior que atenda aos requisitos de competência, imparcialidade e independência que a Convenção estabelece. 162. Com base em todo o exposto, a Corte declara que o Estado violou o artigo 8.2.h da Convenção. [Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 30-3-1999. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Cesti Hurtado vs. Peru**. Mérito. Sentença de 29-9-1999.

Vide: Corte IDH. “Garantias judiciais em estados de emergência (Arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)”. **Opinião Consultiva OC–9/87, de 6-10-1987**.

- **Julgamento em única instância: conexão, impossibilidade de recorrer e revisão da sentença**

89. O duplo grau de jurisdição, expresso por meio da revisão integral da condenação, confirma o fundamento e confere maior credibilidade ao ato judicial do Estado, ao mesmo tempo em que proporciona maior segurança e proteção dos direitos do condenado. 90. Ainda que os Estados tenham margem de apreciação para regular o exercício deste recurso, não podem estabelecer restrições ou requisitos que violem a própria essência do direito de recorrer da sentença [...]. O Estado poderá estabelecer foros especiais para o julgamento de altos funcionários públicos, e esses foros são compatíveis, em princípio, com a Convenção Americana [...]. No entanto, mesmo nesses casos, o Estado deve permitir que o réu tenha a possibilidade de recorrer da condenação. Isso aconteceria, por exemplo, se estivesse previsto que o julgamento em primeira instância ficaria a cargo do presidente ou de uma câmara do colegiado superior e o julgamento da impugnação correspondesse ao plenário desse órgão, excluindo-se aqueles que já haviam decidido sobre o caso. 91. Com base no anterior, a Corte declara que a Venezuela violou o direito do senhor Barreto Leiva reconhecido no artigo 8.2.h da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, uma vez que a condenação partiu de um tribunal que conheceu do caso em instância única e o condenado não teve, conseqüentemente, a possibilidade de impugnar a sentença. Por outro lado, refira-se que o Sr. Barreto Leiva poderia ter impugnado a condenação proferida pelo juiz que conheceu sua causa se não tivesse ocorrido a conexão processual que acumulou a acusação de várias pessoas nas mãos do mesmo tribunal. No caso, a aplicação da regra da conexão, admissível em si mesma, trouxe consigo a consequência inadmissível de privar o condenado do recurso previsto no artigo 8.2.h da Convenção. [...] 128. A Corte indicou nos parágrafos anteriores que a Venezuela violou o artigo 8.2.h da Convenção, porque não permitiu ao senhor Barreto Leiva apelar da condenação proferida contra ele. A Comissão e o representante não solicitaram nenhuma medida de reparação, a não ser a indenização, tendente a reparar esta violação. No entanto, a Corte, levando em conta que a reparação do

dano causado pelo descumprimento de uma obrigação internacional exige, sempre que possível, a restituição integral (*restitutio in integrum*), que consiste em restabelecer a situação anterior [...] ordena ao Estado que dê ao senhor Barreto Leiva a possibilidade de recorrer da sentença em questão. [Corte IDH. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 17-11-2009. Tradução livre.]

- **Inaplicabilidade do direito de recorrer ao processo de indenização por doença profissional**

105. O processo instaurado pelo Sr. Spoltore tinha o objetivo de requerer uma indenização. Não se tratava de um processo penal contra a suposta vítima, nem de um processo administrativo que pudesse implicar privação de liberdade. Tampouco se tratou de um processo administrativo de caráter punitivo, no qual podem ser aplicadas as garantias previstas no artigo 8.2 da Convenção, dependendo de sua natureza e alcance [...]. Assim, este Tribunal considera que o direito previsto no artigo 8.2.h) não é aplicável ao processo de indenização por doença profissional. Consequentemente, o Estado não violou o artigo 8.2.h) da Convenção Americana em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma. [Corte IDH. **Caso Spoltore vs. Argentina**. Exceção preliminar, Mérito, reparações e custas. Sentença de 9-6-2020.]

- **Extensão de foro por prerrogativa de função e interpretação restritiva**

A razão para que não se admita a extensão do foro é singela: o foro por prerrogativa contraria normas convencionais que asseguram o duplo grau de jurisdição em matéria penal. Trata-se, portanto, de grave restrição de direitos fundamentais. Apenas à luz de expressa previsão constitucional é que se poderia cogitar de sua aplicação. [...] Com efeito, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu Artigo 8 (2), “h”, garante a todos o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior, em linha, portanto, com o que dispõe o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em seu Artigo 14 (5). Embora não se encontre na

Constituição da República dispositivos com idêntico teor, inclui-se, na cláusula do *due process of law*, prevista no art. 5º, LIV, da CRFB, o direito ao recurso. [STF. ADI 6.515 MC-Ref, rel. min. Roberto Barroso, voto do min. Edson Fachin, j. 23-11-2020, P, DJE de 3-12-2020.]

No mesmo sentido: STF. ADI 6.514, rel. min. Cármen Lúcia, voto do min. Edson Fachin, j. 29-3-2021, P, DJE de 4-5-2021; STF. ADI 6.513, rel. min. Edson Fachin, j. 21-12-2020, P, DJE de 10-2-2021; STF. ADI 6.512, rel. min. Edson Fachin, j. 21-12-2020, P, DJE de 10-2-2021.

- **Vedação à supressão de instância e compatibilidade com a CADH**

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. PRESUPOSTOS DE RECURSO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. OBJETO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO NÃO EXAMINADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PEDIDO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE E CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. [...] A vedação à supressão de instância não é incompatível com a al. h do item 2 do art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pela qual se prevê o “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”. Pelo contrário. A interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal privilegia as normas de competência do sistema processual penal, impedindo a análise *per saltum* dos argumentos do impetrante, sem limitar, entretanto, o direito recursal, que, na espécie vertente, foi devidamente exercido pelo paciente, que teve suas pretensões analisadas pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região. [STF. HC 191.142 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 4-11-2020, 2ª T, DJE de 6-11-2020.]

- **Absolvição com base em quesito genérico: soberania dos veredictos e impugnabilidade da decisão**

Habeas corpus. 2. Tribunal do Júri e soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”, CF). Impugnabilidade de absolvição a partir de quesito genérico (art. 483, III, c/c § 2º, CPP) por hipótese de decisão manifesta-

mente contrária à prova dos autos (art. 593, III, “d”, CPP). Absolvição por clemência e soberania dos veredictos. [...] 5. Considerando o quesito genérico e a desnecessidade de motivação na decisão dos jurados, configura-se a possibilidade de absolvição por clemência, ou seja, mesmo em contrariedade manifesta à prova dos autos. Se ao responder o quesito genérico o jurado pode absolver o réu sem especificar os motivos, e, assim, por qualquer fundamento, não há absolvição com tal embasamento que possa ser considerada “manifestamente contrária à prova dos autos”. 6. Limitação ao recurso da acusação com base no art. 593, III, “d”, CPP, se a absolvição tiver como fundamento o quesito genérico (art. 483, III e § 2º, CPP). Inexistência de violação à paridade de armas. Presunção de inocência como orientação da estrutura do processo penal. Inexistência de violação ao direito ao recurso (art. 8.2.h, CADH). Possibilidade de restrição do recurso acusatório. [...] [STF. HC 176.933, rel. min. Celso de Mello, red. do ac. min. Gilmar Mendes, j. 20-10-2020, 2ª T, DJE de 18-11-2020.]

No mesmo sentido: STF. RHC 117.076 AgR, rel. min. Celso de Mello, red. do ac. min. Gilmar Mendes, j. 20-10-2020, 2ª T, DJE de 18-11-2020.

- **Absolvição com base em quesito genérico: soberania dos veredictos e apelação da acusação**

7. A soberania dos veredictos e a prerrogativa da íntima convicção são incapazes de tornar definitiva ou irrecurável decisão absolutória arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos, sob pena de violação à tutela penal eficiente de bens jurídicos relevantes; à higidez do sistema processual penal e ao princípio do duplo grau de jurisdição (artigo 8, nº 2, ‘h’, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). 8. Revela-se possível a interposição pela acusação de apelação em que se alega decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, ‘d’, do CPP) quando, reconhecida a materialidade do crime e a autoria ou participação do acusado, e os jurados absolvem o réu acolhendo a tese defensiva única de negativa de autoria; situação em que o provimento do recurso implicará na determinação de novo júri, vedada a interposição de nova apelação sob o mesmo fundamento. [STF. HC 146.672,

rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Luiz Fux, j. 13-8-2019, 1ª T, DJE de 18-8-2020.]

No mesmo sentido: STF. RHC 170.559, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Alexandre de Moraes, j. 3-12-2019, 1ª T, DJE de 4-11-2020.

- **Possibilidade excepcional de impetração de *habeas corpus* contra decisão transitada em julgado**

Art. 8

HABEAS CORPUS – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA POR TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA – INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA A RESPEITO DO JUÍZO CONDENATÓRIO – SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO – PACIENTE INTIMADO, PESSOALMENTE, APENAS QUANTO À SUA ABSOLVIÇÃO CRIMINAL PROFERIDA PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU – PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO QUE EVIDENCIAM A OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE TRANSGRESSÃO A PRERROGATIVA FUNDAMENTAL DO RÉU CONDENADO (CF, ART. 5º, LV) – O PROCESSO PENAL COMO GARANTIA DOS ACUSADOS E INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DA LIBERDADE JURÍDICA DAQUELE CONTRA QUEM SE INSTAURARAM ATOS DE *PERSECUTIO CRIMINIS* – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA – O DIREITO DE RECORRER COMO CLÁUSULA INERENTE AO *DUE PROCESS OF LAW* – OFENSA, QUANTO A TAL PRERROGATIVA, A GARANTIA ASSEGURADA POR PACTOS INTERNACIONAIS, EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, A QUALQUER PESSOA: A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 8, n. 2, ‘H’) E O PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (ARTIGO 9, n. 4) – A QUESTÃO DA POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS (NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER SUPRALEGAL?) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE CONFEREM A ESSES DIPLOMAS INTERNACIONAIS A CONDIÇÃO DE SUPRALEGALIDADE – POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR (MINISTRO CELSO DE MELLO) QUE ATRIBUI QUALIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL, INCLUSIVE COM APOIO NA NOÇÃO CON-

CEITUAL DE BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE, A TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS SUBSCRITOS PELO BRASIL OU A QUE O ESTADO BRASILEIRO HAJA ADERIDO – *PACTA SUNT SERVANDA* (CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, ARTIGO 26) – POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE IMPETRAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* CONTRA DECISÃO JÁ TRANSMITIDA EM JULGADO – PRECEDENTES – *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO, MAS CONCEDIDO DE OFÍCIO. [STF. HC 185.051, rel. min. Celso de Mello, j. 10-10-2020, 2ª T, DJE de 22-10-2020.]

No mesmo sentido: [STF. HC 178.527, rel. min. Celso de Mello, j. 10-10-2020, 2ª T, DJE de 22-10-2020.]

- **Não aplicação do duplo grau no âmbito de jurisdição superior originária**

4. Transferência da competência do Plenário para as Turmas para processar e julgar, nos crimes comuns, Deputados e Senadores. Manutenção da competência do Tribunal Pleno [...]. No que se refere ao duplo grau de jurisdição, embora não haja previsão expressa na Constituição, o art. 8, “2”, “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico em 1992, prevê o direito de todo cidadão recorrer de sentença proferida para Juiz ou Tribunal Superior. Não obstante, essa garantia não se aplica aos casos de foro por prerrogativa de função, quando a condenação já é proferida pela mais alta Corte do país e não há a previsão de recurso específico de ampla reavaliação de fatos e provas. [STF. ADI 5.175, rel. min. Gilmar Mendes, j. 22-6-2020, P, DJE de 6-8-2020.]

De igual forma, não há vulneração do art. 8, item 2, alínea h, do Pacto de São José da Costa Rica, que prevê o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. O tratado em questão foi promulgado no Brasil pelo Decreto 678, de 6-11-1992. O direito fundamental ali previsto deve ser adequadamente compreendido. Garante-se o direito de revisão de uma sentença criminal por um juiz ou tribunal superior a fim de prevenir condenações equivocadas. Entretanto, se a competência originária para julgamento já é atribuída ao um tribunal

superior, o mesmo objetivo, prevenir condenações equivocadas, já é obtido de uma forma mais direta. Se o tribunal superior é o órgão que se encontra no ápice do sistema Judiciário, é de todo evidente a inviabilidade de garantir um juízo revisional por outro órgão. [STF. **Inq 3.412 ED**, rel. min. Rosa Weber, j. 11-9-2014, P, DJE de 8-10-2014.]

No mesmo sentido: STF. **AP 470 AgR-vigésimo sétimo**, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 18-9-2013, P, DJE de 17-2-2014; STF. **AI 601.832 AgR**, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 17-3-2009, 2ª T, DJE de 3-4-2009; STF. **RHC 79.785**, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 29-3-2000, P, DJ de 22-11-2002.

2. A execução provisória é juridicamente possível quando a condenação, em virtude de competência especial por prerrogativa de foro, decorrer de decisão única exarada pelo órgão colegiado competente, uma vez que o duplo grau de jurisdição, inobstante sua previsão como princípio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n.º 678/92, art. 8º, § 2º, “h”), não se aplica aos casos de jurisdição superior originária. [STF. **HC 140.213 AgR**, rel. min. Luiz Fux, j. 2-6-2017, 1ª T, DJE de 16-6-2017.]

• Extradicação e direito de recorrer contra a condenação

6. Para equilibrar a exigência da observância aos direitos humanos, sem impor de forma indiscriminada o catálogo de direitos fundamentais do país, o Tribunal deve avaliar a suposta violação a direitos do extraditando, tendo em conta os seguintes vetores: (i) a importância do direito supostamente violado em nosso ordenamento jurídico; (ii) o grau de reconhecimento do direito supostamente violado, como direito humano, pela comunidade internacional; (iii) o impacto da suposta violação no caso concreto; (iv) a efetiva prova da violação, ou de razões fundadas para crer que ela ocorrerá, caso a entrega se perfectibilize. 7. Direito ao recurso da sentença condenatória criminal. [...] No caso concreto, a alegação é de violação ao devido processo legal, por não ter sido assegurado ao extraditando o direito a um recurso contra a condenação. A universalização do reconhecimento da prerrogativa de recorrer contra a condenação criminal ainda é um trabalho em andamento. No Brasil, muito embora a legislação processual preveja, de há muito, o cabimento

de recurso ordinário contra sentenças, tal prerrogativa não foi alçada à categoria de direito fundamental pelo catálogo constitucional. Apenas em 1992, pela adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, § 5) e ao Pacto de San José da Costa Rica (artigo 8º, § 2º, “h”), o direito passou a ser expressamente consagrado em nosso ordenamento. E, mesmo hoje, o direito a um recurso não é integralmente observado nas condenações em ações penais de competência originária de tribunais. [...] Ainda que o Pacto de San José da Costa Rica não remeta à lei, tenho que o caráter estritamente normativo da garantia está implícito no sistema interamericano. Ao contrário da interpretação da Defensoria, o que ocorreu não foi a negativa do direito ao recurso, mas o não conhecimento do recurso, pela ausência dos pressupostos recursais. A negativa da permissão para recorrer – *permission for leave to appeal* – decorre justamente da existência de previsão do recurso, não admitido no caso concreto, por razões não informadas no requerimento de extradição [...]. Assim, pelos elementos disponíveis, tenho que o direito ao recurso foi, em medida suficiente, assegurado no caso concreto. [STF. Ext 1.461, rel. min. Gilmar Mendes, j. 4-10-2016, 2ª T, DJE de 24-10-2016.]

8.3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

- **Processo militar: exortação a falar a verdade e inexistência de coação**

166. A Corte considera que o fato de a violação do artigo 8.3 da Convenção não ter sido incluída no escrito de demanda da Comissão, mas apenas em sua alegação final, não impede que esta Corte analise este ponto no mérito do presente caso, de acordo com o princípio *jura novit curia* [...]. 167. A Corte considerou provado que, durante a declaração preliminar perante o Juiz Especial de Instrução Militar, os réus foram instados a dizer a verdade. No entanto, não há registro de que essa exortação implicasse a ameaça de uma penalidade ou qualquer

outra consequência legal adversa caso o exortado não dissesse a verdade. Também não há prova de que os arguidos tenham sido obrigados a prestar juramento ou promessa de dizer a verdade, o que contrariaria o princípio da sua liberdade de testemunhar ou abster-se de o fazer. 168. Com base em todo o exposto, a Corte considera que não foi provado neste processo que o Estado violou o artigo 8.3 da Convenção. [Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 30-3-1999. Tradução livre.]

- **Confissão sob tortura**

132. Conforme afirmado nesta mesma sentença [...], Luis Alberto Cantoral Benavides foi submetido a tortura para quebrar sua resistência mental e forçá-lo a se incriminar ou confessar determinada conduta criminosa. [...] 133. A Corte conclui, portanto, que o Estado violou, em prejuízo do senhor Luis Alberto Cantoral Benavides, os artigos 8.2.g) e 8.3 da Convenção Americana. [Corte IDH. **Caso Cantoral Benavides vs. Peru**. Mérito. Sentença de 18-8-2000. Tradução livre.]

- **Regra de exclusão e aplicação a qualquer tipo de coação**

165. A este respeito, a Corte observa que a regra de exclusão de provas obtidas por meio de tortura ou tratamento cruel e desumano (doravante “regra de exclusão”) foi reconhecida por diversos tratados [...] e organismos internacionais de proteção dos direitos humanos que estabeleceram que tal regra é intrínseca à proibição de tais atos [...]. A esse respeito, o Tribunal considera que essa regra tem um caráter absoluto e inderrogável [...]. 166. Nesse sentido, a Corte afirmou que a anulação dos atos processuais derivados da tortura ou tratamento cruel constitui uma medida efetiva para fazer cessar as consequências de uma violação das garantias judiciais [...]. Além disso, a Corte considera necessário destacar que a regra de exclusão não se aplica apenas aos casos em que foi cometida tortura ou tratamento cruel. A esse respeito, o artigo 8.3 da Convenção é claro ao afirmar que “[a] confissão do acusado só é válida se for feita sem coação de qualquer natureza”, ou seja, a presunção de

fato não se limita à perpetração de ato de tortura ou tratamento cruel, mas se estende a qualquer tipo de coação. Com efeito, verificando-se qualquer tipo de coação susceptível de quebrar a manifestação espontânea da vontade da pessoa, isso implica necessariamente a obrigação de excluir do processo judicial as respectivas provas. Esta anulação é um meio necessário para desencorajar o uso de qualquer forma de coerção. [Corte IDH. **García e Montiel vs. México**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 26-11-2010. Tradução livre.]

- **Direito de defesa: aspecto material e formal**

153. O direito de defesa é um componente central do devido processo legal que obriga o Estado a tratar o indivíduo em todos os momentos como um verdadeiro sujeito do processo, no sentido mais amplo deste conceito, e não simplesmente como seu objeto [...]. O direito de defesa deve necessariamente ser exercido desde o momento em que uma pessoa é identificada como possível autor ou participante de um ato punível e só termina quando o processo termina, incluindo, se for o caso, a fase de execução da pena [...]. O direito de defesa projeta-se em duas facetas dentro do processo penal: de um lado, por meio de atos próprios do réu, sendo seu expoente central a possibilidade de se pronunciar livremente sobre os fatos que lhe são imputados e, de outro, por meio de técnicas de defesa, exercida por profissional do direito, que cumpre a função de assessorar o investigado sobre seus deveres e direitos e executa, entre outros, um controle crítico e de legalidade na produção de provas [...]. A Convenção Americana contempla o exercício tanto do direito à defesa material com garantias específicas, por exemplo através do direito de não ser forçado a testemunhar contra si mesmo (artigo 8.2.g) ou das condições em que uma confissão pode ser válida (artigo 8.2.g e 8.3), bem como a defesa técnica [...]. [Corte IDH. **Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 5-10-2015. Tradução livre.]

8.4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Art. 8

- **Conceito e fundamento da garantia *ne bis in idem***

66. Com relação à denúncia da Comissão sobre a violação em detrimento da senhora María Elena Loayza Tamayo da garantia judicial que proíbe a dupla incriminação, a Corte observa que o princípio *non bis in idem* está contemplado no artigo 8.4 da Convenção [...] e visa proteger os direitos dos indivíduos que foram processados por determinados atos, para que não sejam julgados novamente pelos mesmos atos. Ao contrário da fórmula utilizada por outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, artigo 14.7, que se refere ao mesmo “crime”), a Convenção Americana utiliza a expressão “os mesmos fatos”, que é um termo mais amplo para benefício da vítima. [Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo vs. Peru. Mérito. Sentença de 17-9-1997. Tradução livre.**]

- ***Ne bis in idem* e sentença absolutória transitada em julgado**

137. A Corte observa que, entre os elementos que compõem a situação regulada pelo artigo 8.4, está a realização de um primeiro julgamento que culmine com uma sentença definitiva de absolvição. Segundo a petição da Comissão, este primeiro julgamento, no presente caso, consistiria no processo levado a cabo pela justiça penal militar contra Luis Alberto Cantoral Benavides, em relação ao delito de traição à pátria. 138. Nesta mesma decisão [...] a Corte estabeleceu que a aplicação da justiça penal militar a civis viola as disposições relativas a um juiz competente, independente e imparcial (artigo 8.1 da Convenção Americana). Isso é suficiente para determinar que os procedimentos realizados e as decisões adotadas pelas autoridades da jurisdição militar exclusiva em relação a Luis Alberto Cantoral Benavides não configuram o tipo de processo que corresponderia aos pressupostos do artigo 8º,

n.º 4, da Convenção. [Corte IDH. **Caso Cantoral Benavides vs. Peru.** Mérito. Sentença de 18-8-2000. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Mohamed vs. Argentina.** Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-11-2012.

- ***Ne bis in idem* e coisa julgada “fraudulenta”**

Art. 8

154. No que se refere ao princípio *ne bis in idem*, mesmo que se trate de um direito humano reconhecido no artigo 8.4 da Convenção Americana, não é um direito absoluto e, portanto, não é aplicável quando: i) a atuação do tribunal que conheceu o caso e decidiu arquivar ou absolver o responsável por uma violação aos direitos humanos ou ao Direito Internacional obedeceu o propósito de eximir o acusado de sua responsabilidade penal; ii) o procedimento não foi instruído independente ou imparcialmente de acordo com as devidas garantias processuais, ou iii) não houve a real intenção de submeter o responsável à ação da justiça. Uma sentença pronunciada nas circunstâncias indicadas produz uma coisa julgada “aparente” ou “fraudulenta”. Por outro lado, esta Corte considera que, caso apareçam novos fatos ou provas que possam permitir a determinação dos responsáveis por violações de direitos humanos e, mais ainda, dos responsáveis por crimes de lesa humanidade, as investigações podem ser reabertas, inclusive se existir uma sentença absolutória com qualidade de coisa julgada, posto que as exigências da justiça, os direitos das vítimas e a letra e o espírito da Convenção Americana afastam a proteção do *ne bis in idem*. [Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26-9-2006.]

- **Princípio *ne bis in idem***

Penal e Processual Penal. 2. Proibição de dupla persecução penal e *ne bis in idem*. 3. Parâmetro para controle de convencionalidade. Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de “proteger os direitos

dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos” (Casos *Loayza Tamayo vs. Peru* de 1997; *Mohamed vs. Argentina* de 2012; *J. vs. Peru* de 2013). 4. Limitação ao art. 8º do Código Penal e interpretação conjunta com o art. 5º do CP. 5. Proibição de o Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado. Precedente: Ext 1.223/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28.2.2014. 6. Ordem de *habeas corpus* concedida para trancar o processo penal. [STF. HC 171.118, rel. min. Gilmar Mendes, j. 12-11-2019, 2ª T, DJE de 17-8-2020.]

- **Arquivamento de inquérito: desarquivamento com novas provas e inocorrência do *ne bis in idem***

Em suma, tenho que a eficácia preclusiva do arquivamento está limitada a impedir a propositura da ação penal em face da reavaliação dos mesmos fatos. Com novas provas, apontando para nova versão dos fatos, sempre é viável a retomada da investigação, independentemente do fundamento do arquivamento. Esse entendimento está em perfeita sintonia com a garantia contra dupla incriminação. O art. 8.4 do Pacto de São José da Costa Rica estabelece que [...]. Trata-se de garantia institucional, a ser moldada pelo Direito interno, de acordo com suas características. Em nosso Direito, [...] o arquivamento do inquérito ocorre justamente quando o Ministério Público deixa de promover a ação penal. Assim, não há que se falar em “acusado” ou “absolvição”, na medida em que, naquele momento, a ação penal não foi intentada. [STF. HC 125.101, rel. min. Teori Zavascki, red. do ac. min. Dias Toffoli, voto do min. Gilmar Mendes, j. 25-8-2015, 2ª T, DJE de 11-9-2015.]

No mesmo sentido: STF. HC 87.395, rel. min. Ricardo Lewandowski, voto do min. Gilmar Mendes, j. 23-3-2017, P, DJE de 13-3-2018.

- **Natureza e quantidade da droga apreendida em mais de uma fase da dosimetria e *bis in idem***

Art. 8

O cerne da controvérsia é, portanto, saber se é legítima a invocação da natureza e da quantidade da droga apreendida, de forma cumulativa, nas duas fases da dosimetria, sem que isso importe *bis in idem*. 3. O princípio do *ne bis in idem* ou *non bis in idem*, como se sabe, traduz a proibição de sancionar ou punir alguém duas ou mais vezes pelo mesmo fato. Constitui, por isso, inequívoco limite ao poder punitivo do Estado consagrado no âmbito da legislação penal internacional [...]. A propósito, a Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, ratificado no Brasil pelo Decreto 678, de 1992, acolheu o princípio do *non bis in idem* em contexto específico, ao estabelecer que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (art. 8.4). A partir de uma compreensão ampliada desse princípio, não restrito à impossibilidade das perseguições penais múltiplas, desenvolveu-se uma das suas mais relevantes funções no Direito Penal Constitucional: balizar a individualização da pena, com vistas a impedir mais de uma punição individual pelo mesmo fato em momentos diversos do sistema trifásico adotado pelo Código Penal (art. 68). Daí o fundamento pelo qual não se admite, por exemplo, o reconhecimento da agravante “contra mulher grávida” (art. 61, II, “h”, do CP) para aumentar a reprimenda do crime de aborto, ou que o homicídio qualificado pelo motivo torpe (CP, art. 121, § 2º, I) sofra a incidência da agravante genérica do art. 61, II, “a”, do Código Penal (“por motivo fútil ou torpe”). Ainda nesse sentido, a jurisprudência desta Corte – na linha, aliás, da Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça (“A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, circunstância judicial”) –, reconhece ilegítimo *bis in idem* (ou dupla valoração) “quando os fatos considerados maus antecedentes embasem também o agravamento da pena pela reincidência” (HC 96.046, rel. min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJE de 2-5-2012). [STF. HC 112.776, rel. min. Teori Zavascki, j. 19-12-2013, P, DJE de 30-10-2014.]

8.5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Art. 8

- **Processo militar e ausência de publicidade**

172. A Corte considera comprovado que os julgamentos militares de civis supostamente envolvidos em crimes de traição à pátria são realizados por juízes e promotores “sem rosto” e comportam uma série de restrições que os levam a violar o devido processo legal. Na verdade, eles foram executados em um complexo militar, ao qual o público não tem acesso. Nessa circunstância de sigilo e isolamento, decorreram todos os trâmites do processo, incluindo a própria audiência. Obviamente, o direito à publicidade do processo, consagrado na Convenção, não foi observado. 173. Com base em todo o exposto, a Corte declara que o Estado violou o artigo 8.5 da Convenção. [[Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru. Mérito, reparações e custas. Sentença de 30-3-1999. Tradução livre.](#)]

No mesmo sentido: [Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2004.](#)

- **Ausência de informações ou argumentos que justificam a restrição à publicidade**

146. Está comprovado nos autos que diversas audiências realizadas no processo perante a jurisdição comum foram realizadas dentro de unidades prisionais [...]. 147. O anterior é suficiente para verificar que o processo levado a cabo pela jurisdição comum contra Luis Alberto Cantoral Benavides não cumpriu as condições de publicidade exigidas pelo artigo 8.5 da Convenção. 148. O Estado não apresentou nenhuma informação ou argumento para demonstrar que as condições de publicidade do processo devem ser restringidas por serem “necessárias para preservar os interesses da justiça”, conforme disposto no artigo 8.5 da Convenção. A Corte considera que, dadas as características particulares de Luis Alberto Cantoral Benavides, o processo instaurado contra ele

poderia ser realizado publicamente sem afetar o bom andamento da justiça. 149. Em consequência, a Corte conclui que o Estado violou, em prejuízo de Luis Alberto Cantoral Benavides, o artigo 8.5 da Convenção Americana. [Corte IDH. **Caso Cantoral Benavides vs. Peru. Mérito. Sentença de 18-8-2000. Tradução livre.**]

- **Publicidade do processo: transparência e imparcialidade**

166. Para isso, a Corte levará em conta que uma das principais características que o processo penal deve ter durante sua tramitação é o seu caráter público. O direito a um julgamento público é protegido por diversos instrumentos internacionais como elemento essencial das garantias judiciais [...]. Na Convenção Americana, o artigo 8.5 estabelece que “[o] processo penal deve ser público, exceto no que for necessário para preservar os interesses da justiça”. 167. O direito a um julgamento público consagrado no artigo 8.5 da Convenção é um elemento essencial dos sistemas processuais penais acusatórios de um Estado democrático e é garantido por meio de uma fase oral na qual o acusado pode ter contato imediato com o juiz e as provas e que facilite o acesso ao público [...]. 168. A publicidade do processo tem a função de proibir a administração da justiça secreta, sujeitando-a ao escrutínio das partes e do público e está relacionada com a necessidade de transparência e imparcialidade nas decisões que são tomadas. Além disso, é um meio pelo qual se fomenta a confiança nos tribunais de justiça [...]. 2. A publicidade faz referência específica ao acesso à informação do processo que as partes e mesmo terceiros têm. [Corte IDH. **Caso Palamara-Iribarne vs. Chile. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2005. Tradução livre.**]

- **Norma regimental e ausência de formalização de acórdão**

O artigo 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar – que prevê que o resultado do julgamento de agravo interposto perante aquela Corte será certificado nos autos pela Secretaria do Tribunal Pleno – não pode implicar a ausência de lavratura do acórdão, sob pena de afronta às garantias constitucionais da motivação e da publicidade

dos pronunciamentos judiciais. [STF. Tese definida no RE 575.144, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 11-12-2008, P, DJE de 20-2-2009, Tema 50.]

PROCESSUAL PENAL MILITAR. ART. 118, § 3º, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. PUBLICIDADE. MOTIVAÇÃO. ARTS. 5º, LX, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. I – O art. 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar afronta as garantias constitucionais da motivação e da publicidade dos pronunciamentos judiciais. [...] [U]ma das garantias mais importantes no tocante aos atos processuais é de sua ampla publicidade, abrigada no art. 5º, XL, da Constituição da República, que somente admite temperamentos “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.” [...] a falta de formalização do acórdão, com base em norma regimental, configura ato atentatório à garantia constitucional da publicidade dos atos processuais. No mesmo sentido, tem-se a garantia expressa no art. 8º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos [...]. [STF. RE 575.144, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 11-12-2008, P, DJE de 20-2-2009, Tema 50.]

Art. 8

ARTIGO 9. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA RETROATIVIDADE

Art. 9

9. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

• **Legalidade e Irretroatividade das leis penais**

O âmago teleológico do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna consiste na estrita prevalência da *lex mitior*, de observância obrigatória, para aplicação em casos pretéritos, como bem ressalta Mirabete: “Em resumo, havendo conflito de leis penais com o surgimento de novos preceitos jurídicos após a prática do fato delituoso, será aplicada sempre a lei mais favorável. Isso significa que a lei penal mais benigna tem extratividade (é retroativa e ultrativa) e, *a contrario sensu*, a lei mais severa não tem extratividade (não é retroativa ou ultrativa)”. Trata-se de uma garantia fundamental, albergada na Constituição de 1988, no inciso XL do art. 5º, o qual dispõe, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Esse é também o conceito que se contém no âmbito normativo internacional, valendo registrar, nesse sentido, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em seu art. 9º, consigna o seguinte: “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado”. Nesse passo, a Constituição Federal dispõe apenas que a lei penal deve retroagir para

beneficiar o réu, não fazendo menção sobre sua aplicação para autorizar que apenas algumas partes de diversas leis possam ser aplicadas separadamente para favorecê-lo. Assim, é necessário harmonizar este princípio com outros, em especial, o da legalidade e da separação de poderes, de modo a impedir que sua aplicação irrestrita possa afrontar esses preceitos fundamentais. Ao tratar do tema, o Professor José Afonso da Silva ensina que o inciso XL do art. 5º do Texto Magno, na verdade, é complementado pelo princípio da legalidade penal previsto no inciso XXXIX, do mesmo artigo, esclarecendo que este dispositivo “contém uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer penas”. [STF. RE 600.817, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 7-11-2013, P, DJE de 30-10-2014, Tema 169.]

278. O princípio da legalidade constitui um dos elementos centrais da persecução penal em uma sociedade democrática ao estabelecer que “ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que foram cometidas, não fossem criminosas de acordo com a lei aplicável”. Tal princípio preside a atuação de todos os órgãos do Estado, em suas respectivas competências, especialmente quando se trate do exercício do poder punitivo. Num Estado Democrático de Direito, devem ser tomadas precauções extremas para que as sanções penais sejam adotadas no estrito respeito pelos direitos fundamentais dos indivíduos e após verificação criteriosa da efetiva existência da conduta ilícita. 279. Da mesma forma, a Corte sustentou que a qualificação de um fato como ilícito e o estabelecimento de seus efeitos jurídicos devem ser anteriores à conduta da pessoa considerada infratora. Do contrário, os indivíduos não seriam capazes de pautar sua conduta de acordo com uma ordem jurídica vigente e certa, na qual se expressa a reprovação social e suas consequências. Da mesma forma, de acordo com o princípio da irretroatividade da lei penal desfavorável, o Estado não deve exercer seu poder punitivo aplicando retroativamente leis penais que aumentem as penas, estabeleçam circunstâncias agravantes ou criem figuras agravantes do crime. [Corte IDH. Caso J. vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 27-11-2013. Tradução livre.]

132. A Corte destacou que é responsabilidade do juiz penal, ao aplicar a lei penal, observar estritamente suas disposições e observar o maior rigor na adequação da conduta do denunciado ao tipo penal, em tal forma a não incorrer na penalização de atos não puníveis no ordenamento jurídico. A Corte considera necessário acrescentar que, tratando-se de crimes culposos, cuja ilegalidade é menor em relação aos crimes dolosos e cujos elementos típicos são definidos genericamente, exige-se que o juiz ou tribunal observe rigorosamente o princípio da legalidade ao verificar a existência efetiva de conduta típica e determinar a responsabilidade penal. [Corte IDH. **Caso Mohamed vs. Argentina. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-11-2012. Tradução livre.**]

105. Nesse sentido, a Corte recorda que o princípio da legalidade em matéria penal determina que os tipos penais devem utilizar termos estritos e inequívocos, que delimitem claramente a conduta punível, estabeleçam seus elementos e permitam diferenciá-la da conduta não punível ou da conduta ilegal punível com medidas não penais. A ambiguidade na formulação dos tipos penais gera dúvidas e abre campo ao arbítrio da autoridade, particularmente indesejável quando se trata de estabelecer a responsabilidade penal dos particulares e sancioná-la com penas que afetem gravemente bens fundamentais como a vida ou a liberdade. Isto é particularmente importante no papel do juiz, que na aplicação da lei penal deve cumprir rigorosamente as suas disposições e observar o maior rigor na adequação da conduta do arguido ao tipo penal, de forma a não incorrer em penalização dos atos não puníveis no ordenamento jurídico. [Corte IDH. **Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 27-4-2012. Tradução livre.**]

187. A Corte indicou que, em um Estado de Direito, os princípios da legalidade e da irretroatividade regem a atuação de todos os órgãos estatais, em suas respectivas jurisdições, especialmente quando se trata do exercício de seu poder punitivo. 188. Com relação ao princípio da legalidade penal, a Corte observou que a elaboração dos tipos penais implica uma definição clara da conduta incriminada, que estabeleça seus

elementos e permita separá-la de condutas não puníveis ou condutas ilícitas puníveis com medidas não penais. 189. A Convenção Americana obriga os Estados a tomarem extremas precauções para que as sanções penais sejam adotadas com estrito respeito aos direitos fundamentais das pessoas e após cuidadosa verificação da real existência da conduta ilícita. 190. Nesse sentido, corresponde ao juiz penal, na aplicação da lei penal, ater-se estritamente as suas disposições e observar o maior rigor na adequação da conduta do inculpatado ao tipo penal, de tal forma a não incorrer na penalização de atos não puníveis no ordenamento jurídico. 191. De acordo com o princípio da irretroatividade da lei penal desfavorável, o Estado não deve exercer seu poder punitivo aplicando retroativamente leis penais que aumentem as penas, estabeleçam circunstâncias agravantes ou criem figuras agravantes do crime. Da mesma forma, este princípio implica que uma pessoa não pode ser punida por um ato que não era crime ou não era punível ou processável quando foi cometido. [Corte IDH. **Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2005. Tradução livre.]

- **Aplicabilidade do princípio da legalidade e da irretroatividade às sanções administrativas**

158. Esta Corte tem interpretado que o princípio da legalidade é aplicável não só em matéria penal, mas também que o seu alcance se estende às sanções administrativas. [Corte IDH. **Caso Rosadio Villavicencio vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 14-10-2019. Tradução livre.]

89. Com relação ao princípio da legalidade, a Corte indicou anteriormente que o artigo 9 da Convenção é aplicável às sanções administrativas, bem como, obviamente, às penais. A Corte indicou que as sanções administrativas são uma expressão do poder punitivo do Estado e que, em algumas ocasiões, são de natureza similar às sanções penais [...]. Ambos implicam prejuízo, privação ou alteração dos direitos das pessoas, como consequência de condutas ilícitas. Portanto, em um sistema democrático, devem ser tomadas precauções extremas para que

tais medidas sejam adotadas com estrito respeito aos direitos básicos dos indivíduos e após verificação criteriosa da real existência da conduta ilícita. Da mesma forma, por razões de segurança jurídica, é essencial que a norma sancionatória exista e seja conhecida, ou possa ser conhecida, antes de ocorrer a ação ou omissão que a contrarie e que se pretende sancionar. Em conformidade com o exposto, o Tribunal considera que o princípio da legalidade também é válido em matéria disciplinar, embora o seu alcance dependa consideravelmente da matéria regulada. A precisão de uma norma sancionatória de natureza disciplinar pode ser diferente daquela exigida pelo princípio da legalidade em matéria penal, em razão da natureza dos conflitos que cada uma visa resolver. [Corte IDH. **Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 3-5-2016. Tradução livre.]

103. Da mesma forma, esta Corte expressou no caso *López Mendoza vs. Venezuela* que os problemas de indeterminação do tipo de sanções não geram, *per se*, uma violação da Convenção, ou seja, que o fato de uma norma conceder algum tipo de discricionariedade não é incompatível com o grau de previsibilidade que a regra deve ter, desde que o alcance da discricionariedade e a forma como ela deve ser exercida sejam indicados com clareza suficiente para proporcionar proteção adequada para que não ocorra interferência arbitrária. [Corte IDH. **Caso Rico vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 3-5-2016. Tradução livre.]

106. [...] Convém analisar se o artigo 9º da Convenção é aplicável às sanções administrativas, bem como, obviamente, às penais. Os termos usados no referido preceito parecem referir-se exclusivamente a este último. No entanto, deve-se levar em conta que as sanções administrativas são, como as penais, uma expressão do poder punitivo do Estado e que, por vezes, são de natureza semelhante a este último. Ambos implicam prejuízo, privação ou alteração dos direitos das pessoas, como consequência de condutas ilícitas. Portanto, em um sistema democrático, devem ser tomadas precauções extremas para que tais medidas sejam adotadas com estrito respeito aos direitos básicos dos indivíduos e após verificação criteriosa da real existência da conduta ilícita. Da mesma

forma, para a segurança jurídica, é imprescindível que a norma punitiva, seja ela penal ou administrativa, exista e seja conhecida, ou possa ser conhecida, antes que ocorra o ato ou omissão que a contrarie e que se pretende sancionar. A classificação de um ato como ilícito e o estabelecimento de seus efeitos jurídicos devem ser anteriores à conduta do sujeito considerado infrator. Do contrário, os indivíduos não poderiam pautar sua conduta de acordo com uma ordem jurídica vigente e certa, na qual se expressa a reprovação social e suas consequências. Esses são os fundamentos dos princípios da legalidade e da não retroatividade desfavorável de uma norma punitiva. 107. Em suma, em um Estado de Direito, os princípios da legalidade e da irretroatividade regem a atuação de todos os órgãos do Estado, em suas respectivas jurisdições, particularmente quando se trata do exercício do poder punitivo em que se manifesta, com máxima força, uma das funções mais graves e intensas do Estado contra o ser humano: a repressão. 108. Quanto ao princípio da legalidade, a Lei 25 continha apenas um conceito muito amplo e impreciso de possíveis condutas ilícitas, cujas características específicas não foram especificamente estabelecidas, e que se caracterizaram apenas sob o conceito de participação em atos contrários à lei, à Democracia e à Ordem Constitucional. 109. Quanto ao princípio de irretroatividade desfavorável, no presente caso a Lei 25 entrou em vigor em 14 de dezembro de 1990 e foi aplicada retroativamente ao dia 4 do mesmo mês e ano. As cartas de dispensa entregues aos trabalhadores contêm atos administrativos expedidos ao abrigo de uma lei que não existia à data dos fatos. Os trabalhadores demitidos foram informados de que sua demissão se deveu à participação em organização, convocação ou execução de ações atentatórias à democracia e à ordem constitucional e apontaram a participação na greve nacional como conduta atentatória à democracia e à ordem constitucional. [...] 113. As cartas de dispensa anteriores à edição da Lei 25 não mencionam a referida lei, o que foi feito na maioria das cartas entregues após a entrada em vigor do referido regulamento. No entanto, o processo previsto na Lei 25 foi aplicado a todos os trabalhadores, independentemente da data do despedimento, e não o estabelecido na regulamentação em vigor à data dos fatos, apesar de esta regulamentação ter beneficiado

mais os trabalhadores do Estado. [...] 115. Do exposto, pode-se deduzir claramente, na opinião da Corte, que os atos do Estado que levaram à demissão dos trabalhadores supostas vítimas do presente caso foram realizados em violação do princípio da legalidade pela qual regem os atos da administração pública. Por todas essas razões, a Corte conclui que o Estado violou os princípios de legalidade e irretroatividade consagrados no artigo 9 da Convenção Americana, em detrimento dos 270 trabalhadores listados no parágrafo 4 desta Sentença. [Corte IDH. **Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 2-2-2001. Tradução livre.**]

- **Aplicação imediata das normas processuais**

69. Esta Corte considera que a aplicação de normas que regulam o procedimento de modo imediato não viola o artigo 9 da Convenção, pois toma-se como referência o momento em que ocorre o ato processual e não o da prática do ilícito penal, diferente das normas que estabelecem delitos e penas (substantivas), onde o padrão de aplicação é justamente o momento da prática do delito. Isto é, os atos que integram o procedimento se esgotam conforme a etapa processual na qual se originam e são regidos pela norma vigente que os regula. Assim, pelo processo ser uma sequência jurídica em constante movimento, a aplicação de uma norma que regula o procedimento posterior à prática de um suposto ato delitivo não viola, *per se*, o princípio da legalidade. 70. Em razão do exposto, o princípio da legalidade, no sentido de existir uma lei prévia à prática do delito, não se aplica a normas que regulam o procedimento, a menos que possam ter um impacto na tipificação de ações ou de omissões, que, no momento em que foram cometidas, não eram delitivas, segundo o direito aplicável, ou na imposição de uma pena mais grave que a existente no momento da perpetração do ilícito penal. [Corte IDH. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30-1-2014.**]

- **Independência entre os ramos do direito na aplicação de sanções**

114. Em princípio, a sanção penal em geral não exclui a possibilidade de que a mesma conduta seja sancionada pela aplicação de normas de outro ramo jurídico: é óbvio que não se exclui a possibilidade de reparação na esfera cível, por exemplo, dado que a pena e a reparação civil perseguem diferentes objetivos e a responsabilidade é estabelecida em cada ramo de acordo com seus próprios princípios. O mesmo ocorre com as sanções políticas que consistem no afastamento do cargo do sujeito do *impeachment*, o que não impede a eventual sanção no processo penal e a reparação no processo civil. [Corte IDH. **Caso Rosadio Villavicencio vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 14-10-2019. Tradução livre.]

- **Possibilidade de aplicação do prazo de 8 anos de inelegibilidade por abuso de poder previsto na Lei Complementar 135/2010 às situações anteriores à referida lei em que, por força de decisão transitada em julgado, o prazo de inelegibilidade de 3 anos aplicado com base na redação original do art. 1º, I, d, da Lei Complementar 64/1990 houver sido integralmente cumprido**

A condenação por abuso de poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral transitada em julgado, *ex vi* do art. 22, XIV, da Lei Complementar n. 64/90, em sua redação primitiva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea d, na redação dada pela Lei Complementar n. 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registro de candidatura em trâmite. [STF. **Tese com RG. RE 929.670**, rel. min. Ricardo Lewandowski, red. do ac. min. Luiz Fux, j. 1º-3-2018, P, DJE de 12-4-2019, Tema 860.]

[...] a controvérsia jurídica travada no recurso *sub examine* cinge-se em perquirir se há, ou não, ofensa às garantias constitucionais da coisa julgada e da irretroatividade da lei gravosa, *ex vi*, respectivamente, do art. 5º, XXXVI e XL, nas hipóteses de aumento de prazo de 3 (três) para 8 (oito) anos da inelegibilidade prevista no art. 22, XIV, da LC nº 64/90, em razão de condenação por abuso de poder político ou econômico, quando

(i) se verificara o trânsito em julgado e (ii) ocorrera o exaurimento do prazo de 3 anos, tal como disposto na redação primeva do indigitado preceito. [...] Na espécie, o Recorrente tivera seu registro indeferido em razão de condenação, nos autos de ação de investigação judicial eleitoral, pela prática de uso indevido dos meios de comunicação, que reconhecera a restrição de sua cidadania passiva por 8 (oito) anos. Ao apreciar o *meritum causae* recursal, a relatora consignou que “[o] cotejo desta norma [art. 22, XIV] com o art. 1, I, *d*, por interpretação lógica, leva à conclusão de que o abuso, de que trata a referida alínea, é o abuso de poder – *latu sensu* –, sendo meramente exemplificativos os adjetivos político ou econômico.”. E concluiu, sob o ângulo da interpretação sistemática, que: “pelo que dispõe o art. 1, I, *d*, da LC nº 64/90, não há como se afastar do entendimento de que o legislador, ao prever esta hipótese de inelegibilidade, estava se referindo diretamente às situações do art. 22, XIV, da mesma Lei.”. É dizer: primeiro, examina-se a existência, ou não, de título condenatório por abuso (econômico, político, de mídia ou de autoridade), para, na sequência, aferir o estado jurídico de elegibilidade, nos termos da alínea *d*. E tal procedimento, como exaustivamente demonstrado, é característico de hipóteses de inelegibilidade como efeitos secundários, e não como sanção. Resumindo: em todas as situações demonstradas, as alíneas do art. 1º, inciso I, inclusive a alínea *d*, veiculam inelegibilidade como efeitos reflexos ou secundários de uma condenação em um título judicial (*e.g.*, reconhecimento pela prática de abuso de poder econômico ou por captação ilícita de sufrágio), administrativo (*e.g.*, demissão de servidor público) ou normativo (*e.g.*, decreto legislativo de desaprovação de contas). É preciso, no mínimo, desconfiar que, dentro de um arranjo normativo como esse, realmente exista uma única causa “excepcionalíssima” de inelegibilidade que se revista de natureza sancionatória. Por tais razões, afirmo peremptoriamente que a inelegibilidade inculpada na alínea *d* (no inciso XIV do art. 22) não constitui sanção: o reconhecimento do abuso de poder econômico ou político somente produzirá reflexos na prática na esfera jurídico-eleitoral do condenado se – e somente – houver a formalização do registro, em situação exatamente idêntica às demais causas de inelegibilidade constantes da Lei da Ficha Limpa. [...] Do ponto de vista da dogmática

constitucional, a extensão dos prazos de inelegibilidade do art. 22, XIV, da Lei da Ficha Limpa, justamente porque não versa sanção, não revela ofensa à retroatividade máxima, de ordem a fulminar a coisa julgada, mesmo após o exaurimento dos 3 anos inicialmente consignados na decisão judicial passada em julgado que reconhece a prática de poder político ou econômico (reconhecimento este que, aí sim, faz exsurgir a inelegibilidade). Trata-se, em vez disso, de exemplo acadêmico de retroatividade inautêntica (ou retrospectividade). [...] Se é escorreita a tese de que a inelegibilidade do art. 22, XIV, da LC nº 64/90 não é sanção, o que ficou exaustivamente demonstrado ao longo do meu voto, inexistente lastro jurídico para rejeitar o aumento de prazo de 3 para 8 anos a fatos pretéritos. Em consequência, verificado o exaurimento do prazo de 3 (três) anos, previsto na redação originária do art. 22, XIV, por decisão transitada em julgado, é perfeitamente possível que o legislador infraconstitucional proceda ao aumento dos prazos, o que impõe que o agente da conduta abusiva fique inelegível por mais 5 (cinco) anos, totalizando os 8 (oito) anos, sem que isso implique ofensa à coisa julgada, que se mantém incólume. Com isso não se está a franquear que o legislador estaria apto a estabelecer, a seu talante, sanções em franca inobservância das garantias constitucionais. Somente se admite esse alargamento dos prazos de inelegibilidade porquanto se parte da premissa de que não se está diante de sanções ou penalidades. A inelegibilidade consubstancia requisito negativo de adequação do indivíduo ao regime jurídico do processo eleitoral. [STF. RE 929.670, rel. min. Ricardo Lewandowski, red. do ac. min. Luiz Fux, j. 1º-3-2018, P, DJE de 12-4-2019, Tema 860.]

- **Reserva constitucional de lei em sentido formal**

Como se sabe, a definição típica das condutas delituosas está subordinada ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei formal (CF, art. 5º, XXXIX), o que inviabiliza qualquer pleito cujo acolhimento implique desconsideração dessa garantia fundamental, segundo a qual não há crime nem pena sem lei anterior que os defina, excluída, portanto, a possibilidade de utilização de provimento jurisdicional como sucedâneo de norma legal. Ninguém pode ignorar que, em matéria

penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu. Não se pode desconhecer, portanto, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, que o tema pertinente à definição do tipo penal e à cominação da sanção penal subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento, como adverte autorizado magistério doutrinário (FERNANDO GALVÃO, “Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral”, p. 880/881, item n. 1, 2ª ed., 2007, Del Rey; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Direito Penal – Parte Geral”, vol. 1/718, item n. 1, 27ª ed., 2003, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, “Código Penal Comentado”, p. 315, 7ª ed., 2007, Renovar; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Tratado de Direito Penal”, vol. 1/772, item n. 1, 14ª ed., 2010, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, “Comentário ao Código Penal”, p. 375, item n. 2, 4ª ed., 2007, RT, v.g.). Daí a precisa observação feita por LUIZ FLÁVIO GOMES e por VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, vol. 4/122, 2008, RT) no sentido de que, “no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (*‘lex populi’* e *‘lex praevia’*, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (...)”. Não cabe, pois, ao Poder Judiciário atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765 – RTJ 161/739-740 – RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser validamente definidos pelo

Parlamento (J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 636, item n. 4, 1998, Almedina). Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. [...] Isso significa, portanto, que somente lei interna pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação penal, com a consequente exclusão de qualquer outra fonte formal, como os provimentos de índole jurisdicional. [STF. ADO 26, rel. min. Celso de Mello, j. 13-6-2019, P, DJE de 6-10-2020.]

ARTIGO 10. DIREITO A INDENIZAÇÃO

10. Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.

Art. 10

ARTIGO 11. PROTEÇÃO DA HONRA E DA DIGNIDADE

11.1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

- **Honra e reputação**

Em termos gerais, este Tribunal indicou que “o direito à honra está relacionado com a auto-estima e o valor, enquanto a reputação se refere à opinião que os outros têm de uma pessoa”. Nesse sentido, esta Corte afirmou que “tanto a liberdade de expressão como o direito à honra, ambos direitos protegidos pela Convenção, são de extrema importância, razão pela qual é necessário garantir ambos os direitos, para que coexistam harmoniosamente”. O exercício de cada direito fundamental deve ser feito com respeito e salvaguarda aos demais direitos fundamentais. Portanto, a Corte indicou que “a solução do conflito que surge entre ambos os direitos requer uma consideração entre eles, para a qual cada caso deve ser examinado, de acordo com suas características e circunstâncias, a fim de avaliar a existência e a intensidade dos elementos em que se baseia a referida sentença”. [Corte IDH. **Caso Moya Chacón e outro vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-5-2022. Tradução livre.]

Art. 11

- **A intromissão *post mortem* na vida privada de uma pessoa por parte de autoridades estatais, de modo a afetar a honra e a dignidade, é incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**

139. Como o Relator Especial sobre a situação dos defensores de direitos humanos aponta, uma forma perversa de atacar mulheres defensoras de direitos humanos é prejudicar sua “honra” ou sua reputação sob várias qualificações. O descrédito social das mulheres leva à sua estigmatização e isolamento. Em alguns contextos, trata-se de

reduzir as mulheres ao seu papel de mães, filhas e cuidadoras, em vez de serem consideradas legítimas agentes políticas e econômicas em todas as esferas da sociedade e reconhecer sua valiosa participação no espaço público e seus esforços para a mudança. 140. A Corte observa, portanto, que a violação dos direitos humanos da senhora Digna Ochoa não se deteve – para os fins do presente caso – na investigação deficiente dos fatos que cercaram sua morte, mas continuou e se agravou por meio de um discurso canalizado por agentes estatais com o objetivo de insultar sua imagem pública, polarizar a sociedade mexicana e apoiar a versão do suicídio perante a opinião pública, tudo isso também fazendo uso de estereótipos de gênero nocivos. Além disso, a Corte observa que a ingerência *post mortem* na vida privada de uma pessoa por parte de autoridades estatais, de maneira que afete seu direito ao respeito à honra e à dignidade, é incompatível com a Convenção Americana. [Corte IDH. **Caso Digna Ochoa e familiares vs. México. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2021. Tradução livre.**]

- **Estabelecimentos carcerários e desrespeito ao princípio da dignidade humana**

3. “Princípio da reserva do possível”. Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro

não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 – crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. [STF. RE 580.252, rel. min. Alexandre de Moraes, red. do ac. min. Gilmar Mendes, j. 16-2-2017, P, DJE de 11-9-2017, Tema 365.]

- **O direito à liberdade de expressão e o direito à honra devem coexistir de maneira harmoniosa**

101. O artigo 11 da Convenção estabelece, com efeito, que toda pessoa tem direito à proteção de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. A Corte indicou que o direito à honra “reconhece que toda pessoa tem direito a respeitá-la, proíbe qualquer atentado ilegal contra a honra ou a reputação e impõe aos Estados o dever de oferecer a proteção da lei contra tais atentados. Em termos gerais, este Tribunal indicou que

o direito à honra está relacionado com a auto-estima e o valor, enquanto a reputação se refere à opinião que os outros têm de uma pessoa”. 102. Nesse sentido, esta Corte afirmou que “tanto a liberdade de expressão quanto o direito à honra, ambos direitos protegidos pela Convenção, são de extrema importância, razão pela qual é necessário garantir ambos os direitos, para que coexistam em harmonia”. O exercício de cada direito fundamental deve ser feito com respeito e salvaguarda dos demais direitos fundamentais. Portanto, a Corte indicou que “a solução do conflito que surge entre ambos os direitos requer uma consideração entre eles, para a qual cada caso deve ser examinado, de acordo com suas características e circunstâncias, a fim de avaliar a existência e a intensidade dos elementos em que se baseia a referida sentença. [Corte IDH. **Caso Placio Urrutia e outros vs. Equador. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24-11-2021. Tradução livre.**]

- **Declarações de servidores públicos e seu impacto sobre a honra de terceiros**

154. [...] a Corte recorda que, em outros casos, indicou que, em uma sociedade democrática, não só é legítimo, mas às vezes constitui um dever das autoridades estatais decidir sobre assuntos de interesse público. No entanto, ao fazê-lo estão sujeitas a certas limitações na medida em que devem verificar de forma razoável, embora não necessariamente exaustiva, os fatos sobre os quais baseiam as suas opiniões, devendo fazê-lo com ainda maior diligência do que a devida por particulares, devido à sua elevada investidura, ao amplo alcance e aos eventuais efeitos que as suas expressões podem ter sobre determinados setores da população, bem como para evitar que os cidadãos e outros interessados recebam uma versão manipulada de determinados fatos. Além disso, devem levar em conta que, como funcionários públicos, têm uma posição de garantidor dos direitos fundamentais das pessoas e, portanto, suas declarações não podem ignorá-los ou constituir formas de interferência direta ou indireta ou pressão prejudicial aos direitos de quem pretende contribuir para a deliberação pública através da expressão e divulgação de seus pensamentos. Este dever de especial cuidado é particularmente

acentuado em situações de maior conflito social, perturbação da ordem pública ou polarização social ou política, precisamente pelo conjunto de riscos que podem estar envolvidos para determinadas pessoas ou grupos em determinado momento. [...] 155. Nesse sentido, entende-se que a honra pode ser afetada subjetivamente (autopercepção) ou objetivamente, ferindo a fama e determinando o comportamento de terceiros em relação ao difamado. A afetação da honra que este Tribunal revela é neste segundo sentido, sem ponderar se a imputação de comportamento politicamente motivado fere ou não, neste caso, a honra subjetiva dos difamados ou seus familiares. 156. No presente caso, a Corte observa que o Estado reconheceu o impacto que poderiam ter sobre a honra as declarações dos funcionários públicos que designaram o senhor [G.V.] como membro da guerrilha. É um fato não contestado pelo Estado que as inscrições fora da casa de um de seus familiares apareceram após sua morte e depois das mencionadas declarações de funcionários públicos. Apesar de não dispormos de elementos factuais que nos permitam afirmar que existe uma relação de causa e efeito entre a declaração dos oficiais e as “pintas”, é razoável concluir que a atuação dos oficiais das forças de segurança do Estado que realizaram essas declarações, em um contexto de difícil ordem pública, poderiam ter contribuído para gerar estigmas sociais em torno de Gustavo Villamizar e seus familiares. Por estas razões, este Tribunal concorda com o indicado pelos representantes e considera que o Estado é igualmente responsável pela violação do direito à honra consagrado no artigo 11.1 da Convenção em detrimento de [G.V.] devido à registros no exterior da casa de um de seus parentes. [Corte IDH. **Caso Villamizar Durán e outros vs. Colômbia. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 20-11-2018. Tradução livre.**]

11.2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

ALCANCE DE PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA

• **Conceituação da vida privada**

Art. 11

152. Além disso, o Tribunal precisou que a proteção do direito à vida privada não se limita ao direito à privacidade, pois envolve uma série de fatores relacionados à dignidade do indivíduo, incluindo, por exemplo, a capacidade para desenvolver a própria personalidade e aspirações, determinar a sua própria identidade e definir as suas próprias relações pessoais. O conceito de vida privada envolvia aspectos de identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, desenvolvimento pessoal e o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior. A efetividade do exercício do direito à vida privada é decisiva para a possibilidade de exercer a autonomia pessoal sobre o futuro curso de eventos relevantes para a qualidade de vida da pessoa. A vida privada inclui a forma em que o indivíduo se vê a si mesmo e como decide se projetar aos demais, e é uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, a Corte vem afirmando que as escolhas e decisões em relação à maternidade formam parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres. Consequentemente, a decisão de ser ou não ser mãe ou pai pertence à esfera das decisões autônomas dos indivíduos a respeito da sua vida privada e familiar. [Corte IDH. **Caso I.V. vs. Bolívia. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30-11-2016. Tradução livre.**]

182. Dado que os representantes alegaram a violação do artigo 11.2 da Convenção com base nos mesmos fatos, a Corte reitera sua jurisprudência sobre a possibilidade de que as supostas vítimas ou seus representantes invoquem a violação de outros direitos distintos

aos incluídos no Relatório de Mérito da Comissão, sempre e quando se atenham aos fatos contidos neste documento. Por sua vez, o Tribunal recorda que o artigo 11.2 da Convenção reconhece que existe um âmbito da privacidade que deve ficar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública. Neste sentido, o domicílio e a vida privada e familiar se encontram intrinsecamente ligados, já que o domicílio se converte em um espaço no qual se pode desenvolver livremente a vida privada e familiar. A Corte considera que a destruição e a queima, por parte das Forças Armadas, das casas dos habitantes do povoado de El Mozote, do cantão La Joya, dos povoados de Ranchería, Los Toriles e Jocote Amarillo e do cantão Cerro Pando, assim como dos bens que se encontravam em seu interior, além de ser uma violação do direito ao uso e gozo dos bens, constitui também uma ingerência abusiva e arbitrária em sua vida privada e domicílio. As vítimas que perderam seus lares perderam também o lugar onde desenvolviam sua vida privada. Em função do exposto, o Tribunal considera que o Estado salvadoreño descumpriu a proibição de realizar ingerências arbitrárias ou abusivas na vida privada e no domicílio. **[Corte IDH. Caso dos massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25-10-2012.]**

135. O âmbito de proteção do direito à vida privada foi interpretado em termos amplos pelos tribunais internacionais de direitos humanos ao salientar que vai além do direito à privacidade. Segundo o Tribunal Europeu, o direito à vida privada abrange a identidade física e social, o desenvolvimento pessoal e a autonomia pessoal de uma pessoa, bem como seu direito de estabelecer e desenvolver relações com outras pessoas e seu ambiente social, inclusive o direito de estabelecer e manter relações com pessoas do mesmo sexo. Além disso, o direito de manter relações pessoais com outros indivíduos, no âmbito do direito à vida privada, se estende à esfera pública e profissional. 136. Nesse sentido, a orientação sexual de uma pessoa também se encontra vinculada ao conceito de liberdade e à possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e de escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme suas próprias opções e convicções. Portanto, “[a] vida afetiva com o cônjuge ou companheira permanente,

em cujo âmbito encontram-se, logicamente, as relações sexuais, é um dos aspectos principais desse âmbito ou círculo da intimidade”. [Corte IDH. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24-2-2012.]

- **Necessidade de reserva de lei para autorizar interferência na vida privada, inclusive em relação aos estrangeiros**

[...] o art. 11, § 2º, do Pacto de São José da Costa Rica dispõe que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”. Na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, essas exigências têm sido interpretadas como implicando um teste duplo. De um lado, as medidas de interferência “devem estar previstas em lei”. De outro, a limitação deve “constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”. Noutras palavras, a segunda condição exige um “justo balanceamento” entre os interesses do estrangeiro *vis-à-vis* os do Estado. [STF. RE 608.898, rel. min. Marco Aurélio, voto-vogal do min. Edson Fachin, j. 22-11-2018, P, DJE de 7-10-2020, Tema 373.]

Art. 11

VIDA PRIVADA E IDENTIDADE DE GÊNERO

- **Direito à identidade e à manifestação da identidade em questão de gênero e identidade sexual**

115. Em relação ao direito à identidade de gênero, esta Corte indicou que o direito de cada pessoa a definir autonomamente sua identidade sexual e de gênero é protegido pela Convenção Americana mediante as disposições que garantem o livre desenvolvimento da personalidade (artigos 7 e 11.2), o direito à vida privada (artigo 11.2), o reconhecimento

da personalidade jurídica (artigo 3) e o direito ao nome (artigo 18). 116. A respeito da relação entre os direitos à liberdade em sentido amplo, à expressão de gênero, ao direito à identidade de gênero e ao direito à vida privada, esta Corte indicou em outros casos que se protege o reconhecimento da afirmação da identidade sexual e de gênero pela Convenção Americana em seus artigos 7 e 11.2. É assim que o gênero e a identidade sexual se vinculam ao conceito de liberdade, ao direito à vida privada e à possibilidade de cada ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e as circunstâncias que dão sentido à sua existência, segundo suas próprias convicções. Nesse sentido, o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo proteção contra violência, tortura e maus-tratos. 117. Por outro lado, a Corte considerou que o direito à identidade, e em particular à manifestação da identidade, também está protegido pelo artigo 13, que reconhece o direito à liberdade de expressão. Desse ponto de vista, interferir arbitrariamente na expressão dos diferentes atributos da identidade pode implicar uma violação desse direito. É por isso que, para alcançar esse fim, é inevitável que o Estado e a sociedade respeitem e garantam a individualidade de cada pessoa, bem como o direito de ser tratado de acordo com os aspectos essenciais de sua personalidade e o poder legítimo de estabelecer a exteriorização do seu modo de ser, de acordo com as suas convicções mais íntimas. Da mesma forma, este Tribunal entendeu que existe uma estreita relação entre, por um lado, o reconhecimento da personalidade jurídica e, por outro, os atributos jurídicos inerentes à pessoa humana que os distinguem, identificam e distinguem. 118. Por outro lado, em virtude da obrigação de não discriminar, os Estados também estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou modificar as situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em detrimento de um determinado grupo de pessoas. Isso implica o especial dever de proteção que o Estado deve exercer em relação a ações e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam situações discriminatórias. [\[Corte IDH. Caso Vicky Hernández e outras vs. Honduras. Mérito, reparações e custas. Sentença de 26-3-2021. Tradução livre.\]](#)

- **Direito à alteração do prenome e nome no registro civil de pessoas transgênero**

O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. [...] A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. [...] A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental. [...] Sendo, pois, constitutivos da dignidade humana, “o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus-tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação”, como também registrou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, “o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas”. Tal reconhecimento traz implicações diretas para o caso dos autos. Se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada. Esses direitos têm a seguinte previsão no Pacto de São José da Costa Rica: [...] “Art. 11. Proteção da honra e da dignidade 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.” [...] As obrigações dirigidas aos Estados consistem, portanto, em assegurar tais direitos sem discriminação aos transgêneros. [STF. ADI 4.275, rel. min. Marco Aurélio, voto do red. do ac. min. Edson Fachin, j. 1º-3-2018, P, DJE de 7-3-2019.]

VIDA PRIVADA NO LAR E NO CONTEXTO FAMILIAR

- **Âmbito de esfera pessoal**

40. A Corte estabeleceu que a proteção da vida privada, familiar e doméstica implica o reconhecimento de que existe uma esfera pessoal que deve ser isenta e imune a invasões ou interferências abusivas ou arbitrárias de terceiros ou do poder público. Nesse sentido, a casa e a vida privada e familiar estão intrinsecamente ligadas, uma vez que a casa se torna um espaço onde a vida privada e a vida familiar podem desenvolver-se livremente. [Corte IDH. **Caso Família Barrios vs. Venezuela. Méritos, reparações e custas. Sentença de 24-11-2011. Tradução livre.**]

Art. 11

95. A proteção da vida privada, da vida familiar e do domicílio contra interferências arbitrárias ou abusivas implica o reconhecimento de que existe uma esfera pessoal que deve ser isenta e imune a invasões ou ataques abusivos ou arbitrários de terceiros ou do poder público. Nesse sentido, a casa e a vida privada e familiar estão intrinsecamente ligadas, uma vez que a casa se torna um espaço no qual a vida privada e a vida familiar podem desenvolver-se livremente. [...] 96. Com base no anterior, a Corte considera que a atuação dos militares constituiu uma interferência arbitrária e abusiva na residência do senhor [...]. [Corte IDH. **Caso Escué Zapata vs. Colômbia. Mérito, reparações e custas. Sentença de 4-7-2007. Tradução livre.**]

- **Diferença entre lar e propriedade**

241. Da mesma forma, o Tribunal considerou que a destruição de moradias com condições básicas de vida constitui, além de uma grande perda de natureza econômica, uma perda de suas condições básicas de existência, o que significa que a violação do direito de propriedade neste caso é particularmente grave. Nesse sentido, esta Corte considera necessário fazer alguns esclarecimentos adicionais sobre a inviolabilidade do domicílio e da vida privada, na perspectiva do artigo 11.2 da Convenção e sobre o direito à moradia, este último levando em consideração que, embora toda moradia seja passível de ser protegida por direitos de

propriedade, nem toda propriedade é necessariamente um lar. 242. Em outros casos, a Corte considerou que a área da privacidade se caracteriza por ser isenta e imune a invasões ou ataques abusivos ou arbitrários por parte de terceiros ou autoridades públicas. Nessa ordem de ideias, a casa torna-se um espaço no qual a vida privada pode ser livremente desenvolvida. [Corte IDH. **Caso Vereda la Esperanza vs. Colômbia**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2017.]

- **A invasão e queima de bens de propriedade particular por parte do exército**

Art. 11

204. Assim, em vista dos depoimentos mencionados, a determinação dos fatos feita pela Sala Penal Nacional do Peru em sua sentença de 9 de fevereiro de 2012, bem como o estabelecido pela CVR [Comissão de Verdade e Reconciliação], o Tribunal considera provado que soldados participantes da operação “Apolônia” queimaram as casas das famílias [...] e de lá levaram gado. O anterior constitui uma violação do artigo 21 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma [...], uma vez que as referidas pessoas viviam na comunidade no momento dos fatos [...] e foram injustificadamente privados de tais bens. 205. Além disso, a Corte considera que, além de constituir uma violação do direito de uso e gozo da propriedade, o incêndio pelo exército das residências de membros da comunidade Santa Bárbara constitui uma interferência abusiva e arbitrária em sua vida privada e casa. As pessoas que perderam suas casas perderam o lugar onde desenvolviam sua vida privada. Consequentemente, o Estado também violou o direito a não sofrer interferências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada e em seu domicílio, reconhecido no artigo 11.2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do referido instrumento, em detrimento das pessoas indicadas no parágrafo anterior. [Corte IDH. **Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 1º-9-2015. Tradução livre.]

- **Crime permanente e ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial**

2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial *a posteriori*. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial *a posteriori* decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disci-

plinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados [...]. [STF. RE 603.616, rel. min. Gilmar Mendes, j. 5-11-2015, P, DJE de 10-5-2016, Tema 280.]

- **Ingerência no domicílio familiar ante o descumprimento da legislação nacional**

424. A Corte recorda que o artigo 11 da Convenção Americana, intitulado Proteção da Honra e da Dignidade, requer a proteção estatal dos indivíduos contra as ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar. Proíbe toda a ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando seus diversos âmbitos, como a vida privada de suas famílias. Neste sentido, a Corte sustentou que o âmbito da privacidade se caracteriza por deixar isento e imune das invasões ou das agressões abusivas ou arbitrárias, por parte de terceiros ou de autoridade pública. Do mesmo modo, este Tribunal observou que “em virtude do artigo 11.2 da Convenção, toda pessoa tem direito a receber proteção contra ingerências arbitrárias ou abusivas em sua família, e em especial as crianças, uma vez que a família tem um papel essencial em seu desenvolvimento”. [...] 427. Tendo em vista que as descritas ingerências nos domicílios das famílias Jean, Medina Ferreras e Fils-Aimé não foram justificadas porque não estavam conforme os procedimentos previsto na lei interna, a Corte determina que devem ser consideradas como ingerências arbitrárias na vida privada de tais famílias, em violação do artigo 11.2 da Convenção. Ademais, estiveram vinculadas a atos que resultaram no descumprimento da obrigação de respeitar os direitos sem discriminação [...]. 428. Tais ingerências arbitrárias foram particularmente graves nos casos das crianças afetadas. Devido a sua especial situação de vulnerabilidade, o Estado tinha a obrigação de adotar medidas de proteção especiais, em seu favor, nos termos do artigo 19 da Convenção. Não obstante, os fatos demonstram que, apesar da presença e das necessidades especiais das crianças, no caso das três famílias, os agentes estatais não lhes permitiram vestir-se, nem levar nada. No caso da família Jean, não lhes deixaram levar nem

o leite de Natalie Jean, um bebê de aproximadamente 4 meses de idade [...]. [Corte IDH. **Caso Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-8-2014. Tradução livre.]

- **Proteção contra ingerências arbitrárias ou abusivas em sua família**

102. O Tribunal constata que o conjunto de maus-tratos sofridos por GH, sua idade, as circunstâncias de seu desaparecimento e a impossibilidade de recorrer a sua própria família para proteger-se, colocaram-na em situação de alta vulnerabilidade, que agravou o sofrimento suportado. A Corte ressalta que GH sofreu os referidos atos de violência durante quase dez anos, ou seja, dos quatro aos 14 anos [...]. 105. Em primeiro lugar, é importante precisar que no presente caso as alegações sobre o direito à identidade devem ser analisadas no contexto dos desaparecimentos forçados de crianças, provocados por agentes estatais durante o conflito armado em El Salvador e sua posterior apropriação, cujo objetivo era, entre outros, suprimir ou extirpar a identidade das crianças de famílias consideradas “guerrilheiras” [...], sem que se tenha certeza em todos os casos sobre o paradeiro ou destino posterior. 106. A Corte já estabeleceu em sua jurisprudência que a separação de crianças da família constitui, em certas condições, uma violação do direito à família, reconhecido no artigo 17 da Convenção Americana. A esse respeito, é importante lembrar que o Tribunal também esclareceu que “[a] criança tem direito a viver com a família, chamada a satisfazer suas necessidades materiais, afetivas e psicológicas”. Por outro lado, em virtude do artigo 11.2 da Convenção, toda pessoa tem direito a receber proteção contra ingerências arbitrárias ou abusivas em sua família, em especial as crianças, dado que a família exerce um papel essencial em seu desenvolvimento. 107. Nesse contexto é importante determinar quais medidas de proteção, especiais e diferenciadas, o Estado deve adotar em conformidade com as obrigações constantes do artigo 19 da Convenção, em atenção especial à pessoa titular de direitos e do interesse superior da criança. Assim, pode-se notar que das normas constantes

da Convenção sobre os Direitos da Criança, que integram o *corpus juris* dos direitos da infância, depreende-se que o Estado não somente deve abster-se de interferir indevidamente nas relações privadas ou familiares da criança, mas também, segundo as circunstâncias, adotar providências positivas para assegurar o exercício e gozo pleno de seus direitos. Isso exige que o Estado, como responsável pelo bem comum, resguarde o papel preponderante da família na proteção da criança e preste assistência do poder público à família, mediante a adoção de medidas que promovam a unidade familiar. Além disso, no contexto de conflitos armados não internacionais, as obrigações do Estado a favor das crianças são definidas no artigo 4.3 do Segundo Protocolo Adicional aos Convênios de Genebra, que dispõe que: “[s]erão proporcionados às crianças os cuidados e a ajuda de que necessitem e, em especial: [...] b) serão tomadas as medidas oportunas para facilitar a reunião das famílias temporariamente separadas [...]”. [Corte IDH. **Caso Contreras e outros vs. El Salvador**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2011.]

- **Crianças colocadas em adoção internacional e ingerências arbitrárias em sua vida familiar**

148. Levando em conta esse contexto, neste capítulo, a Corte analisará e determinará se a separação dos irmãos Ramírez de sua família, mediante a declaração de abandono, as sucessivas adoções internacionais e os recursos interpostos contra essas ações, violou os direitos a não ser submetido a interferências arbitrárias na vida familiar, à proteção da família, dos direitos da criança, das garantias do devido processo, da tutela jurisdicional e da proibição da discriminação, consagradas nos artigos 8.1, 11.2, 17.1, 19 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção. [...] 151. Por outro lado, especificamente no que se refere à vida familiar, as meninas e os meninos têm direito a viver com sua família, que é chamada a satisfazer suas necessidades materiais, afetivas e psíquicas. Este Tribunal indicou que o gozo mútuo da convivência entre pais e filhos constitui um elemento fundamental da vida familiar. Nesse sentido, meninas e meninos devem permanecer em seu núcleo familiar, a menos que existam razões determinantes, baseadas

em seu melhor interesse, para optar por separá-los de sua família. Em qualquer caso, a separação deve ser excepcional e, preferencialmente, temporária. [...] 162. No presente caso, o processo de declaração de abandono implicou, desde o seu início, a separação da família Ramírez. A Corte já indicou que o direito à proteção da família, reconhecido no artigo 17 da Convenção Americana, implica, entre outras obrigações, favorecer, da maneira mais ampla possível, o desenvolvimento e fortalecimento do núcleo familiar. Da mesma forma, em virtude do artigo 11.2 da Convenção, toda pessoa tem direito a receber proteção contra interferências arbitrárias ou abusivas em sua família, especialmente meninas e meninos, pois a família tem um papel essencial em seu desenvolvimento. Nesse sentido, o gozo mútuo da convivência entre pais e filhos constitui um elemento fundamental da vida familiar. [Corte IDH. **Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala. Mérito, reparações e custas. Sentença de 9-3-2018. Tradução livre.**]

- **Menores retirados de sua família à força e afetação em sua personalidade e vida privada**

113. A esse respeito, esta Corte estabeleceu anteriormente que “o direito à identidade pode ser conceituado, em geral, como o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa em sociedade e, nesse sentido, compreende vários outros direitos segundo o sujeito de direitos em questão e as circunstâncias do caso”. Desse modo, a identidade pessoal está intimamente ligada à pessoa em sua individualidade específica e vida privada, ambas sustentadas em uma experiência histórica e biológica bem como na forma pela qual se relaciona esse indivíduo com os demais, mediante o desenvolvimento de vínculos no plano familiar e social. Também é importante ressaltar que, embora a identidade implique uma importância especial durante a infância, pois é essencial para o desenvolvimento da pessoa, o certo é que o direito à identidade não é um direito exclusivo das crianças, pois se encontra em constante construção, e o interesse das pessoas em conservar a identidade e preservá-la não diminui com o passar dos anos. Além disso, o direito à identidade pode ver-se afetado por um sem

número de situações ou contextos que podem ocorrer desde a infância até a idade adulta. 114. Evidentemente, o dano ao direito à identidade nas circunstâncias do presente caso implicou um fenômeno jurídico complexo que abrange uma sucessão de ações ilegais e violações de direitos para encobri-lo e impedir o restabelecimento do vínculo entre os menores de idade subtraídos e seus familiares, que se traduzem em atos de ingerência na vida privada bem como em danos ao direito ao nome e às relações familiares. [Corte IDH. **Caso Contreras e outros vs. El Salvador**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2011.]

VIDA PRIVADA E DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

- **Garantias da privacidade e da individualidade e o direito à proteção de dados.**

14. [...] O direito à privacidade, tão combatido no modelo social e com os instrumentos disponibilizados aos cidadãos e aos entes estatais com a tecnologia de que se dispõe hoje, parece num momento de refazimento que ainda não se definiu de maneira clara nem precisa. A Constituição do Brasil cuida da garantia da privacidade e da intimidade como faces da própria garantia da individualidade, posto como núcleo central da dignidade humana. E o Brasil não desconhece a dimensão internacional desse direito. O direito à privacidade está consagrado em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Tem -se no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), nesse se estabelecendo: “1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.” Também no art. 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) se tem: “1. ... 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção

da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.” Em caso de restrição ao direito à privacidade, o Direito Internacional dos Direitos Humanos exige seja determinada o limite legalmente definido, apenas se legitimando se for para alcançar objetivo legítimo – qual seja a proteção da saúde pública um deles –, e desde que se qualifique como necessária e proporcional ao objetivo buscado. Restrição ao direito à privacidade há que se fazer acompanhar de evidências demonstrativas da relação entre as medidas de monitoramento implementadas e o objetivo declarado. O que, no caso em apreço, foi erigido como necessidade de demonstração da proporcionalidade da medida adotada e que não se comprovou presente na Medida Provisória n. 954/2020. Ademais, qualquer medida dessa natureza deve ser a menos intrusiva para o atingimento do resultado almejado, que deve ser claro e, vindo do Estado, haverá de ser formalmente esclarecido. Mesmo sendo interesse legal de caráter essencial a uma sociedade democrática, como no caso de proteção da saúde pública, a observância dos princípios é obrigatória sob a égide do Direito Internacional dos Direitos Humanos. [STF. ADIs 6.387 MC-Ref, 6.388 MC-Ref, 6.389 MC-Ref, 6.390 MC-Ref e 6.393 MC-Ref, rel. min. Rosa Weber, voto da min. Cármen Lúcia, j. 7-5-2020, P, DJE de 12-11-2020.]

- **Correspondências, telefonemas e ingerências na vida privada**

113. O artigo 11 da Convenção proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando diversos âmbitos da mesma como a vida privada de suas famílias, seus domicílios e suas correspondências. Nesse sentido, a Corte sustentou que “o âmbito da privacidade caracteriza-se por estar isento e imune a invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública”. 114. Como esta Corte expressou anteriormente, ainda que as conversações telefônicas não se encontrem expressamente previstas no artigo 11 da Convenção, trata-se de uma forma de comunicação incluída no âmbito de proteção da vida privada. O artigo 11 protege as conversas realizadas através das linhas telefônicas instaladas nas residências particulares ou nos escritórios, seja seu conteúdo relacionado a assuntos privados do interlocutor, seja com o negócio ou a atividade profissional

que desenvolva. Desse modo, o artigo 11 aplica-se às conversas telefônicas independentemente do conteúdo destas, inclusive, pode compreender tanto as operações técnicas dirigidas a registrar esse conteúdo, mediante sua gravação e escuta, como qualquer outro elemento do processo comunicativo, como, por exemplo, o destino das chamadas que saem ou a origem daquelas que ingressam; a identidade dos interlocutores; a frequência, hora e duração das chamadas; ou aspectos que podem ser constatados sem necessidade de registrar o conteúdo da chamada através da gravação das conversas. Finalmente, a proteção à vida privada se concretiza com o direito a que sujeitos distintos dos interlocutores não conheçam ilicitamente o conteúdo das conversas telefônicas ou de outros aspectos, como os já elencados, próprios do processo de comunicação. 115. A fluidez informativa que existe atualmente coloca o direito à vida privada das pessoas em uma situação de maior risco, devido à maior quantidade de novas ferramentas tecnológicas e à sua utilização cada vez mais frequente. Esse progresso, especialmente quando se trata de interceptações e gravações telefônicas, não significa que as pessoas devam estar em uma situação de vulnerabilidade frente ao Estado ou aos particulares. Portanto, o Estado deve assumir um compromisso com o fim adequar aos tempos atuais as fórmulas tradicionais de proteção do direito à vida privada. 116. Inobstante, conforme se depreende do artigo 11.2 da Convenção, o direito à vida privada não é um direito absoluto e, portanto, pode ser restringido pelos Estados quando as ingerências não forem abusivas ou arbitrárias; por isso, devem estar previstas em lei, perseguir um fim legítimo e ser necessárias em uma sociedade democrática. 117. Por último, o artigo 11 da Convenção reconhece que toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra; proíbe qualquer ataque ilegal contra a honra e reputação e impõe aos Estados o dever de oferecer a proteção da lei contra tais ataques. Em termos gerais, o direito à honra se relaciona com a auto-estima e valia própria, enquanto a reputação se refere à opinião que outros têm de uma pessoa. [Corte IDH. **Caso Escher e outros vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 6-7-2009.**]

- **Ainda que se tenha como argumento a defesa da saúde pública, não se justificam abusos na coleta de informações privadas de caráter confidencial**

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos apresentou orientações para a atuação dos Estados na crise provocada pelo Covid -19, considerando que a situação apresenta desafios ao respeito e à proteção dos direitos humanos. Quanto à privacidade das pessoas, o Alto Comissariado orienta que, em que pese o tema da saúde pública incluir ferramentas que podem ensejar monitoramento do comportamento e dos movimentos de indivíduos, essa vigilância somente se legitima se utilizada especificamente para fins de proteção da saúde pública e limitada em termos de duração e escopo, de acordo com o que requer a situação formalmente apresentada e com as medidas e os fins devidamente esclarecidos. Há de ser garantido que os governos ou empresas não abusem dessas medidas para coletar informações privadas de caráter confidencial para fins não relacionados a crise de saúde pública vigente. No caso da Medida Provisória n. 954, não há demonstração de que se cumprem os requisitos de adequação, razoabilidade e proporcionalidade para a adoção das medidas na forma e nos termos em que o foram. [STF. ADIs 6.387 MC-Ref, 6.388 MC-Ref, 6.389 MC-Ref, 6.390 MC-Ref e 6.393 MC-Ref, rel. min. Rosa Weber, voto da min. Cármen Lúcia, j. 7-5-2020, P, DJE de 12-11-2020.]

- **Interceptações telefônicas e ingerências na vida privada**

[...] Em relação ao atributo da generalidade, verifico que a Resolução 59 do CNJ busca padronizar as rotinas concernentes aos procedimentos de interceptação de comunicações nos órgãos jurisdicionais de todo o Poder Judiciário, sem o estabelecimento de distinções de qualquer natureza, revestindo-se de inegável conteúdo normativo. A impessoalidade é garantida na medida em que, apesar de voltada aos magistrados, autoridades policiais, promotores e procuradores de justiça e demais servidores técnicos responsáveis no âmbito do Poder Judiciário, da Polícia Judiciária, do Ministério Público e às operadoras de telefonia, não

há indicação nominal dos destinatários da norma. [...] 118. A Comissão alegou que a legislação que faculta a interceptação e o monitoramento das comunicações telefônicas ou de outro tipo, ainda que formulada com a intenção de combater o crime, pode converter-se em um instrumento de espionagem e perseguição por sua irregular interpretação e aplicação. Desse modo, ante o risco intrínseco de abuso de qualquer sistema de monitoramento, referida medida deve-se basear em uma legislação particularmente precisa, com regras claras e detalhadas. A Convenção Americana protege a confidencialidade e a inviolabilidade das comunicações frente a qualquer ingerência arbitrária ou abusiva por parte do Estado ou de particulares, razão pela qual tanto a vigilância como a intervenção, a gravação e a divulgação dessas comunicações ficam proibidas, salvo nos casos previstos em lei e que se adequem aos propósitos e objetivos da Convenção Americana. [Corte IDH. **Caso Escher e outros vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 6-7-2009.**]

VIDA PRIVADA E QUESTÕES RELACIONADAS AO DIREITO À VIDA

- **Vida privada e o tipo penal do aborto**

“[...] a Corte Interamericana no processo decisório levado a cabo, enfrentou as seguintes premissas argumentativas: a) interpretação do artigo 11 da Convenção Americana que requer a proteção estatal dos indivíduos em face das ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar; b) interpretação ampla do artigo 7 da Convenção, ao consignar que neste se inclui o conceito de liberdade no sentido extenso, como a capacidade de fazer e não fazer do que é licitamente permitido, ou seja, do direito de todo ser humano autodeterminar-se e fazer suas escolhas de vida; c) definição do direito à vida privada a partir de sua relação com: a autonomia reprodutiva e o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, o qual envolve o direito de acesso à tecnologia, médica necessária para o exercício adequado deste direito; d) definição do alcance do artigo 4.1, em atenção aos conceitos “pessoa”,

“ser humano”, “concepção” e “geral”, a partir de uma interpretação sistemática e histórica, evolutiva e de acordo com o objeto e finalidade do Tratado internacional. Ademais, cumpre assinalar que a decisão da Corte Interamericana levou em consideração a interpretação sistemática dos sistemas regionais, interamericano, africano e europeu de direitos humanos, bem como o sistema universal, para o alcance da proteção da via intrauterina. [...] [STF. HC 124.306, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Roberto Barroso, voto da min. Rosa Weber, j. 9-8-2016, 1ª T, DJE de 17-3-2017.]

- **Vida privada e a técnica de fecundação *in vitro***

Art. 11

[...] a Corte Interamericana analisou os efeitos da sentença proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Costa Rica, mediante a qual declarou inconstitucional o Decreto executivo nº 24029-S, que regulava a técnica de fecundação *in vitro* no país, fato jurídico este que implicou a interrupção do tratamento médico pelas mulheres que haviam iniciado ou mesmo o deslocamento destas para outros países que permitiam referido tratamento. A justificativa utilizada pela Sala Constitucional de Costa Rica foi fundamentada em dois argumentos jurídicos principais: o primeiro de ordem formal, consistente na violação do princípio da reserva legal, na medida em que um Decreto regulamentara matéria de direito à vida e dignidade do ser humano; o segundo, de ordem material, no sentido de que as práticas de fecundação *in vitro* atentariam contra o direito à vida e à dignidade da pessoa, uma vez que: “[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer” [...] [STF. HC 124.306, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Roberto Barroso, voto da min. Rosa Weber, j. 9-8-2016, 1ª T, DJE de 17-3-2017.]

• **Direito à reprodução assistida e à vida privada**

143. O âmbito de proteção do direito à vida privada foi interpretado em termos amplos pelos tribunais internacionais de direitos humanos ao afirmar que este vai além do direito à privacidade. A proteção à vida privada inclui uma série de fatores relacionados com a dignidade do indivíduo, incluindo, por exemplo, a capacidade para desenvolver a própria personalidade e aspirações, determinar sua própria identidade e definir suas próprias relações pessoais. O conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, desenvolvimento pessoal e o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior. A efetividade do exercício do direito à vida privada é decisiva para a possibilidade de exercer a autonomia pessoal sobre o futuro curso de eventos relevantes para a qualidade de vida da pessoa. A vida privada inclui a forma em que o indivíduo vê a si mesmo e como decide se projetar para os demais, e é uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, a Corte afirmou que a maternidade faz parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres. Tendo em consideração todo o anterior, a Corte considera que a decisão de ser ou não mãe ou pai é parte do direito à vida privada e inclui, no presente caso, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico. 144. A Corte considera que o presente caso trata de uma combinação particular de diferentes aspectos da vida privada, que se relacionam com o direito a fundar uma família, o direito à integridade física e mental, e especificamente os direitos reprodutivos das pessoas. [...] o direito à vida privada se relaciona com: i) a autonomia reprodutiva, e ii) o acesso a serviços de saúde reprodutiva, o que envolve o direito de ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito. O direito à autonomia reprodutiva está reconhecido também no artigo 16 (e) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, segundo o qual as mulheres gozam do direito “de decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer estes direitos”. Este direito é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais

uma mulher pode exercer o direito a controlar sua fecundidade. Assim, a proteção à vida privada inclui o respeito às decisões de se converter em pai ou mãe, incluindo a decisão do casal de se converter em pais genéticos. [Corte IDH. **Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-11-2012.]

- **Direito das mulheres a um serviço de saúde pública que respeite sua privacidade e dignidade**

265. Certamente, o contexto dos serviços de saúde pode implicar um risco maior para as mulheres de serem submetidas a atos contrários ao artigo 5.2 da Convenção Americana, especialmente no que diz respeito às práticas ou políticas que são dirigidas principalmente contra mulheres, que as afetam desproporcionalmente, ou para as quais as mulheres são especialmente vulneráveis devido a estereótipos de gênero negativos ou nocivos, incluindo a atribuição social e cultural às mulheres como responsáveis pela função reprodutiva e responsáveis pela contracepção. Coerentemente, o Comitê contra a Tortura tem reconhecido que, entre as situações em que as mulheres correm o risco de serem submetidas à tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, está o tratamento médico, particularmente no caso de decisões relacionadas à reprodução.

266. O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher declarou que a esterilização forçada afeta adversamente a saúde física e mental. No caso da esterilização involuntária, também foi reconhecido pelo Tribunal Europeu que pode gerar sentimentos de medo, angústia e inferioridade e seus efeitos levam a um sentimento duradouro, no qual também podem se sentir degradadas e humilhadas ao saber do acima, além de sofrer de depressão, sentimentos de isolamento e humilhação. A Corte Interamericana considera que, ao acabar definitivamente com a capacidade reprodutiva de uma mulher, causar infertilidade e impor uma alteração física grave e duradoura sem seu consentimento, a esterilização não consentida ou involuntária pode causar sério sofrimento, tanto mental quanto físico. [Corte IDH. **Caso I.V. vs. Bolívia**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30-11-2016. Tradução livre.]

- **Esterilização sem consentimento e proteção da honra e da dignidade**

128. A Comissão informou que a esterilização de I.V. foi realizada de forma arbitrária e sem o consentimento informado, apesar de que não existia um risco imediato para a sua vida ou a sua saúde, o qual seria efetivo apenas em caso de gravidez futura, o qual poderia ser evitado mediante medidas menos restritivas, como o uso de métodos anticonceptivos com efeitos não permanentes. A Comissão alegou que a esterilização sem consentimento produziu a perda permanente da capacidade reprodutiva de I.V. e, conseqüentemente, afetou o seu direito à autonomia reprodutiva, o qual compreende a livre e autônoma decisão sobre o número de filhos e o intervalo entre os nascimentos, o qual, por sua vez, forma parte da esfera mais íntima da vida privada e familiar, conforme o artigo 11.2 da Convenção. Da mesma forma, para a Comissão, a esterilização sem consentimento violou o direito de I.V. a ter a possibilidade de procriar, decisão que está protegida pelo direito a formar uma família, reconhecido no artigo 17.2 da Convenção. A Comissão não fez referência expressa ao direito de proteção da dignidade da senhora I.V. [...]. 149. A Corte observa que o artigo 11 da Convenção Americana protege um dos valores mais fundamentais da pessoa humana, entendida como ser racional, ou seja, o reconhecimento da sua dignidade. De fato, o inciso primeiro desse artigo contém uma cláusula universal de proteção da dignidade, cujo embasamento está sustentado tanto no princípio da autonomia da pessoa quanto na ideia de que todos os indivíduos devem ser tratados como iguais, como seres em si mesmos conforme as suas intenções, vontade e próprias decisões de vida. Por sua parte, o inciso segundo estabelece a inviolabilidade da vida privada e familiar, entre outras esferas protegidas. Nesse âmbito da vida privada das pessoas, a Corte afirmou que se caracteriza por ser um espaço de liberdade isento e imune às ingerências abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública. [...] Nesse sentido, a Corte reitera que o artigo 11.2 da Convenção Americana está estreitamente relacionado com o direito reconhecido no artigo 17 da mesma, que reconhece o papel central da família e da vida familiar na

existência de uma pessoa na sociedade em geral. Em especial, o artigo 17.2 da Convenção Americana protege o direito a fundar uma família, o qual inclui como competente a possibilidade de procriar. [Corte IDH. **Caso I.V. vs. Bolívia. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30-11-2016.**]

11.3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Art. 11

- **Responsabilidades posteriores por ofensa ao direito à honra**

73. Nesse sentido, a Corte estabeleceu que tais responsabilidades posteriores podem ser impostas sempre que o direito à honra e à reputação possa ter sido afetado. Assim, o artigo 11 da Convenção estabelece, com efeito, que toda pessoa tem direito à proteção de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. A Corte indicou que o direito à honra “reconhece que toda pessoa tem direito a respeitá-la, proíbe qualquer ataque ilegal contra a honra ou a reputação e impõe aos Estados o dever de oferecer a proteção da lei contra tais ataques”. [Corte IDH. **Caso Moya Chacón e outro vs. Costa Rica. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-5-2022. Tradução livre.**]

- **Padecimentos emocionais e compensação pecuniária pela afronta à honra e à dignidade**

223. A Corte estabeleceu em sua jurisprudência que o dano imaterial pode compreender tanto os sofrimentos e aflições causados pela violação quanto o comprometimento de valores muito significativos para as pessoas e qualquer alteração, de natureza imaterial, nas condições de existência das vítimas ou de seus familiares. Por outro lado, não sendo possível um equivalente monetário preciso, só pode ser objeto de indenização, para fins de reparação integral às vítimas, mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro ou a entrega de bens ou serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determine em aplicação

razoável da discricionariedade judicial e em termos de equidade. 224. No presente caso, para fundamentar o dano imaterial, os representantes do senhor Cuya referiram-se ao sofrimento emocional sofrido manifestado em ansiedade, tristeza, angústia, incerteza e debilidade perante o sistema punitivo, expectativa e frustração de não ter sido ratificado no cargo, bem como a afetação sofrida pelo processo a que foi submetido que o impediu de realizar sua vocação pessoal. Os representantes do senhor Valenzuela referiram-se ao impacto autônomo na integridade psíquica e na vida privada, sendo objeto de estigmatização e discriminação por parte dos funcionários públicos, bem como o estresse, sofrimento, frustração e incerteza causados pelas demissões, bem como todas as sofrimento emocional decorrente de processos administrativos e judiciais. Com respeito às alegações relacionadas com o sofrimento emocional sofrido pelas vítimas, a Corte só levará em conta para a determinação do dano imaterial aquelas relacionadas com os fatos do presente caso e as violações declaradas no presente caso. 225. Com base no exposto e levando em conta as circunstâncias do caso, a Corte considera que a decisão de destituir arbitrariamente as vítimas de seu cargo afetou seus direitos às garantias judiciais, honra e dignidade, direitos políticos e proteção judicial para os quais fixa, em equidade, a quantia de USD\$ 20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de dano imaterial, para cada uma das vítimas [...] 233. O Estado deverá pagar a indenização pela medida de restituição, danos patrimoniais e imateriais, e o ressarcimento das custas e gastos estabelecidos nesta Sentença diretamente às pessoas nela indicadas, no prazo de um ano, contado da notificação desta Sentença [...]. [Corte IDH. **Caso Cuya Lavy e outros vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-9-2021. Tradução livre.**]

ARTIGO 12. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO

12.1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

Art. 12

- **Realização de etapas de concurso público em datas e locais diferentes dos previstos em edital por motivos de crença religiosa do candidato**

Nos termos do art. 5º, VIII, da CF, é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital por candidato que invoca a escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração pública, que deverá decidir de maneira fundamentada. [STF. Tese com RG. RE 611.874, rel. min. Dias Toffoli, red. do ac. min. Edson Fachin, j. 26-11-2020, P, DJE de 12-4-2021, Tema 386.]

- **Dever do administrador público de disponibilizar obrigação alternativa para servidor em estágio probatório cumprir deveres funcionais a que está impossibilitado em virtude de sua crença religiosa**

Nos termos do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal, é possível à Administração Pública, inclusive durante o estágio probatório, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos, em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que presentes a

razoabilidade da alteração, não se caracterize o desvirtuamento do exercício de suas funções e não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada. [STF. Tese com RG. ARE 1.099.099, rel. min. Edson Fachin, j. 26-11-2020, P, DJE de 12-4-2021, Tema 1.021.]

- **Massacre de povos originários e impossibilidade de realização dos rituais sagrados e fúnebres**

153. Diante do reconhecimento “parcial” de responsabilidade internacional formulado pelo Estado, a Corte passa a analisar os alegados efeitos sobre a integridade pessoal dos membros da comunidade de Río Negro, derivados da deterioração de sua vida cultural e espiritual produzida pela impossibilidade de enterrar seus mortos segundo suas crenças e pela perda de guias espirituais e lugares sagrados, bem como pela deterioração de sua estrutura social e familiar. 154. A esse respeito, a Corte recorda que a Convenção Americana, em seu artigo 12, contempla o direito à liberdade de consciência e religião, o que, segundo a jurisprudência desta Corte, permite às pessoas manter, modificar, professar e divulgar sua religião ou crenças. Esse direito é um dos fundamentos de uma sociedade democrática. Na sua dimensão religiosa, constitui um elemento transcendental na tutela das convicções dos crentes e no seu modo de vida. [...] 160. Portanto, por um lado, a Corte observa que atualmente os membros da comunidade de Río Negro não podem realizar seus ritos fúnebres porque o Estado não localizou ou identificou a maioria dos restos mortais de pessoas supostamente executadas durante os massacres, e que 17 pessoas desapareceram à força. Mas, por outro lado, também não podem realizar nenhum outro tipo de ritual, já que os locais sagrados a que costumavam ir estão inundados como resultado da construção da hidrelétrica de Chixoy. Este Tribunal já indicou que a relação especial dos povos indígenas com seus territórios ancestrais não se baseia apenas no fato de que constituem seu principal meio de subsistência, mas também é um elemento integrante de sua visão de mundo, religiosidade e, portanto, de sua identidade ou integridade cultural, que é um direito fundamental e coletivo das comunidades indígenas,

que deve ser respeitado em uma sociedade multicultural, pluralista e democrática como a da Guatemala. [Corte IDH. **Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 4-9-2012. Tradução livre.]

- **Censura à exibição de obra cinematográfica com conteúdo religioso**

79. De acordo com o artigo 12 da Convenção, o direito à liberdade de consciência e religião permite que as pessoas mantenham, mudem, professem e divulguem sua religião ou crença. Este direito é um dos fundamentos de uma sociedade democrática. Na sua dimensão religiosa, constitui um elemento transcendental na tutela das convicções dos crentes e no seu modo de vida. No presente caso, porém, não há elementos que comprovem a violação de qualquer das liberdades consagradas no artigo 12 da Convenção. Com efeito, a Corte entende que a proibição da exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” não privou ou prejudicou o direito de qualquer pessoa de preservar, modificar, professar ou divulgar, com absoluta liberdade, sua religião ou suas crenças. [Corte IDH. **Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 5-2-2001. Tradução livre.]

Art. 12

- **Orientação sexual e habilitação para o exercício da docência em matéria de ensino religioso em instituição pública de educação**

75. Esta Corte entendeu que, de acordo com o artigo 12 da Convenção, o direito à liberdade de consciência e religião permite às pessoas preservar, mudar, professar e divulgar sua religião ou crenças e que este direito é um dos fundamentos de uma sociedade democrática. Da mesma forma, a Corte entendeu que este direito em sua dimensão religiosa “constitui um elemento transcendental na proteção das convicções dos crentes e de seu modo de vida”. Resulta da redação do artigo 12 que este direito tem uma dimensão individual e uma dimensão coletiva e que este direito inclui também o direito ao ensino religioso. Por sua vez,

como mencionado acima, a Constituição Política do Chile reconhece a liberdade de consciência, o direito de manifestar todas as crenças e o livre exercício de todos os cultos que não se oponham à moral, aos bons costumes ou à ordem pública [...]. [Corte IDH. **Caso Pavez Pavez vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 4-2-2022. Tradução livre.]

12.2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

Art. 12

12.3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

12.4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.

- **A liberdade de ensinar e o pluralismo de ideias no sistema educacional brasileiro**

21. A educação assegurada pela Constituição de 1988, segundo seu texto expresso, é aquela capaz de promover o pleno desenvolvimento da pessoa, a sua capacitação para a cidadania, a sua qualificação para o trabalho, bem como o desenvolvimento humanístico do país. [...]

22. A Constituição assegura, portanto, uma educação emancipadora, que habilite a pessoa para os mais diversos âmbitos da vida, como ser humano, como cidadão, como profissional. Com tal propósito, define as

diretrizes que devem ser observadas pelo ensino, a fim de que tal objetivo seja alcançado, dentre elas a já mencionada (i) liberdade de aprender e de ensinar; (ii) o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; (iii) a valorização dos profissionais da educação escolar. [...] 23. No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo Adicional de São Salvador à Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhecem que a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, à capacitação para a vida em sociedade e à tolerância e, portanto, fortalecer o pluralismo ideológico e as liberdades fundamentais. [...] 24. O próprio Protocolo Adicional de São Salvador, ao reconhecer o direito dos pais de escolher o tipo de educação que deverá ser ministrada a seus filhos, previsto no artigo 12, §4º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, condiciona tal direito à opção por uma educação que esteja de acordo com os demais princípios contemplados no Protocolo e que, por consequência, seja apta ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, à participação em uma sociedade democrática, à promoção do pluralismo ideológico e das liberdades fundamentais. 25. A toda evidência, os pais não podem pretender limitar o universo informacional de seus filhos ou impor à escola que não veicule qualquer conteúdo com o qual não estejam de acordo. Esse tipo de providência – expressa no art. 13, § 5º – significa impedir o acesso dos jovens a domínios inteiros da vida, em evidente violação ao pluralismo e ao seu direito de aprender. A educação é, justamente, o acúmulo e o processamento de informações, conhecimentos e ideias que proveem de pontos de vista distintos, experimentados em casa, no contato com amigos, com eventuais grupos religiosos, com movimentos sociais e, igualmente, na escola. [STF. ADI 5.580, rel. min. Roberto Barroso, j. 24-8-2020, P, DJE de 27-11-2020.]

4. A neutralidade ideológica ou política pretendida pelo legislador municipal, ao vedar a abordagem dos temas de “gênero” e “orientação sexual”, esteriliza a participação social decorrente dos ensinamentos plurais adquiridos em âmbito escolar, mostrando-se não apenas inconstitucional, mas também incompatível com o nosso ordenamento jurídico. [...] 7. O pluralismo de ideias, posto integrar o conceito de educação, constitui dever também da família, cabendo-lhe zelar pela liberdade de

aprendizado e divulgação do pensamento, da arte e do saber, ao invés de condicionar à sua prévia concordância quanto ao conteúdo acadêmico, sob pena de esvaziar a capacidade de inovação, a oportunidade de o estudante construir um caminho próprio, diverso ou coincidente com o de seus pais ou professores. [...] 13. A liberdade dos pais de fazer que filhos recebam educação religiosa e moral de acordo com suas convicções, prevista no artigo 12 da Convenção Americana de Direitos Humanos, encontra limites nos princípios constitucionais que conformam o direito fundamental à educação, entre os quais se destacam a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (artigo 206, II e III, CRFB). [STF. **ADPF 460**, rel. min. Luiz Fux, j. 29-6-2020, P, *DJE* de 13-8-2020.]

Art. 12

ARTIGO 13. LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO

13.1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideais de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO

- **Liberdade de expressão como uma das mais importantes liberdades públicas**

Art. 13

Tenho para mim que o Supremo Tribunal Federal defronta-se, no caso, com um tema de magnitude inquestionável, que concerne ao exercício de duas das mais importantes liberdades públicas – a liberdade de expressão e a liberdade de reunião – que as declarações constitucionais de direitos e as convenções internacionais – como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (Artigos XIX e XX), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Arts. 13 e 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Artigos 19 e 21) – têm consagrado no curso de um longo processo de desenvolvimento e de afirmação histórica dos direitos fundamentais titularizados pela pessoa humana. [...] A Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, por sua vez, garante a qualquer pessoa o direito à livre manifestação do pensamento e à busca e obtenção de informações, sendo absolutamente estranha a esse importante estatuto do sistema interamericano de proteção aos direitos fundamentais a ideia de censura estatal (Artigo 13). É interessante assinalar, neste ponto, até mesmo como registro histórico, que a ideia da incompatibilidade da censura com o regime democrático já se mostrava presente nos trabalhos de nossa primeira Assembleia Geral

Constituinte e Legislativa, reunida em 03/05/1823 e dissolvida, por ato de força, em 12/11/1823. [STF. ADPF 548 MC-Ref, rel. min. Cármen Lúcia, voto do min. Celso de Mello, j. 31-10-2018, P, DJE de 6-10-2020.]

- **Liberdade de expressão no contexto trabalhista**

89. A jurisprudência da Corte deu um amplo conteúdo ao direito à liberdade de pensamento e expressão consagrados no art. 13 da Convenção. [...] Apontou que a liberdade de expressão tem uma dimensão individual e uma dimensão social, a partir das quais uma série de direitos se encontram protegidos no referido artigo. [...] à luz de ambas as dimensões, a liberdade de expressão exige, por um lado, que ninguém seja arbitrariamente prejudicado ou impedido de manifestar seus próprios pensamentos e representa, portanto, um direito de cada indivíduo; mas também implica, por outro lado, o direito coletivo de receber qualquer informação e conhecer a expressão do pensamento alheio. [...] 91. Nesse sentido, a liberdade de expressão é condição necessária ao funcionamento das organizações de trabalhadores, a fim de proteger seus direitos trabalhistas, melhorar suas condições e interesses legítimos [...]. 93. Sobre o tema, este Tribunal reconheceu que “em termos amplos da Convenção Americana, a liberdade de expressão pode ser violada sem uma intervenção direta do Estado”. [...] 94. No âmbito trabalhista, a responsabilidade do Estado pode decorrer da premissa de que o Direito interno, tal como foi interpretado pelo órgão judicial nacional de última instância, convalidou uma violação ao direito do recorrente, razão pela qual, a sanção, em última análise, surge como resultado da decisão do tribunal nacional, que pode acarretar um ilícito internacional. [...] Por isso, havendo interesse geral ou público, é necessário um nível reforçado de proteção à liberdade de expressão, especialmente com respeito àqueles que ocupam cargos de representação (no contexto das relações trabalhistas). [Corte IDH. **Caso Lagos del Campo vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2017. Tradução livre.**]

- **Direito de solicitar acesso a informações sob o controle do Estado**

5. Consagra o caput do art. 37 da Carta Republicana, entre os princípios regentes de Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a publicidade. Ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em leis editadas dentro dos limites materiais definidos na Constituição, portanto, os atos praticados pela Administração pública devem ser conhecíveis pelos cidadãos. Relembro, nesse sentido, as célebres palavras do Justice Louis D. Brandeis, ao recomendar a publicidade como remédio para males que afligem as sociedades: “a luz solar é o melhor dos desinfetantes”. O art. 5º, XXXIII, da Constituição da República, a seu turno, assegura a todos o direito fundamental de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, de interesse coletivo ou de interesse geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. O sigilo configura, pois, hipótese juridicamente excepcional, somente admitida para proteger a intimidade e a vida privada ou quando “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Não comportando presunção, sua invocação depende de justificação adequada à ordem constitucional objetiva. A obtenção de informações detidas por órgãos e entidades do poder público, vale ressaltar, é um direito humano protegido pelo artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o precedente paradigmático é o caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, em que assentado [que] [...] o artigo 13 da Convenção, ao estipular expressamente os direitos de “buscar” e “receber” “informações”, protege o direito de todos de solicitar acesso a informações sob o controle do Estado, com as exceções permitidas nos termos do regime de restrições da Convenção. Consequentemente, o referido artigo ampara o direito das pessoas de receberem essas informações e a obrigação positiva do Estado de fornecê-las, de modo que a pessoa possa ter acesso e conhecer essa informação ou receber uma resposta fundamentada quando, por qualquer motivo permitido pela Convenção, o Estado puder limitar

o acesso a ela no caso concreto. [STF. ADI 6.347 MC-Ref, rel. Min. Alexandre de Moraes, voto da Min. Rosa Weber, j. 30-4-2020, P, DJE de 14-8-2020.]

- **O Estado não pode eximir-se de suas obrigações positivas de garantir o direito à verdade e o acesso aos arquivos públicos**

328. Este Tribunal considera pertinente recordar que, em conformidade com sua jurisprudência constante, toda pessoa, inclusive os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, tem o direito de conhecer a verdade. Por conseguinte, os familiares das vítimas e a sociedade devem ser informados de todo o ocorrido com relação a essas violações. Embora o direito de conhecer a verdade tenha sido incluído, fundamentalmente, no direito de acesso à justiça, aquele tem uma natureza ampla e sua violação pode afetar diferentes direitos consagrados na Convenção Americana, dependendo do contexto e das circunstâncias particulares do caso. Nesse sentido, a Corte reitera que esse direito consta dos artigos 1.1, 8.1, 25, e é por eles protegido, assim como – em determinadas circunstâncias – o artigo 13 da Convenção, tal como ocorreu no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*. [Corte IDH. **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15-3-2018.]

- **Negativa do Estado de oferecer dados referentes a projeto de desflorestamento e direito à liberdade de pensamento, de expressão e de fazer acessível a informação sobre assuntos de interesse público**

76. [...] a Corte estabeleceu que, de acordo com a proteção concedida pela Convenção Americana, o direito à liberdade de pensamento e de expressão compreende “não apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza”. Assim como a Convenção Americana, outros instrumentos internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, estabelecem um

direito positivo a buscar e a receber informação. 77. No tocante aos fatos do presente caso, a Corte considera que o artigo 13 da Convenção, ao estipular expressamente os direitos a “buscar” e a “receber” “informações”, protege o direito de toda pessoa de solicitar o acesso à informação sob controle do Estado, com as exceções permitidas sob o regime de restrições da Convenção. Consequentemente, este artigo ampara o direito das pessoas a receberem esta informação e a obrigação positiva do Estado de fornecê-la, de tal forma que a pessoa possa ter acesso a conhecer essa informação ou receba uma resposta fundamentada quando, por algum motivo permitido pela Convenção, o Estado possa limitar o acesso à mesma para o caso concreto. Essa informação deve ser entregue sem necessidade de comprovar um interesse direto para sua obtenção ou uma interferência pessoal, exceto nos casos em que se aplique uma restrição legítima. Sua entrega a uma pessoa pode permitir, por sua vez, que esta circule na sociedade de maneira que possa conhecê-la, ter acesso a ela e avaliá-la. Dessa forma, o direito à liberdade de pensamento e de expressão contempla a proteção do direito de acesso à informação sob controle do Estado, o qual também contém de maneira clara as duas dimensões, individual e social, do direito à liberdade de pensamento e de expressão, as quais devem ser garantidas pelo Estado de forma simultânea. 78. A esse respeito, é importante destacar que existe um consenso regional dos Estados que integram a Organização dos Estados Americanos (doravante denominada “a OEA”) sobre a importância do acesso à informação pública e a necessidade de sua proteção. Esse direito foi objeto de resoluções específicas proferidas pela Assembleia Geral da OEA. Na última Resolução, de 3 de junho de 2006, a Assembleia Geral da OEA “inst[ou] os Estados a que respeitem e façam respeitar o acesso à informação pública a todas as pessoas e [a] promover a adoção de disposições legislativas ou de outra natureza que sejam necessárias para assegurar seu reconhecimento e aplicação efetiva”. 79. A Carta Democrática Interamericana destaca, em seu artigo 4º, a importância “da transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa” como componentes fundamentais do exercício da democracia. Além disso,

em seu artigo 6 a Carta afirma que “[a] participação dos cidadãos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento [...] é uma condição necessária para o exercício pleno e efetivo da democracia”, razão pela qual convida os Estados Parte a “[p]romover e fomentar diversas formas de participação [cidadã]”. [Corte IDH. **Caso Claude Reyes e outros vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 19-9-2006.]

LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELACIONADA A MEIOS DE COMUNICAÇÃO

- **Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia**

Art. 13

6. [...] A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa”.

7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da

obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e “real alternativa à versão oficial dos fatos” [...]. [STF. ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11-2009.]

- **Sociedade democrática, liberdade de expressão e jornalismo**

69. Além disso, dada a importância da liberdade de expressão em uma sociedade democrática e a grande responsabilidade que isso implica para aqueles que exercem profissionalmente comunicação social, o Estado não deve apenas minimizar as restrições à circulação de informação, mas também equilibrar, tanto quanto possível, a participação das diferentes informações no debate público, promovendo o pluralismo da informação. Finalmente, a Corte indicou que é fundamental que os jornalistas que trabalham nos meios de comunicação gozem da proteção e independência necessárias para o pleno desempenho de suas funções, pois são eles que mantêm a sociedade informada, requisito essencial para que goze de plena liberdade e que o debate público seja fortalecido. 70. No âmbito desta proteção que os Estados devem conceder, é fundamental proteger as fontes jornalísticas, fundamento da liberdade de imprensa e, em geral, de uma sociedade democrática, pois permitem que as sociedades se beneficiem do jornalismo de notícias, da governabilidade e do estado de direito. [...]. 71. A Corte recorda que, em geral, o direito à liberdade de expressão não pode ser estar sujeito a censura prévia, mas, em todo o caso, a responsabilidade posterior em muito excepcional e sob o cumprimento de uma série de requisitos rigorosos. Assim, o artigo 13.2 da Convenção Americana estabelece que as responsabilidades posteriores pelo exercício da liberdade de expressão devem atender concomitantemente aos seguintes requisitos: (i) ser previamente

estabelecidos por lei, no sentido formal e material; (ii) responder a um objetivo permitido pela Convenção Americana e (iii) ser necessário em uma sociedade democrática (para a qual devem atender aos requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade). 72. Quanto à legalidade estrita, a Corte estabeleceu que as restrições devem ser previamente estabelecidas em lei como forma de garantir que não sejam deixados ao arbítrio do poder público. Para isso, a caracterização da conduta deve ser clara e precisa, ainda mais se se tratar de condenações de ordem penal e não de ordem civil. Quanto às finalidades permitidas ou legítimas, estão indicadas no referido artigo 13.2 e são (a) o respeito pelos direitos ou reputação de terceiros, ou (b) a proteção da segurança nacional, ordem pública, saúde ou moral pública. Da mesma forma, as restrições à liberdade de expressão devem ser adequadas, ou seja, efetivamente propícias à consecução do fim legitimamente permitido. Quanto à análise da necessidade, a Corte sustentou que, para que uma restrição à liberdade de expressão seja compatível com a Convenção Americana, deve ser necessária em uma sociedade democrática, entendendo por “necessário” a existência de uma necessidade social à restrição. Nesse sentido, a Corte deve examinar as alternativas existentes para atingir o objetivo legítimo perseguido e especificar a maior ou menor nocividade delas. Finalmente, em relação à proporcionalidade da medida, a Corte entendeu que as restrições impostas ao direito à liberdade de expressão devem ser proporcionais ao interesse que as justifique e ajustar-se estreitamente ao alcance desse objetivo, interferindo o menos possível no gozo efetivo do direito. Nesse sentido, não basta que tenha um fim legítimo, mas sim que a medida em questão deve respeitar a proporcionalidade quando afeta a liberdade de expressão. Ou seja, “nessa última etapa da análise, considera-se se a restrição é estritamente proporcional, de forma que o sacrifício a ela inerente não seja exagerado ou desproporcional em relação às vantagens obtidas com a referida limitação”. A Corte recorda que essas restrições têm caráter excepcional e não devem limitar, além do estritamente necessário, o pleno exercício da liberdade de expressão e constituir um mecanismo direto ou indireto de censura prévia. [Corte IDH. **Caso Moya Chacón e outro vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-5-2022. Tradução livre.]

- **Exercício da profissão de jornalista, exigência de diploma e liberdade de expressão**

6. [...] As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Britto. A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição. 7. PROFISSÃO DE JORNALISTA. ACESSO E EXERCÍCIO. CONTROLE ESTATAL VEDADO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À CRIAÇÃO DE ORDENS OU CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do

poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Jurisprudência do STF: Representação n. 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, *DJ*, 2-9-1977. 8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso “La colegiación obligatoria de periodistas” – Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos – OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009). [STF. RE 511.961, rel. min. Gilmar Mendes, j 17-6-2009, P, DJE de 13-11-2009.]

- **Liberdade de imprensa e a interdição parcial de legislar**

8. [...] Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o “estado de sítio” (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte (“quando necessário ao exercício profissional”); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos “meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem

de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, “a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público”. [STF. **ADPF 130**, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11-2009.]

- **Princípio da estrita legalidade: restrições à liberdade de expressão devem estar previamente estabelecidas em lei, para assegurar que não sejam deixadas ao critério das autoridades públicas**

62. A jurisprudência da Corte tem dado amplo conteúdo ao direito à liberdade de expressão, pensamento e expressão consagrados no artigo 13 da Convenção. Assim, a Corte indicou que a referida norma protege o direito de buscar, receber e difundir ideias e informações de todo tipo, bem como o direito de receber e conhecer as informações e ideias difundidas por terceiros. Também assinalou que a liberdade de pensamento e expressão tem uma dimensão individual e uma dimensão social, da qual emergiram uma série de direitos protegidos no referido artigo. Esta Corte afirmou que ambas as dimensões são igualmente importantes e devem ser plenamente garantidas simultaneamente para dar plena vigência ao direito à liberdade de pensamento e expressão nos

termos previstos no artigo 13 da Convenção. 63. Além disso, a Corte estabeleceu que a liberdade de expressão, especialmente em assuntos de interesse público, “é a pedra angular da própria existência de uma sociedade democrática”. A Corte Interamericana, em sua Opinião Consultiva OC-5/85, fez referência à estreita relação entre democracia e liberdade de expressão, estabelecendo que este direito é essencial para a formação da opinião pública, além de ser condição *sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, aqueles que desejam influenciar a comunidade possam se desenvolver plenamente e, em suma, para que a comunidade esteja suficientemente informada no exercício de suas opções. E é que o controle democrático da sociedade por meio da opinião pública promove a transparência das atividades do Estado e promove a responsabilidade dos funcionários sobre sua gestão pública, razão pela qual deve haver uma margem reduzida para qualquer restrição ao debate político ou ao debate sobre questões de interesse público. [Corte IDH. **Caso Moya Chacón e outro vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-5-2022. Tradução livre.]

13.2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

- **Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais**

5. [...] Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do

ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos. [STF. **ADPF 130**, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11-2009.]

- **Policiais, regras disciplinares e liberdade de expressão**

14. No art. 4º da Lei n. 4.878/1965, a hierarquia e a disciplina são estabelecidas como fundamentos da função policial: “Art. 4º A função policial, fundada na hierarquia e na disciplina, é incompatível com qualquer outra atividade”. Não há incompatibilidade entre o disposto nos incs. II, interpretado restritivamente e apenas no que se refere às funções exercidas e para preservar sua eficiência, e III do art. 43 da Lei n. 4.878/1965 e a liberdade de manifestação do pensamento, a qual, como se sabe, não é absoluta e não impede a responsabilização posterior do agente em caso de excessos. Em se tratando de policiais federais e civis, investidos de atribuições constitucionalmente previstas para a preservação da segurança pública é legítima a aplicação de sanção disciplinar em razão de manifestações por eles proferidas que infrinjam direitos de terceiros ou importem prejuízo objetivamente comprovado ao serviço desempenhado. O objetivo dos incs. II e III do art. 43 da Lei n. 4.878/1965 não há de ser de inviabilizar a liberdade de manifestação de policiais federais e civis, mas impedir ou apenar abuso no exercício desse direito. Esses dispositivos legais não obstam manifestações de policiais federais ou civis por melhores condições de trabalho, nem a associação desses

servidores a entidades sindicais ou de classe. [STF. ADPF 353, rel. min. Cármen Lúcia, j. 21-6-2021, P, DJE de 30-6-2021.]

- **Liberdade de expressão e a promoção de campanhas eleitorais por meio de tecnologias comunicacionais**

5. A proeminência da liberdade de expressão, no âmbito político-eleitoral, se justifica por óbvias razões: os cidadãos devem ser informados da variedade e riqueza de assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo, sem que isso implique, em linha de princípio, violação às normas que regulam a comunicação social [...]. 6. A liberdade de expressão, a despeito de possuir uma *preferred position* nas democracias constitucionais contemporâneas, pode sofrer limitações, desde que razoáveis, proporcionais e visem a prestigiar outros direitos e garantias de mesmo *status* jusfundamental (e.g., a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade). 7. Os tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos corroboram essa diretriz hermenêutica, ao afirmarem que a liberdade de expressão, embora ocupe lugar de destaque no plexo de garantias fundamentais asseguradas pelo direito comunitário, encontra limites quando o seu exercício importe em um menoscabo dos direitos alheios (e.g., art. 13, item 2, *a*, do Pacto de San José da Costa Rica e art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos). 8. O teste da proporcionalidade constitui autêntica pauta de moderação e prudência a orientar toda a atuação do Poder Público. Sua função é permitir a harmonia axiológica do sistema normativo. Seu fundamento é a própria noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização em face de restrições fáticas e jurídicas, na esteira do magistério de Robert Alexy (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 116). [STF. ADI 5.122, rel. min. Edson Fachin, j. 3-5-2018, P, DJE de 20-2-2020.]

- **Manifestações estudantis e reuniões nos espaços das universidades durante o período eleitoral e censura**

Nulidade das decisões da Justiça Eleitoral impugnadas na presente ação. Inconstitucionalidade de interpretação dos arts. 24 e 37 da Lei n. 9.504/1997 que conduza a atos judiciais ou administrativos que possibilitem, determinem ou promovam ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, recolhimento de documentos, interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e coleta irregular de depoimentos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação de pensamento nos ambientes universitários ou equipamentos sob administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos. [STF. ADPF 548, rel. min. Cármen Lúcia, j. 15-5-2020, P, DJE de 9-6-2020.]

Art. 13

- **Liberdade de pensamento, censura e responsabilidades posteriores**

96. Devido às circunstâncias do presente caso, a Corte considera necessário analisar detalhadamente se, para aplicar a responsabilidade ulterior ao senhor Canese por suas declarações, foi cumprido o requisito de necessidade em uma sociedade democrática. O Tribunal afirmou que a “necessidade” e, deste modo, a legalidade das restrições à liberdade de expressão fundamentadas no artigo 13.2 da Convenção Americana, dependerá de que estejam orientadas a satisfazer um interesse público imperativo. Entre várias opções para alcançar esse objetivo, deve-se escolher aquela que restrinja em menor escala o direito protegido. Dado este padrão, não é suficiente que se demonstre, por exemplo, que a lei cumpre um propósito útil ou oportuno; para que sejam compatíveis com a Convenção, as restrições devem se justificar segundo objetivos coletivos que, por sua importância, preponderem claramente sobre a necessidade social do pleno gozo do direito que o artigo 13 garante e não limitem mais do que o estritamente necessário o direito proclamado neste artigo. Isto é, a restrição deve ser proporcional ao interesse que a

justifica e deve se ajustar estritamente ao alcance desse objetivo legítimo, interferindo na menor medida possível no efetivo exercício do direito à liberdade de expressão. 97. O controle democrático por parte da sociedade, através da opinião pública, fomenta a transparência das atividades estatais e promove a responsabilidade dos funcionários sobre sua gestão pública, razão pela qual deve existir uma maior margem de tolerância frente a afirmações e apreciações feitas no curso dos debates políticos ou sobre questões de interesse público. 98. [...] Esta mesma opinião aplica-se a respeito das opiniões ou declarações de interesse público vertidas em relação a uma pessoa que se postula como candidato à Presidência da República, a qual se submete voluntariamente ao escrutínio público, bem como a respeito de assuntos de interesse público nos quais a sociedade tem um legítimo interesse de se manter informada, de conhecer o que incide sobre o funcionamento do Estado, afeta interesses ou direitos gerais, ou lhe acarreta consequências importantes. Como foi estabelecido, não há dúvida de que as declarações do senhor Canese em relação à empresa CONEMPA se referem a assuntos de interesse público [...]. [Corte IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguai**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2004. Tradução livre.]

13.2.a. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

- **O crime de desacato é compatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**

Essas breves considerações sobre o delito de desacato, no âmbito doutrinário da classificação dos crimes, fazem-se necessárias para melhor analisar a alegada violação à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Constituição Federal. Com efeito, suscita-se a incompatibilidade

desse delito com a liberdade de expressão e do pensamento, garantidos tanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13 (promulgado pelo Decreto 678/1992) como pela Constituição Federal, arts. 5º, incisos IV, VIII e IX, e 220, os quais não teriam recepcionado referido tipo penal. [...] Tomando referido tratado internacional como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno, a uma simples leitura do dispositivo supracitado não se infere qualquer afronta na tipificação do crime de desacato. Não houve revogação da norma penal, mas recepção pela regra supralegal. Observe-se que o item 2, letra *a*, do art. 13 do Pacto de São José dispõe claramente que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, embora não sujeito a censura prévia, deve assumir responsabilidades ulteriores, expressamente fixadas em lei, para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas. Não prospera, portanto, a alegada descriminalização do desacato (art. 299 do CPM ou art. 331 do CP), nem se está tampouco diante da chamada *abolitio criminis*. [STF. HC 141.949, rel. min. Gilmar Mendes, j. 13-3-2018, 2ª T, DJE de 23-4-2018.]

No mesmo sentido: STF. HC 143.968 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 29-6-2018, 2ª T, DJE de 6-8-2018.

- **Liberdade de expressão e injúria**

Cabe referir, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo art. 13, inciso 2, alínea *a*, depois de vedar a censura prévia, 58 prescreve que o exercício do direito à liberdade de manifestação do pensamento sujeitar-se-á “a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar [...] o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas [...]”. [...] Irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasem, abusiva e criminosamente, os limites razoáveis que conformam, no plano ético-jurídico, a prática da liberdade jornalística, degradando-a ao nível primário do insulto e da ofensa, não merecem a dignidade da proteção constitucional, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de caráter delituoso. A prerrogativa

concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a veiculação de insultos ou de crimes contra a honra de terceiros, especialmente quando as expressões moralmente ofensivas – manifestadas com evidente superação dos limites da crítica e da opinião jornalísticas – transgridem valores tutelados pela própria ordem constitucional. [STF. ARE 891.647 ED, rel. min. Celso de Mello, j. 15-9-2015, 2ª T, DJE de 21-9-2015.]

- **O Estado deve assegurar a liberdade de expressão das minorias**

8. O Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente. 9. O Estado de Direito republicano e democrático, impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 10. A democracia funda-se na presunção em favor da liberdade do cidadão, o que pode ser sintetizado pela expressão germânica “*Freiheitsvermutung*” (presunção de liberdade), teoria corroborada pela doutrina norte-americana do primado da liberdade (*preferred freedom doctrine*), razão pela qual ao Estado contemporâneo se impõe o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões em um mercado de ideias (*free marketplace of ideas* a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública. [STF. RE 898.450, rel. min. Luiz Fux, j. 17-8-2016, P, DJE de 31-5-2017, Tema 838.]

- **Liberdade de expressão e o patrimônio moral de terceiros**

[...] embora a liberdade de manifestação do pensamento seja uma das mais relevantes prerrogativas que a Constituição garante a qualquer cidadão, ninguém tem o direito de ofender, de vilipendiar e de ultrajar a honra alheia, a reputação e o patrimônio moral de quem quer que seja, pois a liberdade fundamental de expressão sofre, por efeito do que

dispõe a própria Constituição da República, as restrições nela mesma estabelecidas em seu art. 220, § 1º, “*in fine*”, entre as quais avulta, por sua importância, o respeito à incolumidade moral de terceiros, eis que – insista-se – a liberdade de manifestação do pensamento não se reveste de caráter absoluto. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, ao assegurar a liberdade de expressão, também prevê que a reputação e a incolumidade moral das pessoas qualificam-se como significativas limitações externas ao direito de livre manifestação do pensamento. É o que se acha estabelecido no Artigo 13, n. 2, “a”, do Pacto de São José da Costa Rica. [...] [STF. [Inq 4.435 AgR-quarto](#), rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Celso de Mello, j. 14-3-2019, P, DJE de 21-8-2019.]

- **Radiodifusão comunitária e liberdade religiosa**

Art. 13

3. A liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião. O discurso proselitista é, pois, inerente à liberdade de expressão religiosa. Precedentes. 4. A liberdade política pressupõe a livre manifestação do pensamento e a formulação de discurso persuasivo e o uso dos argumentos críticos. Consenso e debate público informado pressupõem a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações. 5. O artigo 220 da Constituição Federal expressamente consagra a liberdade de expressão sob qualquer forma, processo ou veículo, hipótese que inclui o serviço de radiodifusão comunitária. 6. Viola a Constituição Federal a proibição de veiculação de discurso proselitista em serviço de radiodifusão comunitária. [STF. [ADI 2.566](#), rel. min. Alexandre de Moraes, red. do ac. min. Edson Fachin, j. 16-5-2018, P, DJE de 23-10-2018.]

- **As restrições permitidas à liberdade de pensamento e expressão em uma sociedade democrática**

123. Assim, a restrição deve ser proporcional ao interesse que a justifica e conformar-se estreitamente com a consecução desse objetivo,

interferindo o menos possível no exercício efetivo do direito à liberdade de expressão. Este conceito de “necessidade social imperativa” foi endossado pela Corte em sua Opinião Consultiva OC-5/85. 124. Agora, uma vez determinado o conteúdo do direito à informação, liberdade de pensamento e expressão, a importância da liberdade de expressão foi destacada de expressão em regime democrático e o papel da mídia e do jornalismo, e foram estabelecidos os requisitos para que as restrições que o referido direito pode estar sujeito são compatíveis com a Convenção Americana. Cabe analisar, à luz dos fatos provados no presente caso, se o permitiu restrições à liberdade de expressão através da aplicação de as responsabilidades subseqüentes eram ou não compatíveis com a Convenção. Nesse sentido, é fundamental destacar que o Sr. Herrera Ulloa foi um jornalista que estava expressando fatos ou opiniões de interesse público. [...] 127. O controle democrático pela sociedade por meio da opinião pública promove a transparência das atividades do Estado e promove a responsabilidade dos servidores sobre sua gestão pública, razão pela qual deve haver margem reduzida para qualquer restrição ao debate político ou sobre questões de interesse público interesse. 128. Neste contexto, é lógico e apropriado que as expressões relativas a funcionários públicos ou outras pessoas que desempenhem funções de natureza pública gozem, nos termos do artigo 13.2 da Convenção, de uma margem de abertura para um amplo debate sobre assuntos de interesse público, o que é essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático. Isso não significa, de forma alguma, que a honra de funcionários públicos ou das pessoas públicas não devem ser legalmente protegidas, mas devem sê-lo forma coerente com os princípios do pluralismo democrático. 129. Assim, o acento deste diferente limiar de proteção não é baseado na qualidade do sujeito, mas na natureza do interesse público que as atividades ou ações de uma determinada pessoa acarretam. Aqueles que influenciam questões de interesse público têm-se exposto voluntariamente a um escrutínio público mais exigente e, conseqüentemente, a um maior risco de críticas, uma vez que as suas atividades escapam ao domínio da esfera privada para entrar na esfera do debate público. [...] 135. [...] a Corte considera que o Estado violou o direito à liberdade de pensa-

mento e expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 da referido tratado, em prejuízo do senhor Mauricio Herrera Ulloa, visto que a restrição ao exercício deste direito sofrido pelo referido jornalista ultrapassa o enquadramento contido no referido artigo. [Corte IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 2-7-2004. Tradução livre.**]

- **Imprensa, liberdade de pensamento e de expressão e a proteção da honra e da dignidade**

102. O artigo 11 da Convenção estabelece, com efeito, que toda pessoa tem direito à proteção de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. A Corte indicou que o direito à honra “reconhece que toda pessoa tem direito a respeitá-la, proíbe qualquer atentado ilegal contra a honra ou a reputação e impõe aos Estados o dever de oferecer a proteção da lei contra tais atentados. Em termos gerais, este Tribunal indicou que o direito à honra está relacionado com a auto-estima e o valor, enquanto a reputação se refere à opinião que os outros têm de uma pessoa”. 103. Nesse sentido, esta Corte afirmou que “tanto a liberdade de expressão quanto o direito à honra, ambos direitos protegidos pela Convenção, são de extrema importância, razão pela qual é necessário garantir a ambos os direitos, para que coexistam de forma harmoniosa”. O exercício de cada direito fundamental deve ser feito com respeito e salvaguarda dos demais direitos fundamentais. Portanto, a Corte indicou que “a solução do conflito que surge entre ambos os direitos requer uma consideração entre eles, para a qual cada caso deve ser examinado, de acordo com suas características e circunstâncias, a fim de avaliar a existência e a intensidade dos elementos em que se baseia a referida sentença”. [...] 128. Por outro lado, a Corte considera que não basta que o funcionário público supostamente afetado em sua honra pelo exercício da liberdade de expressão de um jornalista atue como pessoa privada para que essa condição não seja levada em consideração e se recorra assim às disposições da Convenção e da jurisprudência da Corte. O que está em questão neste caso não é a aplicação do artigo 11

da Convenção, relativo à proteção da honra e da dignidade, mas o que se afirma no artigo 13 da mesma, relativo à liberdade de pensamento e expressão. 129. Dado que, à luz da Convenção, a divulgação de uma nota de interesse público referente a um funcionário público não pode ser considerada criminalmente proibida como crime contra a honra, pode-se concluir que no presente caso, tendo sido penalizado por isso violou-se a lei Artigo 13.2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Tulio Álvarez Ramos. [Corte IDH. **Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 30-8-2019. Tradução livre.**]

Art. 13

13.2.b. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: [...] b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

- **Restrições à liberdade de expressão devem estar nas exceções previstas em lei**

81. Em igual sentido deve-se destacar o estabelecido em matéria de acesso à informação na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Além disso, no âmbito do Conselho da Europa, já desde 1970 a Assembleia Parlamentar realizou recomendações ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa em matéria de “direito à liberdade de informação”, e também proferiu uma Declaração, na qual estabeleceu que, a respeito do direito à liberdade de expressão deve existir “o correspondente dever das autoridades públicas de fazer acessível a informação sobre assuntos de interesse público dentro dos limites razoáveis [...]”. Além disso, foram adotadas recomendações e diretrizes e, em 1982, o Comitê de Ministros adotou uma “Declaração sobre liberdade de expressão e informação”, na qual expressou o objetivo de buscar uma política de abertura da

informação no setor público. Em 1998 foi adotada a “Convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental”, no contexto da Conferência Ministerial “Meio Ambiente para a Europa”, realizada em Aarhus, Dinamarca. Além disso, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa emitiu uma recomendação sobre o direito de acesso a documentos oficiais em poder das autoridades públicas, em cujo princípio IV estabelece as possíveis exceções, afirmando que “[estas] restrições deverão se expor de maneira precisa por lei, deverão ser necessárias em uma sociedade democrática e proporcionais ao objetivo de proteção”. 82. Além disso, o Tribunal considera de especial relevância que, no âmbito mundial, muitos países adotaram normativas dirigidas a proteger e regulamentar o direito de ter acesso à informação sob controle do Estado. 83. Finalmente, a Corte considera relevante fazer notar que, com posterioridade aos fatos deste caso, o Chile realizou importantes avanços em matéria de consagração normativa do direito de acesso à informação sob controle do Estado, que incluem, entre outros, uma reforma constitucional e que atualmente se encontra em trâmite um projeto de lei sobre este direito. [Corte IDH. **Caso Claude Reyes e outros vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 19-9-2006.]

13.3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radio-elétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

- **Proibição de tatuagem em cláusula de edital de concurso e a liberdade de expressão**

6. As pigmentações de caráter permanente inseridas voluntariamente em partes dos corpos dos cidadãos configuram instrumentos

de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX). 7. É direito fundamental do cidadão preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo. [...] 11. Os princípios da liberdade e da igualdade, este último com esteio na doutrina da desigualdade justificada, fazem exsurgir o reconhecimento da ausência de qualquer justificativa para que a Administração Pública visualize, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade ou de inaptidão física ou mental para o exercício de determinado cargo público. 12. O Estado não pode considerar aprioristicamente como parâmetro discriminatório para o ingresso em uma carreira pública o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não. 13. A sociedade democrática brasileira pós-88, plural e multicultural, não acolhe a idiosincrasia de que uma pessoa com tatuagens é desprovida de capacidade e idoneidade para o desempenho das atividades de um cargo público. 14. As restrições estatais para o exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma interferência incisiva do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo como o ser humano desenvolve a sua personalidade. 15. A cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo, emprego ou função pública por candidatos possuidores de tatuagens, pinturas ou marcas, quaisquer que sejam suas extensões e localizações, visíveis ou não, desde que não representem símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representem obscenidades, é inconstitucional. 16. A tatuagem considerada obscena deve submeter-se ao Miller-Test, que, por seu turno, reclama três requisitos que repugnam essa forma de pigmentação, a saber: (i) o homem médio, seguindo padrões contemporâneos da comunidade, considere que a obra, tida como um todo, atrai o interesse lascivo; (ii) quando a obra retrata ou descreve, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável, (iii) quando a obra, como um todo, não possua um sério

valor literário, artístico, político ou científico. [STF. Tese com RG. RE 898.450, rel. min. Luiz Fux, j. 17-8-2016, P, DJE de 31-5-2017, Tema 838.]

- **Relatório de segurança e investigação sigilosa de servidores públicos**

E o Pacto São José da Costa Rica ainda nesse Artigo 13, no item 3, veda a restrição do “direito de expressão por vias e meios indiretos”. E assenta um detalhe importante para o nosso julgamento: “tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, ...” A verdade, Senhor Presidente, é que o Supremo Tribunal Federal tem dado exemplos extremamente significativos e de extrema relevância de que liberdade de expressão é algo que se combina com a democracia. O sistema político se funda na representação dos diversos setores da sociedade, todos com liberdade para alcançar o poder por meio de processo político livre e democrático e com educação que os habilite a exercer essa liberdade. [...] Uma investigação enviesada, que escolhe pessoas para investigar revela uma inegável finalidade intimidadora no próprio âmbito de investigação. Esse efeito, como a própria Ministra Rosa acaba de mencionar, do medo, efeito silenciador do relatório, semelhantes aos *chilling effects* de uma prática censória, inibe servidores públicos e professores e difunde – o que é pior de tudo – a cultura do medo, inclusive esse relatório difunde a cultura do medo baseado em um nada político, em um nada jurídico. É inegável a finalidade intimidadora do próprio ato de investigação. A partir do relatório, ainda que não haja outras punições oficialmente declaradas, pode-se apontar uma série de sanções veladas e secretas, como perseguições e preterições no ambiente profissional ou mesmo atribuição de imputações fantasiosas aos listados. É muito importante esclarecer que, assim como a defesa do livre comércio, a defesa da liberdade de expressão também é muito importante na atração dos investidores estrangeiros. Quando se insinuam esses relatórios que podem voltar a nossa memória a um período bastante nebuloso, há reflexos internacionais. Em 27 de julho, a Anistia Internacional, em nota pública, repudiou veementemente a coleta de dados e compilação de informações pessoais contra ativistas de direitos

Art. 13

humanos e opositores políticos. [...] Então, a iniciativa desses relatórios preocupava a Anistia Internacional – está na nota pública –, especialmente por conta de o Brasil possuir um passado recente de perseguições políticas e esses relatórios se prestarem a uma espionagem e a uma suposta intimidação dos opositores políticos por meio de investigações ilegalmente motivadas. Em índice atual mais recente sobre a democracia, Democracy Index 2019, produzido pela divisão de pesquisa e análise do grupo The Economist (The Economist Intelligence Unit), o País, infelizmente, está encartado na categoria de “democracia imperfeita”, por várias fraquezas significativas em outros aspectos da democracia, incluindo problemas de governança, uma cultura política subdesenvolvida e baixos níveis de participação política. Dentre as fraquezas significativas figura a alegação de que os relatórios de inteligência são dotados de sigilo com acesso restrito, baseado aqui, como o Ministro Alexandre também destacou, na Lei nº 9.883/99. Evidentemente, esse dispositivo tem de ser lido de acordo com a interpretação teleológico-sistêmica no sentido de que não há segredos para o Judiciário. Nesse âmbito, o segredo efetivamente não é a alma do negócio. Não é razoável se exigir expressa declaração dos fins persecutórios visados pela investigação para caracterização do desvio de finalidade. Isso porque é inerente à prática censória esquivar-se em fundamentações bem aceitas, como a segurança pública ou a moralidade. [...] É preciso atentar, ainda, que a finalidade declarada de mero conhecimento e armazenamento de informação não condiz com a instrumentalidade da atuação de inteligência, nem com a eficiência e economicidade da Administração Pública. É, então, que a alegação ministerial de que a inteligência visa ao mero fornecimento de conhecimento e informações às autoridades dos órgãos de segurança pública, merece a devida temperança. Não houvesse um objetivo mediato e legítimo na coleta de informações, não se justificariam os gastos com a máquina pública e, menos ainda, as restrições à privacidade e intimidade daqueles que constam em seus relatórios. O mencionado respaldo normativo para práticas autoritárias é retórica de há muito conhecida pelo constitucionalismo brasileiro. O professor Cristiano Paixão aponta que “uma das características do regime militar brasileiro foi a preocupação com a elaboração de normas

jurídicas que sustentassem as medidas de arbítrio. Muitas dessas normas eram precedidas por sofisticadas exposições de motivos que procuravam legitimar a adoção de medidas de exceção” (PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades, año 13, nº 26. 2011. P. 158). [STF. [ADPF 722 MC](#), rel. min. Cármen Lúcia, voto do min. Luiz Fux, j. 20-8-2020, P, *DJE* de 22-10-2020.]

- **Conteúdo programático das escolas, censura de professores e liberdade de expressão**

5. Violação do direito à educação com o alcance pleno e emancipatório que lhe confere a Constituição. Supressão de domínios inteiros do saber do universo escolar. Incompatibilidade entre o suposto dever de neutralidade, previsto na lei, e os princípios constitucionais da liberdade de ensinar, de aprender e do pluralismo de ideias (CF/1988, arts. 205, 206 e 214). 6. Vedações genéricas de conduta que, a pretexto de evitarem a doutrinação de alunos, podem gerar a perseguição de professores que não compartilhem das visões dominantes. Risco de aplicação seletiva da lei, para fins persecutórios. Violação ao princípio da proporcionalidade (CF/1988, art. 5º, LIV, c/c art. 1º). [STF. [ADI 5.537](#), rel. min. Roberto Barroso, j. 24-8-2020, P, *DJE* de 17-9-2020.]

- **Sigilo sobre movimentação de créditos com despesas confidenciais e direito à liberdade de expressão**

2. O Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição de 1988 estabeleceu, como regra, a publicidade das informações referentes às despesas públicas, prescrevendo o sigilo como exceção, apenas quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Quanto maior for o sigilo, mais completas devem ser as justificativas para que, em nome da proteção da sociedade e do Estado, tais movimentações se realizem. 3. Os tratados internacionais e a própria Constituição Federal convergem no sentido de se reconhecer não apenas a ampla liberdade de acesso às informações públicas, corolário, como visto, do direito

à liberdade de expressão, mas também a possibilidade de restringir o acesso, desde que (i) haja previsão legal; (ii) destine-se a proteger a intimidade e a segurança nacional; e (iii) seja necessária e proporcional. [STF. ADPF 129, rel. min. Edson Fachin, j. 5-11-2019, P, DJE de 9-12-2019.]

• Período eleitoral e liberdade de expressão

1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. 4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo. [STF. ADI 4.451, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2018, P, DJE de 6-3-2019.]

- **Escola e pluralidade de ideias e concepções pedagógicas e liberdade de expressão**

5. Violação do direito à educação com o alcance pleno e emancipatório que lhe confere a Constituição. Supressão de domínios inteiros do saber do universo escolar. Incompatibilidade entre o suposto dever de neutralidade, previsto na lei, e os princípios constitucionais da liberdade de ensinar, de aprender e do pluralismo de ideias (CF/1988, arts. 205, 206 e 214). 6. Vedações genéricas de conduta que, a pretexto de evitarem a doutrinação de alunos, podem gerar a perseguição de professores que não compartilhem das visões dominantes. Risco de aplicação seletiva da lei, para fins persecutórios. Violação ao princípio da proporcionalidade (CF/1988, art. 5º, LIV, c/c art. 1º). [STF. ADI 5.580, rel. Min. Roberto Barroso, j. 24-8-2020, P, DJE de 27-11-2020.]

No mesmo sentido: STF. ADI 5.537, rel. min. Roberto Barroso, j. 24-8-2020, P, DJE de 17-9-2020; STF. ADI 5.580, rel. min. Roberto Barroso, j. 24-8-2020, P, DJE de 27-11-2020.

- **Liberdade de expressão e o direito ao esquecimento: programa de televisão que não afronta a vida privada da vítima ou seus familiares**

6. O caso concreto se refere ao programa televisivo Linha Direta: Justiça, que, revisitando alguns crimes que abalaram o Brasil, apresentou, dentre alguns casos verídicos que envolviam vítimas de violência contra a mulher, objetos de farta documentação social e jornalística, o caso de Aida Curi, cujos irmãos são autores da ação que deu origem ao presente recurso. Não cabe a aplicação do direito ao esquecimento a esse caso, tendo em vista que a exibição do referido programa não incorreu em afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares. Recurso extraordinário não provido. 8. Fixa-se a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos

ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. [STF. Tese com RG. RE 1.010.606, j. 11-2-2021, P, DJE de 20-5-2021, Tema 786.]

- **Escolas públicas, material didático com conteúdo relativo à diversidade de gênero e censura**

4. A neutralidade ideológica ou política pretendida pelo legislador municipal, ao vedar a abordagem dos temas de “gênero” e “orientação sexual”, esteriliza a participação social decorrente dos ensinamentos plurais adquiridos em âmbito escolar, mostrando-se não apenas inconstitucional, mas também incompatível com o nosso ordenamento jurídico. 5. Os artigos 205 e 206 da Constituição Federal e os Parâmetros Curriculares Nacionais do Ensino Médio, previstos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e em atos dos demais agentes públicos especializados consubstanciam o arcabouço normativo que se alinha harmoniosamente para a formação política do estudante, habilitando-o a exercer sua cidadania. 6. A renovação de ideias e perspectivas é um elemento caro à democracia política, consoante consta do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992, e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, revelando exemplo de educação democrática. 7. O pluralismo de ideias, posto integrar o conceito de educação, constitui dever também da família, cabendo-lhe zelar pela liberdade de aprendizado e divulgação do pensamento, da arte e do saber, ao invés de condicionar à sua prévia concordância quanto ao conteúdo acadêmico, sob pena de esvaziar a capacidade de inovação, a oportunidade de o estudante construir um caminho próprio, diverso ou coincidente com o de seus pais ou professores. [STF. ADPF 460, rel. min. Luiz Fux, j. 29-6-2020, P, DJE de 13-8-2020.]

No mesmo sentido: STF. **ADPF 457**, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 27-4-2020, P, DJE 3-6-2020; STF. **ADPF 461**, rel. min. Roberto Barroso, j. 24-8-2020, P, DJE de 22-9-2020.

- **Tem-se um sistema democrático frágil sem uma efetiva garantia à liberdade de expressão**

65. Assim, sem uma garantia efetiva da liberdade de expressão, o sistema democrático é enfraquecido e o pluralismo e a tolerância são quebrados; os mecanismos de controle e reclamação cidadã podem se tornar inoperantes e, em última instância, criar um campo fértil para o enraizamento de sistemas autoritários. Consequentemente, uma sociedade mal-informada não é totalmente livre. 66. A Corte destacou que o exercício profissional do jornalismo “não pode ser diferenciado da liberdade de expressão, ao contrário, ambas as coisas estão obviamente interligadas, pois o jornalista profissional não é, nem pode ser, outra coisa senão uma pessoa que decidiu exercer a liberdade de expressão de forma contínua, estável e remunerada”. A Corte afirmou que os meios de comunicação de massa desempenham um papel essencial como veículos para o exercício da dimensão social da liberdade de expressão em uma sociedade democrática, razão pela qual é essencial que eles recolham as mais diversas informações e opiniões. Com efeito, a Corte caracterizou os meios de comunicação de massa como verdadeiros instrumentos da liberdade de expressão e, além disso, indicou que “[o]s meios de comunicação social são os que servem para materializar o exercício da liberdade de expressão, de forma que suas condições de funcionamento devem ser adaptadas às exigências dessa liberdade. Para isso, é essencial, entre outros, a pluralidade dos meios de comunicação, a proibição de qualquer monopólio sobre eles, qualquer que seja a forma que procure adotar, e a garantia de proteção à liberdade e independência dos jornalistas”. 67. O Tribunal recorda que, para que a imprensa possa exercer sua função de controle jornalístico, não só deve ser livre para transmitir informações e ideias de interesse público, mas também deve ser livre para reunir, coletar e avaliar tais informações e ideias. [Corte IDH. **Caso Moya Chacón e outro vs. Costa Rica. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-5-2022. Tradução livre.**]

• **Liberdade de expressão e transparência das atividades estatais**

108. A Corte indicou anteriormente, a respeito do conteúdo do direito à liberdade de pensamento e expressão, que aqueles que se encontram sob a proteção da Convenção não só têm o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de todos os tipos. É por isso que a liberdade de expressão tem uma dimensão individual e uma dimensão social, nomeadamente: exige, por um lado, que ninguém seja arbitrariamente prejudicado ou impedido de exprimir o seu próprio pensamento e, por isso, representa um direito de cada indivíduo; mas implica também, por outro lado, um direito coletivo de receber qualquer informação e de conhecer a expressão do pensamento alheio [...] 127. O controle democrático, pela sociedade por meio da opinião pública, fomenta a transparência das atividades e promove a responsabilidade dos servidores quanto à sua gestão pública, razão pela qual deve haver margem reduzida para qualquer restrição ao debate político ou ao debate sobre questões de interesse público. 128. Nesse contexto, é lógico e oportuno que expressões relativas a funcionários públicos ou outras pessoas que desempenhem funções de caráter público gozem, nos termos do artigo 13.2 da Convenção, de margem de abertura a um amplo debate sobre questões de interesse público, o que é essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático. Isso não significa, de forma alguma, que a honra dos funcionários públicos ou das pessoas públicas não deva ser legalmente protegida, mas que deve ser assim de acordo com os princípios do pluralismo democrático. 129. Assim, o acento deste diferente limiar de proteção não é baseado na qualidade do sujeito, mas na natureza do interesse público que as atividades ou ações de uma determinada pessoa acarretam. Aqueles que influenciam questões de interesse público têm-se exposto voluntariamente a um escrutínio público mais exigente e, conseqüentemente, a um maior risco de sofrerem críticas, uma vez que as suas atividades saem do domínio da esfera privada para entrar na esfera do debate público. [Corte IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 2-7-2004. Tradução livre.**]

- **Liberdade de expressão como meio de intercâmbio de ideias e informações**

151. Assim entendeu este Tribunal ao indicar que “[o] mesmo conceito de ordem pública reclama que, dentro de uma sociedade democrática, sejam garantidas as maiores possibilidades de circulação de notícias, ideias e opiniões, assim como o mais amplo acesso à informação por parte da sociedade em seu conjunto. A liberdade de expressão se insere na ordem pública primária e radical da democracia, que não é concebível sem o debate livre e sem que a dissidência tenha pleno direito de se manifestar”.

152. O Tribunal Europeu também reconheceu este critério, ao sustentar que a liberdade de expressão constitui um dos pilares essenciais de uma sociedade democrática e uma condição fundamental para seu progresso e para o desenvolvimento pessoal de cada indivíduo. Esta liberdade não apenas deve ser garantida no que respeita à difusão de informação ou de ideias que são recebidas favoravelmente ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também no que toca às que ofendem, resultam ingratas ou perturbam o Estado ou qualquer setor da população. 153. O anteriormente exposto, adverte o Tribunal Europeu, tem uma importância particular quando se aplica à imprensa. Não apenas implica que compete aos meios de comunicação a tarefa de transmitir informação e ideias relativas a assuntos de interesse público, mas também que o público tem o direito de recebê-las. 154. Ao avaliar uma suposta restrição ou limitação à liberdade de expressão, o Tribunal não deve se sujeitar unicamente ao estudo do ato em questão, mas deve igualmente examinar este ato à luz dos fatos do caso em sua totalidade, incluindo as circunstâncias e o contexto nos quais estes ocorreram. Levando isso em consideração, a Corte analisará se no contexto do presente caso houve uma violação ao direito à liberdade de expressão do senhor Ivcher Bronstein. 155. O Tribunal Europeu enfatizou que o artigo 10.2 da Convenção Europeia, referente à liberdade de expressão, deixa uma margem muito reduzida a qualquer restrição do debate político ou do debate sobre questões de interesse público. Segundo este Tribunal, [...] os limites de críticas aceitáveis são mais amplos com respeito ao governo do que em relação a um cidadão privado ou inclusive a um político.

Em um sistema democrático as ações ou omissões do governo devem estar sujeitas a exames rigorosos, não apenas por parte das autoridades legislativas e judiciais, mas também da opinião pública. [...]. 162. No contexto dos fatos indicados, esta Corte observa que a resolução que deixou sem efeito jurídico o título de nacionalidade do senhor Ivcher constituiu um meio indireto para restringir sua liberdade de expressão, assim como a dos jornalistas que trabalhavam e investigavam para o programa Contrapunto do Canal 2 da televisão peruana. 163. Ao separar o senhor Ivcher do controle do Canal 2, e excluir os jornalistas do programa Contrapunto, o Estado não apenas restringiu o direito destas pessoas de circular notícias, ideias e opiniões, mas afetou também o direito de todos os peruanos a receber informação, limitando assim sua liberdade para exercer opções políticas e desenvolver-se plenamente em uma sociedade democrática. [Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Peru. Mérito, reparações e custas. Sentença de 6-2-2001. Tradução livre.]

13.4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

- **Classificação etária indicativa em programas de rádio e televisão e liberdade de expressão**

1. A própria Constituição da República delineou as regras de sopesamento entre os valores da liberdade de expressão dos meios de comunicação e da proteção da criança e do adolescente. Apesar da garantia constitucional da liberdade de expressão, livre de censura ou licença, a própria Carta de 1988 conferiu à União, com exclusividade, no art. 21, inciso XVI, o desempenho da atividade material de “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”. A Constituição Federal estabeleceu mecanismo apto a oferecer aos telespectadores das diversões públicas e de programas de rádio e

televisão as indicações, as informações e as recomendações necessárias acerca do conteúdo veiculado. É o sistema de classificação indicativa esse ponto de equilíbrio ténue, e ao mesmo tempo tenso, adotado pela Carta da República para compatibilizar esses dois axiomas, velando pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão. 2. A classificação dos produtos audiovisuais busca esclarecer, informar, indicar aos pais a existência de conteúdo inadequado para as crianças e os adolescentes. O exercício da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação estatal prévia. A submissão ao Ministério da Justiça ocorre, exclusivamente, para que a União exerça sua competência administrativa prevista no inciso XVI do art. 21 da Constituição, qual seja, classificar, para efeito indicativo, as diversões públicas e os programas de rádio e televisão, o que não se confunde com autorização. Entretanto, essa atividade não pode ser confundida com um ato de licença, nem confere poder à União para determinar que a exibição da programação somente se dê nos horários determinados pelo Ministério da Justiça, de forma a caracterizar uma imposição, e não uma recomendação. Não há horário autorizado, mas horário recomendado. Esse caráter autorizativo, vinculativo e compulsório conferido pela norma questionada ao sistema de classificação, data venia, não se harmoniza com os arts. 5º, IX; 21, inciso XVI; e 220, § 3º, I, da Constituição da República. 3. Permanece o dever das emissoras de rádio e de televisão de exibir ao público o aviso de classificação etária, antes e no decorrer da veiculação do conteúdo, regra essa prevista no parágrafo único do art. 76 do ECA [Estatuto da Criança e do Adolescente], sendo seu descumprimento tipificado como infração administrativa pelo art. 254, ora questionado (não sendo essa parte objeto de impugnação). Essa, sim, é uma importante área de atuação do Estado. É importante que se faça, portanto, um apelo aos órgãos competentes para que reforcem a necessidade de exibição destacada da informação sobre a faixa etária especificada, no início e durante a exibição da programação, e em intervalos de tempo não muito distantes (a cada quinze minutos, por exemplo), inclusive, quanto às chamadas da programação, de forma que as crianças e os adolescentes não sejam estimulados a assistir progra-

mas inadequados para sua faixa etária. Deve o Estado, ainda, conferir maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas educativos acerca do sistema de classificação indicativa, divulgando, para toda a sociedade, a importância de se fazer uma escolha refletida acerca da programação ofertada ao público infanto-juvenil.

4. Sempre será possível a responsabilização judicial das emissoras de radiodifusão por abusos ou eventuais danos à integridade das crianças e dos adolescentes, levando-se em conta, inclusive, a recomendação do Ministério da Justiça quanto aos horários em que a referida programação se mostre inadequada. Afinal, a Constituição Federal também atribuiu à lei federal a competência para “estabelecer meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221” (art. 220, § 3º, II, CF/88). [STF. ADI 2.404, rel. min. Dias Toffoli, j. 31-8-2016, P, DJE de 1º-8-2017.]

70. É importante mencionar que o art. 13.4 da Convenção estabelece uma exceção à censura prévia, já que a permite no caso dos espetáculos públicos, mas unicamente com o fim de regular o acesso a eles, para a proteção moral da infância e da adolescência. Em todos os demais casos, qualquer medida preventiva implica o prejuízo à liberdade de pensamento e de expressão.

71. No presente caso, está provado que, no Chile, existe um sistema de censura prévia para a exibição e publicidade da produção cinematográfica e que o Conselho de Qualificação Cinematográfica proibiu, em princípio, a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” e, depois, ao requalificá-lo, permitiu sua exibição para maiores de 18 anos [...]. Posteriormente, a Corte de Apelações de Santiago tomou a decisão de deixar sem efeito a decisão do Conselho de Qualificação Cinematográfica em novembro de 1996, devido a um recurso de proteção interposto pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo, “em nome de [...] Jesus Cristo, da Igreja Católica, e por si mesmos”; decisão que foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça do Chile. Este Tribunal considera que a proibição da exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” constituiu, portanto, uma censura

prévia imposta em violação ao art.13 da Convenção. [Corte IDH. Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile. Mérito, reparações e custas. Sentença de 5-2-2001.]

13.5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

- **Liberdade de expressão e defesa de legalização de drogas**

“Marcha da maconha” – manifestação legítima, por Cidadãos da república, de duas liberdades individuais revestidas de Caráter fundamental: [...] A liberdade de expressão como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma república fundada em bases democráticas – O direito à livre manifestação do pensamento: núcleo de que irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias – Abolição penal (*abolitio criminis*) de determinadas condutas puníveis – Debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso – Discussão que deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis – O sentido de alteridade do direito à livre expressão e o respeito às ideias que conflitem com o pensamento e os valores dominantes no meio social – Caráter não absoluto de referida liberdade fundamental (CF, art. 5º, incisos IV, V e X; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13.5). [STF. ADPF 187, rel. min. Celso de Mello, j. 15-6-2011, P, DJE de 29-5-2014.]

Art. 13

- **A liberdade de manifestação do pensamento não se confunde com incitação à prática de delito**

Em 2011, em mais um precedente importante (ADPF 187/DF), o relator, Ministro Celso de Mello, defendeu que a liberdade de expressão consiste num dos “mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma República fundada em bases democráticas”, sendo o direito à livre manifestação do pensamento o “núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias”. Transcrevo trecho da ementa deste julgado: “Marcha da maconha – Manifestação legítima, por cidadãos da república, de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim) – [...] – O direito à livre manifestação do pensamento: núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias – Abolição penal (*abolitio criminis*) de determinadas condutas puníveis – Debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso – Discussão que deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis – O sentido de alteridade do direito à livre expressão e o respeito às ideias que conflitem com o pensamento e os valores dominantes no meio social – Caráter não absoluto de referida liberdade fundamental (CF, art. 5º, incisos IV, V e X; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13, § 5º) – A proteção constitucional à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias e propostas prevalentes no âmbito social, mas, sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais [...] Necessário respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil compreendida como espaço privilegiado que deve valorizar o conceito de livre mercado de ideias – o sentido da existência do free marketplace of ideas como elemento fundamental e inerente ao regime democrático (AC

2.695- MC/RS, rel. Min. Celso de Mello) – A importância do conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções divergentes – A livre circulação de ideias como signo identificador das sociedades abertas, cuja natureza não se revela compatível com a repressão ao dissenso e que estimula a construção de espaços de liberdade em obséquio ao sentido democrático que anima as instituições da república [...]. [STF. ADPF 548 MC-Ref, rel. min. Cármen Lúcia, voto do min. Ricardo Lewandowski, j. 31-10-2018, P, DJE de 6-10-2020.]

- **Tatuagem como incitação à violência e função pública**

17. A tatuagem que incite a prática de uma violência iminente pode impedir o desempenho de uma função pública quando ostentar a aptidão de provocar uma reação violenta imediata naquele que a visualiza, nos termos do que predica a doutrina norte-americana das “*fighting words*”, como, *v.g.*, “morte aos delinquentes”. 18. As teses objetivas fixadas em sede de repercussão geral são: (i) os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material, (ii) editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais. [STF. RE 898.450, rel. min. Luiz Fux, j. 17-8-2016, P, DJE de 31-5-2017, Tema 838.]

Art. 13

- **Discurso de ódio: homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**

I – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso,

circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”); II – A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; III – O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito [...]. [STF. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello, j. 13-6-2019, P, DJE de 6-10-2020.]

- **Ensino religioso em escolas públicas e liberdade de expressão**

1. A relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado. A

interpretação da Carta Magna brasileira, que, mantendo a nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos. 2. A interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto são premissas básicas para a interpretação do ensino religioso de matrícula facultativa previsto na Constituição Federal, pois a matéria alcança a própria liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões. 3. A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo. 4. A singularidade da previsão constitucional de ensino religioso, de matrícula facultativa, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), implica regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, autorizando à rede pública o oferecimento, em igualdade de condições (CF, art. 5º, *caput*), de ensino confessional das diversas crenças. 5. A Constituição Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos dogmas da fé, inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões. 6. O binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade religiosa está presente na medida em que o texto constitucional (a) expressamente garante a voluntariedade da matrícula para o ensino religioso, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; (b) implicitamente

impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina; bem como proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais.

7. Ação direta julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade dos artigos 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. [STF. ADI 4.439, rel. min. Roberto Barroso, j. 27-9-2017,P, DJE de 21-6-2018.]

• **Racismo é crime e não se confunde com liberdade de expressão**

Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescribibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e

o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamafobia” e o antissemitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime

nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrímén* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. “Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. [STF. HC 82.424, rel. min. Moreira Alves, red. do ac. min. Maurício Corrêa, j. 17-9-2003, P, DJE de 19-3-2004.]

ARTIGO 14. DIREITO DE RETIFICAÇÃO OU RESPOSTA

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

- **Condições para o exercício do direito de resposta**

27. O artigo 14.1 não indica se os afetados têm o direito de responder em espaço igual ou maior, quando a resposta deve ser publicada uma vez recebida, em que prazo o direito pode ser exercido, que terminologia é admissível, etc. De acordo com o artigo 14.1, essas condições serão aquelas “estabelecidas por lei”, uma frase que implica uma linguagem que, ao contrário da utilizada em outros artigos da Convenção (“será protegida por lei”, “de acordo com a lei”, “expressamente estabelecido por lei”, etc.), exige o estabelecimento das condições para o exercício do direito de retificação ou resposta por meio da “lei”, cujo conteúdo pode variar de um Estado para outro, dentro de certos limites razoáveis e no quadro dos conceitos afirmados pelo Tribunal. Este não é o momento de resolver aqui o que significa a palavra “lei” [...]. 28. O fato de que os Estados-Partes possam estabelecer as condições para o exercício do direito de retificação ou resposta não impede a exigibilidade no direito internacional das obrigações que tenham contraído nos termos do artigo 1.1, que estabelece o compromisso dos próprios Estados-Partes de “respeitar os direitos e liberdades” reconhecidos na Convenção e “garantir seu livre e pleno exercício a qualquer pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição”. Consequentemente, se por qualquer motivo, o direito de retificação ou resposta não puder ser exercido por “qualquer pessoa” sujeita à jurisdição de um Estado-Parte, isso constituiria uma violação da Convenção, passível de denúncia perante os órgãos de proteção por ela estabelecidos. [...] 32. A Corte já decidiu que o artigo 14.1 estabelece

Art. 14

o direito de retificação ou resposta e que a expressão “nas condições estabelecidas pela lei” se refere a diversas condições relacionadas ao exercício desse direito. Portanto, esta frase diz respeito à eficácia desse direito na ordem interna, mas não à sua criação, existência ou exigibilidade internacional. Assim sendo, vale a pena referir-se ao disposto no artigo 2º, pois trata do dever dos Estados-Partes de “adotar [...] as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para efetivar tais direitos e liberdades”. Se os artigos 14.1, 1.1 e 2 da Convenção forem lidos em conjunto, qualquer Estado-Parte que ainda não tenha garantido o livre e pleno exercício do direito de retificação ou resposta está obrigado a alcançar esse resultado, seja por meio de legislação ou de quaisquer outras medidas que possam ser necessárias de acordo com seu ordenamento jurídico interno para cumprir essa finalidade. Este critério permite concluir que o conceito de “lei”, conforme utilizado no nº 1 do artigo 14º, inclui todas as medidas destinadas a regular o exercício do direito de retificação ou de resposta. Mas se fosse para restringir o direito de retificação ou resposta ou qualquer outro, seria sempre necessária a existência de uma lei formal, que cumprisse todos os pontos indicados no artigo 30 da Convenção. **[Corte IDH. Opinião Consultiva OC-7/86. Opinião consultiva sobre a exigibilidade do direito de retificação ou resposta solicitada pela Costa Rica, proferida em 29-8-1986. Tradução livre.]**

7. [...] O direito de retificação ou retratação [...] está inserido em um contexto de diálogo e não se satisfaz mediante ação unilateral por parte do ofensor. Mesmo após a retratação ou a retificação espontânea pelo veículo de comunicação social, remanesce o direito do suposto ofendido de acionar o rito especial da Lei nº 13.188/15 para que exerça, em nome próprio, seu alegado direito de resposta, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 13.188/15, declarado constitucional. 8. Entendeu o legislador ordinário que, para o atendimento do critério da proporcionalidade, a resposta ou retificação deveria ter o mesmo destaque, publicidade, periodicidade e dimensão/duração da matéria que a ensejou. Ao assim dispor, a lei observa e detalha a orientação constitucional de proporcionalidade, pois delimita a medida paritária mediante a qual se considerará retornado adequadamente o agravo, razão pela qual é constitucional o art. 4º da Lei

nº 13.188/15. 9. O exercício do direito de resposta é regido pelo princípio da imediatidade (ou da atualidade da resposta). Portanto, a ação que reconhece esse direito encerra procedimento cuja efetividade depende diretamente da celeridade da prestação jurisdicional, o que justifica os prazos estipulados pelos arts. 5º, § 2º; 6º e 7º da Lei nº 13.188/15, os quais não importam em violação do devido processo legal. 10. A previsão do art. 5º, § 1º, da Lei nº 13.188/15 vai ao encontro da concretização do direito fundamental de resposta, pois, ao permitir que uma pessoa que se considera ofendida por uma matéria jornalística acione um veículo de comunicação social no foro de seu domicílio ou naquele em que o agravo tenha apresentado maior repercussão, viabiliza que o processo tramite justamente nos limites territoriais em que a alegada ofensa a direitos da personalidade se faz sentir com maior intensidade. [...] [...] o direito de resposta constitui-se em ampliação do pluralismo que deve imperar no espaço público e permite que, em contraposição a uma narrativa, seja apresentada uma contranarrativa, de maneira a permitir a retificação de fatos veiculados cujo conteúdo seja parcial ou totalmente inverídico. Afirmo, ainda, Senhor Presidente, que o direito de resposta não se confunde com retratação, que equivale a recuo, na prática, a uma verdadeira reparação levada a cabo por alguém que cometeu um agravo. Nestes autos, estamos diante de iniciativa do ofendido, ao qual se abre a possibilidade de oferecer uma corrigenda, ou seja, uma correção ao que foi indevidamente veiculado. Além do direito de resposta, que é previsão constitucional [...], esse direito encontra amparo na legislação internacional, no direito comparado. Trago à colação, dentre outros diplomas, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, que disciplina essa matéria [...] no art. 14 [...]. Trago, ademais, diretiva do Conselho Europeu que diz respeito à construção de uma televisão sem fronteiras, que também cuida desse aspecto. [STF. ADI 5.418, rel. min. Dias Toffoli, j. 11-3-2021, P, DJE de 25-5-2021.]

- **Direito de resposta, garantia do direito à personalidade e do direito à informação**

O direito de resposta/retificação traduz, como sabemos, expressiva limitação externa, impregnada de fundamento constitucional, que busca neutralizar as consequências danosas resultantes do exercício abusivo da liberdade de imprensa, pois tem por função precípua, de um lado, conter os excessos decorrentes da prática irregular da liberdade de comunicação jornalística (CF, art. 5º, IV e IX, e art. 220, § 1º) e, de outro, restaurar e preservar a verdade pertinente aos fatos reportados pelos meios de comunicação social. Vê-se, daí, que a proteção jurídica ao direito de resposta permite, nele, identificar uma dupla vocação constitucional, pois visa a preservar tanto os direitos da personalidade quanto assegurar, a todos, o exercício do direito à informação exata e precisa. (...) A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação do direito de resposta tem representado, em tema de proteção aos direitos de personalidade, um tópico sensível e delicado da agenda dos organismos internacionais em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (art. 14), aplicável ao sistema interamericano, que representa instrumento que reconhece, a qualquer pessoa que se considere ofendida por meio de informação veiculada pela imprensa, o direito de resposta e de retificação: (...). [STF. ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, voto do min. Celso de Mello, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11-2009.]

Art. 14

14.2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

- **Direito de resposta e princípio constitucional da proporcionalidade**

4. [...] a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis,

penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. 5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos. [STF. ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11-2009.]

- **Biografias não autorizadas, reparação de danos e o direito de resposta**

5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se

podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes). [STF. ADI 4.815, rel. min. Cármen Lúcia, j. 10-6-2015, P, DJE de 1º-2-2016.]

Art. 14

14.3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.

ARTIGO 15. DIREITO DE REUNIÃO

15. É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

• Direito de reunião e restrição excessiva

O exercício da liberdade de reunião é essencial para a criação de um ambiente democrático real que oportunize ao cidadão desempenhar adequadamente o seu papel de cointérprete da Constituição, propiciando a criação de agendas sociais que poderiam passar ao largo dos interesses político-partidários hegemônicos. A liberdade de reunião alcança o nível de visibilidade desejado e comunica a sua mensagem quando da realização de atos eventualmente inconvenientes para os não participantes do protesto, os quais, se razoáveis e não violentos, devem ser tolerados pelo Estado e pela sociedade. [...] Tudo isso indica que o engajamento cívico mediante a realização de reuniões públicas deve ser francamente incentivado pelos Poderes constituídos, de modo que restrições a esse direito precisam ocorrer em *ultima ratio*. [...] Sob esse prisma, não há como reconhecer proporcionalidade na proibição *tout court* do uso de amplificadores de sons; da instalação ou afixação de formas de comunicação audiovisual ou de publicidade; da colocação de mobiliários em geral, equipamentos de qualquer natureza, objetos ou de dispositivos delimitadores de trânsito; e da prática de qualquer ato que possa acarretar perturbação à execução da atividade laboral pelos servidores e pelas autoridades públicas, ao acesso ao serviço público pela população em geral, ao trânsito de veículos e de pessoas (ADI 5852, Voto LF, redator do acórdão). [STF. ADI 5.852, rel. min. Dias Toffoli, red. do ac. min. Luiz Fux, j. 2-9-2020, P, DJE de 26-11-2020.]

Art. 15

É importante enfatizar [...] que a liberdade de reunião traduz meio vocacionado ao exercício do direito à livre expressão de ideias, configurando, por isso mesmo, um precioso instrumento de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, nela incluído o insuprimível direito de protestar. Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos ou ditatoriais que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder. [STF. ADI 1.969, rel. min. Ricardo Lewandowski, voto do min. Celso de Mello, j. 28-6-2007, P, DJE de 8-8-2007.]

- **Debates de natureza política em ambiente acadêmico e censura**

Art. 15

Tenho para mim que o Supremo Tribunal Federal defronta-se, no caso, com um tema de magnitude inquestionável, que concerne ao exercício de duas das mais importantes liberdades públicas – a liberdade de expressão e a liberdade de reunião – que as declarações constitucionais de direitos e as convenções internacionais – como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (Artigos XIX e XX), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Arts. 13 e 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 19 e 21) – têm consagrado no curso de um longo processo de desenvolvimento e de afirmação histórica dos direitos fundamentais titularizados pela pessoa humana. [...] esta Suprema Corte sempre teve a nítida percepção de que há, entre as liberdades clássicas de reunião e de manifestação do pensamento, de um lado, e o direito de participação dos cidadãos na vida política do Estado, de outro, um claro vínculo relacional, de tal modo que passam eles a compor um núcleo complexo e indissociável de liberdades e de prerrogativas político-jurídicas, o que significa que o desrespeito ao direito de reunião, por parte do Estado e de seus agentes, traduz, na concreção desse gesto de arbítrio, inquestionável transgressão às demais liberdades cujo exercício possa supor, para realizar-se, a incolumidade

do direito de reunião, tal como sucede quando autoridades públicas impedem que os cidadãos manifestem, pacificamente, sem armas, em passeatas, marchas ou encontros realizados em espaços públicos, as suas ideias e a sua pessoal visão de mundo, para, desse modo, propor soluções, expressar o seu pensamento, exercer o direito de petição e, mediante atos de proselitismo, conquistar novos adeptos e seguidores para a causa que defendem. A Universidade, desse modo, desde que respeitado o direito de reunião, passa a ser o espaço, por excelência, do debate, da persuasão racional, do discurso argumentativo, da transmissão de ideias, da veiculação de opiniões, enfim, o local ocupado pelos alunos, pelos professores e pelo povo converte-se naquele espaço mágico em que as liberdades fluem e florescem sem indevidas restrições governamentais. [STF. ADPF 548, rel. min. Cármen Lúcia, voto do min. Celso de Mello, j. 15-5-2020, P, DJE de 9-6-2020.]

- **Perseguição estatal a servidores e professores membros de movimento antifascismo**

Art. 15

Irmãos das liberdades de expressão e de manifestação do pensamento, os direitos fundamentais relativos à liberdade de reunião e à liberdade de associação são, igualmente, alicerces das sociedades democráticas. Quaisquer exceções ou limitações eventualmente admitidas ao seu livre exercício devem, por esta razão, ser interpretadas restritivamente. A tradição jurídica ocidental repudia qualquer limitação ao exercício desses direitos que extravasem do que seja considerado estritamente necessário em uma sociedade democrática, consoante registram não apenas tratados internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro voluntariamente se submeteu, como inúmeros julgados proferidos por cortes constitucionais de países democráticos e tribunais internacionais de direitos humanos. [...] Em sentido idêntico, os artigos 15 e 16 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada pelo Decreto nº 678/1992 afirmam que o direito de reunião pacífica e sem armas e a liberdade de associação com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza somente admitem

restrições, ainda que previstas em lei, quando elas sejam “necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas”. [...] Não é dado ao Estado, pois, singularizar indivíduos ou grupos de indivíduos meramente por terem eles se associado tendo em vista afinidades de cunho ideológico, político ou de qualquer outra natureza, ou terem eles participado de reuniões pacíficas. [STF. **ADPF 722 MC**, rel. min. Cármen Lúcia, voto da min. Rosa Weber, j. 16-5-2022, P, DJE de 9-6-2022.]

ARTIGO 16. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

16.1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

- **Liberdade sindical**

155. O artigo 16.1 consagra o direito das pessoas a se associarem livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, culturais, esportivos ou de qualquer outra origem. O direito de associação se caracteriza por habilitar as pessoas a criar ou participar em entidades ou em organizações com o objeto de atuar coletivamente na consecução das mais diversas finalidades, sempre e quando sejam legítimas. A Corte estabeleceu que aqueles que estão sob a jurisdição dos Estados-Partes têm o direito de se associarem livremente com outras pessoas, sem intervenção das autoridades públicas que limitem ou obstaculizem o referido direito; trata-se do direito de reunião com a finalidade de buscar a realização comum de uma finalidade lícita, e a correlativa obrigação negativa do Estado de não pressionar ou intrometer-se de forma tal que possa alterar ou desnaturalizar a referida finalidade. O Tribunal observou que da liberdade de associação também se derivam obrigações positivas de prevenir os atentados contra a associação, de proteger aqueles que a exercem e de investigar as violações dessa liberdade; essas obrigações positivas devem ser adotadas mesmo na esfera das relações entre particulares, se o caso assim o exige. 156. Em matéria de trabalho, este Tribunal estabeleceu que a liberdade de associação protege a faculdade de constituir organizações sindicais e colocar em funcionamento a sua estrutura interna, atividades e programas de ação, sem intervenção das autoridades públicas que limite ou obstaculize o exercício do respectivo direito. Por outra parte, essa liberdade supõe que cada pessoa possa determinar sem coerção alguma se deseja ou não formar parte da associação. Adicionalmente, o Estado tem o dever

Art. 16

de garantir que as pessoas possam exercer livremente a sua liberdade sindical, sem temor a serem vítimas de qualquer violência, pois, caso contrário, poderia diminuir a capacidade dos grupos de se organizar para a proteção dos seus interesses. [...] a liberdade de associação em matéria de trabalho “não se esgota com o reconhecimento teórico do direito a formar [grupos], ele compreende também, inseparavelmente, o direito adequado a exercer essa liberdade”. [Corte IDH. **Caso Lagos del Campo vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2017. Tradução livre.]

69. O art. 16.1 da Convenção inclui o “direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza”. Esta linguagem estabelece que aqueles que estão sob a proteção da Convenção têm o direito e a liberdade de associar-se livremente com os outros sem intervenção das autoridades públicas, que restrinjam ou impeçam o exercício desse direito, representando, por isso, um direito de cada indivíduo. Além disso, eles gozam do direito e da liberdade de buscar a realização comum de um propósito legal, sem pressão ou interferência que possa alterar ou desnaturalizar seu propósito. Portanto, a execução de um líder sindical, num contexto como o do presente caso, não restringe apenas a liberdade de associação de um indivíduo, mas também o direito e a liberdade de um determinado grupo de associar-se livremente, sem medo ou temor. Daí resulta que o direito protegido pelo art. 16 tem um alcance e um caráter especial. As duas dimensões da liberdade de associação são assim manifestadas. [Corte IDH. **Caso Huilca Tecse vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 3-3-2005. Tradução livre.]

16.2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

16.3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.

ARTIGO 17. PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

17.1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

- **Necessidade de proteção da família**

104. O artigo 17 da Convenção Americana reconhece que a família é o elemento fundamental da sociedade e que deve ser protegida. A família a que toda menina e menino tem direito é, principalmente, sua família biológica, incluindo os parentes mais próximos, que devem oferecer proteção à menina e ao menino e, por sua vez, devem ser o objeto principal das medidas protetivas do Estado. A Corte já indicou que este direito implica não só ordenar e executar diretamente medidas de proteção para as meninas e meninos, mas também favorecer, da forma mais ampla possível, o desenvolvimento e fortalecimento do núcleo familiar, uma vez que o gozo mútuo da convivência entre os pais e filhos é um elemento fundamental na vida familiar. A Corte já estabeleceu em sua jurisprudência que a separação das crianças de suas famílias constitui, sob certas condições, uma violação do direito em questão. [[Corte IDH. Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 14-10-2014. Tradução livre.](#)]

- **Dever de proteção da família e proibição contra ingerências arbitrárias e ilegais**

161. A Convenção Americana possui dois artigos que protegem diretamente a vida familiar de forma complementar. Esta Corte considerou que devem ser analisadas as possíveis violações a este bem jurídico protegido, não só como possível ingerência arbitrária na vida privada e familiar, conforme o artigo 11.2 da Convenção Americana, mas também pelo impacto que pode ter no núcleo familiar, à luz do

artigo 17.1 do mesmo corpo jurídico. 162. No presente caso, o processo de declaração de abandono implicou, desde o seu início, a separação da família Ramírez. A Corte já indicou que o direito à proteção da família, reconhecido no artigo 17 da Convenção Americana, implica, entre outras obrigações, favorecer, da maneira mais ampla possível, o desenvolvimento e fortalecimento do núcleo familiar. Da mesma forma, em virtude do artigo 11.2 da Convenção, toda pessoa tem direito a receber proteção contra interferências arbitrárias ou abusivas em sua família, especialmente meninas e meninos, pois a família tem um papel essencial em seu desenvolvimento. Neste sentido, o gozo mútuo da convivência entre pais e filhos constitui um elemento fundamental da vida familiar. 163. A família a que têm direito todos os meninos e meninas é, sobretudo, a sua família biológica, que inclui os seus familiares mais próximos. Esta família deve oferecer proteção à criança e, por sua vez, deve ser o objeto principal das medidas de proteção do Estado. Este Tribunal recorda que não existe uma definição única de família, pelo que não deve limitar-se à noção tradicional de um casal e seus filhos, uma vez que outros parentes, como tios, primos ou primos, também podem ser titulares do direito de vida familiar e avós, para listar apenas alguns possíveis membros da família alargada, desde que tenham laços pessoais estreitos. **[Corte IDH. Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 9-3-2018. Tradução livre.]**

Art. 17

156. O artigo 17 da Convenção Americana reconhece que a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. A proteção da família e dos seus membros está também garantida no artigo 11.2 da Convenção, que consagra a proibição de interferências arbitrárias ou abusivas na família, bem como no artigo 19, que determina a proteção dos direitos da criança por parte da família, da sociedade e do Estado. 157. Dada a importância do direito à proteção da família, a Corte estabeleceu que o Estado tem a obrigação de promover o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar e que a separação dos filhos de sua família constitui, em certas condições, uma violação do seu direito à família. Assim, “[a] criança tem o direito de viver com sua família, chamada a satisfazer suas necessidades materiais,

afetivas e psíquicas. O direito de toda pessoa a receber proteção contra interferência arbitrária ou ilegal em sua família é parte implícita do direito à proteção da família e da criança. 158. A esse respeito, na Opinião Consultiva nº 17 sobre a Condição Jurídica e os Direitos Humanos das Crianças, a Corte reconheceu que o gozo mútuo da convivência entre pais e filhos constitui um elemento fundamental da vida familiar, e observou que a Corte Européia estabeleceu que o artigo 8 da Convenção Européia de Direitos Humanos não só tem o objetivo de preservar o indivíduo contra a interferência arbitrária das autoridades públicas, mas também que este artigo implica obrigações positivas por parte do Estado em favor do respeito efetivo à vida familiar. [Corte IDH. **Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-5-2010. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso López e outros vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2019; Corte IDH. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24-2-2012; Corte IDH. **Caso do Massacre dos Erres vs. Guatemala**. Sentença de 24-11-2009.

Vida familiar e custódia de crianças

109. A Corte também constata que a determinação do interesse superior da criança, em casos de cuidado e guarda de menores de idade, deve se basear na avaliação dos comportamentos parentais específicos e seu impacto negativo no bem-estar e no desenvolvimento da criança, conforme o caso, nos danos ou riscos reais e provados, e não especulativos ou imaginários. Portanto, não podem ser admissíveis as especulações, presunções, estereótipos ou considerações generalizadas sobre características pessoais dos pais ou preferências culturais a respeito de certos conceitos tradicionais da família. [Corte IDH. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24-2-2012.]

164. Nos casos que envolvem a guarda de meninas e meninos, este Tribunal indicou que, na ausência de um dos pais, as autoridades judiciais têm a obrigação de procurar o pai ou a mãe ou outros parentes biológicos. Além disso, estabeleceu-se que o termo “parentes” deve ser

entendido em sentido amplo, abrangendo todas as pessoas ligadas por parentesco próximo. Nesse sentido, a perita Magdalena Palau Fernández assinalou que “se alguém da família não puder prestar cuidados, deve também buscar no meio afetivo [da criança], ou seja, parentes não consanguíneos com os quais a criança tem um vínculo afetivo”. Somente no caso de “todas essas alternativas anteriores terem sido consideradas, suficientemente investigadas e descartadas é que então um cuidado alternativo deve ser considerado por pessoas desconhecidas ou estranhas à criança”. 165. Uma das mais graves ingerências do Estado na família é aquela que resulta na sua separação ou divisão. As separações judiciais da criança da sua família biológica só procedem se forem devidamente justificadas no interesse superior da criança, forem excepcionais e, sempre que possível, temporárias. [Corte IDH. **Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 9-3-2018. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Fornerón e filha vs. Argentina**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 27-4-2012.

- **Separação familiar por questões migratórias**

356. Em consideração aos pontos assinalados e às obrigações associadas com o direito às garantias judiciais, a Corte considerou que um processo que possa resultar na expulsão de um estrangeiro, deve ser individual, de modo a avaliar as circunstâncias pessoais de cada sujeito e cumprir com a proibição de expulsões coletivas. No entanto, tal procedimento não deve ser discriminatório por motivo de nacionalidade, cor, raça, sexo, língua, religião, opinião política, origem social ou outros status. A pessoa submetida ao processo de expulsão deve poder contar com as seguintes garantias mínimas: a) ser informada expressa e formalmente das acusações contra ela e os motivos da expulsão ou deportação. Essa notificação deve incluir informações sobre seus direitos, tais como: i) a possibilidade de expor suas razões e se opor às acusações contra ela, e ii) a possibilidade de solicitar e receber assistência consular, assistência legal e, se for o caso, tradução ou interpretação; b) em caso de decisão desfavorável, deve ter direito a submeter seu caso à revisão

perante a autoridade competente e apresentar-se perante ela para tal fim, e c) ser formal e irrefutavelmente notificada da eventual decisão de expulsão, que deve estar devidamente motivada conforme a lei. 357. A Corte reitera que, nos processos de expulsão envolvendo crianças, o Estado deve observar, ademais, as garantias apontadas anteriormente, outras cujo o objetivo seja a proteção do interesse maior da criança, entendendo que tal interesse se relaciona diretamente com seu direito à proteção da família e, em particular, ao gozo da vida em família, mantendo, ao máximo possível, a unidade familiar. Neste sentido, qualquer decisão de órgão judicial ou administrativo que deva decidir sobre a separação familiar, em razão da condição migratória de um ou ambos os progenitores, deve contemplar as circunstâncias particulares do caso concreto, garantindo assim uma decisão individual, deve perseguir um fim legítimo, de acordo com a Convenção, ser idônea, necessária e proporcional. Na consecução desse fim, o Estado deverá analisar as circunstâncias particulares de cada caso, isto é: a) a história migratória, o período de estadia e a extensão dos laços do progenitor e/ou de sua família com o país receptor; b) a consideração sobre a nacionalidade, guarda e residência dos filhos da pessoa que se pretende deportar; c) o alcance da afetação que gera a ruptura familiar devido a expulsão, incluindo as pessoas com quem vive a criança, assim como o período em que a criança permaneceu nesta unidade familiar, e d) o alcance da perturbação na vida diária da criança ao mudar sua situação familiar, por uma medida de expulsão de uma pessoa responsável pela criança. Esta análise deve ponderar estritamente tais circunstâncias, à luz do interesse maior da criança, em relação ao interesse público imperativo que se busca proteger. [...] 414. Quanto às obrigações relacionadas com a proteção da família, a Corte já destacou que este direito implica não somente em dispor e executar diretamente medidas de proteção das crianças, como também favorecer, de maneira mais ampla, o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar, uma vez que o disfrute mútuo da convivência entre pais e filhos constitui um elemento fundamental na vida da família. Somando ao anterior, foi indicado que a separação das crianças de sua família constitui, sob determinadas condições, uma violação do direito em questão. Isto porque “a criança tem o direito

de viver com sua família, responsável por satisfazer suas necessidades materiais, afetivas e psicológicas”. [...] 416. Quanto à possível separação familiar por razões migratórias, a Corte lembra que os Estados tem a faculdade de elaborar e executar suas próprias políticas de imigração, incluindo o controle de entrada, residência e expulsão de estrangeiros. No entanto, quando um Estado adota uma decisão que envolva alguma limitação ao exercício de qualquer direito de uma criança, deve levar em consideração seu interesse maior e cumprir rigorosamente as disposições que regem esta matéria. A este respeito, cabe ressaltar que uma medida de expulsão ou deportação pode ter efeitos prejudiciais sobre a vida, o bem-estar e o desenvolvimento da criança, assim, seu interesse maior deve ser uma consideração primordial. Deste modo, “qualquer decisão relativa à separação da criança de sua família deve estar justificada pelo interesse da criança”. Especificamente, a Corte tem mantido que “a criança deve permanecer em seu núcleo familiar, a menos que existam razões determinantes, em função de seu interesse maior, para optar pela separação de sua família”. Por conseguinte, as separações legais da criança de sua família somente podem ocorrer se estiverem devidamente justificadas no interesse maior da criança, se forem excepcionais e, no possível, temporais. [Corte IDH. **Caso Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-5-2010.**]

Art. 17

- **Transferência de detentos para estabelecimentos prisionais distantes da residência de seus familiares**

158. Assim, diante da falta de uma análise concreta e objetiva da situação das penitenciárias da província de Neuquén, bem como da falta de uma análise detalhada e específica da situação pessoal e familiar dos senhores Muñoz, López, González e Blanco no momento de sua transferência para centros de detenção localizados entre 800 e 2.000 km de distância e durante o controle judicial, a Corte conclui que essas transferências carecem de idoneidade, necessidade e proporcionalidade. Sem prejuízo do anterior, a Corte observa que Néstor López, Miguel González, José Muñoz Zabala e Hugo Blanco foram transferidos várias

vezes entre centros de detenção federais, sem que constasse dos autos, em geral, justificativa para tal e sem considerar os efeitos de ditas transferências sobre seus familiares, a readaptação dos condenados e o acesso aos seus advogados de defesa e ao Juízo de Execução da Pena responsável. Por fim, não havendo controle judicial anterior a cada transferência, e sendo o controle posterior insuficiente para sanar as infrações alegadas pelos condenados, conclui-se que houve uso arbitrário do poder de transferência pela autoridade penitenciária federal avalizado pelos juízes. 159. Com base em todo o exposto, a Corte conclui que, ao transferir os senhores Néstor López, Hugo Blanco, Miguel González e José Muñoz para penitenciárias distantes na província de Neuquén sem uma avaliação prévia ou posterior dos efeitos em sua vida privada e circunstâncias familiares, o Estado descumpriu a obrigação de adotar ações para proteger as pessoas contra ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada e familiar, bem como a obrigação de promover o respeito efetivo à vida familiar. Além disso, as transferências contínuas afetaram o bem-estar físico e psicológico das pessoas privadas de liberdade [...], com efeitos sobre seus familiares, e impediram o contato com seus advogados de defesa [...]. Da mesma forma, no presente caso, a separação dos senhores López e Blanco de suas famílias foi particularmente grave, uma vez que tal separação afetou os direitos de seus filhos menores naquele momento [...]. [...] 246. A Corte conclui que ao adotar a decisão administrativa ou judicial que estabeleça o local de cumprimento da pena ou a transferência da pessoa privada de liberdade, deve-se levar em consideração, entre outros fatores, que: i) a pena deve ter como principal objetivo a reabilitação ou reintegração do recluso; ii) o contato com a família e com o mundo exterior é fundamental na reinserção social das pessoas privadas de liberdade. O anterior inclui o direito de receber visitas de familiares e representantes legais; iii) a restrição de visitas pode afetar a integridade da pessoa privada de liberdade e de seus familiares; iv) a separação injustificada de pessoas privadas de liberdade de suas famílias implica uma afetação do artigo 17.1 da Convenção e possivelmente também do artigo 11.2; v) caso a transferência não tenha sido solicitada pela pessoa privada de liberdade, esta deverá, na medida do possível, consultá-la sobre cada transferência

de uma prisão para outra e estabelecer a possibilidade de controle judicial antes da transferência no caso oposição. [Corte IDH. **Caso López e outros vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2019. Tradução livre.]

17.2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção.

- **Direitos reprodutivos da mulher e a necessidade de informação e consentimento válido para a realização de procedimento de esterilização**

187. Os estereótipos de gênero referem-se a uma pré-concepção de atributos, comportamentos ou características possuídas ou papéis que são ou deveriam ser desempenhados por homens e mulheres, respectivamente. No setor da saúde, os estereótipos de gênero podem resultar em distinções, exclusões ou restrições que prejudicam ou anulam o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos e, especificamente, dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres com base em sua condição. Em particular, a Corte observa que os estereótipos de gênero negativos ou prejudiciais podem impactar e afetar o acesso das mulheres à informação sobre saúde sexual e reprodutiva, bem como o processo e a forma como o consentimento é obtido. Uma mulher que desconhece seus direitos sexuais e reprodutivos pode estar propensa a adotar uma atitude menos assertiva em relação aos seus direitos. Isso pode levar a uma maior confiança no julgamento do seu médico ou a uma postura paternalista dos profissionais de saúde em relação ao paciente. Ambas as condições podem abrir as portas para uma situação de exercício de poder em que os profissionais de saúde tomam decisões sem levar em conta a autonomia e a vontade de seu paciente. A Corte

torna visíveis alguns estereótipos de gênero frequentemente aplicados às mulheres no setor da saúde, que geram graves efeitos sobre a autonomia das mulheres e seu poder de decisão: i) as mulheres são identificadas como seres vulneráveis e incapazes de tomar decisões confiáveis ou consistentes, o que leva os profissionais de saúde a negarem as informações necessárias para que a mulher dê seu consentimento informado; ii) as mulheres são consideradas seres impulsivos e inconstantes, razão pela qual requerem a direção de uma pessoa mais estável e com melhor julgamento, geralmente um homem protetor, e iii) as mulheres devem arcar com a responsabilidade pela saúde sexual do casal, de forma que é a mulher que dentro de um relacionamento tem a tarefa de escolher e usar um método contraceptivo. É por isso que, no presente caso, a Corte prestará particular atenção a este aspecto, a fim de reconhecer e rejeitar os estereótipos que causam o comprometimento dos direitos estabelecidos na Convenção. 188. Da mesma forma, a Corte considera que é fundamental evitar que o pessoal médico induza a paciente ao consentimento como consequência da falta de compreensão da informação prestada, e que se abstenha de agir sem consentimento, especialmente nos casos em que a mulher tenha escassos recursos econômicos e/ou baixos níveis de escolaridade, sob o pretexto de que a medida é necessária como meio de controle populacional e de natalidade. Esta última pode, por sua vez, levar a uma situação em que a tomada de decisão é induzida em favor da esterilização da mulher e não do homem, com base no estereótipo de que a mulher é quem detém o papel primordial da esterilização e deve ser responsável pela contracepção [...]. [...] 191. No entanto, conforme estabelecido anteriormente, a obtenção do consentimento deve decorrer de um processo de comunicação, por meio do qual profissional qualificado apresente informações claras e sem termos técnicos, imparciais, exata, verídica, oportuna, completa, adequada, confiável e informal, ou seja, informação que forneça os elementos necessários para a adoção de uma decisão informada. O pessoal de saúde não deve agir de forma coercitiva ou indutiva para obter aceitação do ato médico, com base no entendimento de que a opinião médica prevalece sobre a autonomia e vontade do paciente. Os profissionais de saúde são agentes fundamentais para garantir que

informações adequadas sejam fornecidas, por isso a forma como as informações são apresentadas é muito importante, pois tanto os profissionais de saúde quanto o próprio paciente podem ter concepções preconcebidas sobre o tratamento, somado ao fato de que muitas vezes existem problemas de comunicação de ideias entre seres humanos.¹⁹² Nesse sentido, para que a informação seja totalmente compreendida, o profissional de saúde deve levar em consideração as particularidades e necessidades do paciente, como sua cultura, religião, estilos de vida, bem como seu nível de escolaridade. Isso faz parte do dever de fornecer cuidados de saúde culturalmente aceitáveis. A Corte destaca que, desde a Declaração de Helsinki, foi estabelecida a necessidade de “prestar especial atenção às necessidades específicas de informação de cada potencial participante, bem como aos métodos utilizados para entregar a informação”. Da mesma forma, a Declaração de Lisboa afirma que a informação deve ser entregue “de forma adequada à cultura local e de forma que o paciente possa compreendê-la”. Nesse sentido, a orientação das informações não visa apenas o que o médico considera razoável e necessário compartilhar, mas também deve focar no que é importante para o paciente. Em outras palavras, a informação fornecida deve ter um elemento objetivo e subjetivo. Levar em consideração as particularidades da pessoa é especialmente importante quando os pacientes pertencem a grupos em situação de vulnerabilidade ou com necessidades específicas de proteção devido a fontes de exclusão, marginalização ou discriminação, relevantes para a compreensão da informação. Por sua vez, a Corte considera que, para que a informação seja totalmente compreendida e uma decisão informada seja tomada, deve ser garantido um prazo razoável de reflexão, que pode variar de acordo com as condições de cada caso e as circunstâncias de cada pessoa. Isso constitui uma garantia particularmente eficaz para evitar esterilizações não consensuais ou involuntárias. ¹⁹³ A Corte entende que o indicado no parágrafo anterior é relevante nos processos de obtenção do consentimento informado para esterilizações femininas, devido à discriminação e estereótipos negativos ou nocivos que enfrentam as mulheres no âmbito da atenção à saúde [...]. Acresce que, nestes casos, a obrigação de informação constitui um dever reforçado, pela própria natureza do

ato. As considerações especiais inerentes ao consentimento informado sobre a esterilização que devem ser levadas em consideração pelo pessoal de saúde e as informações necessárias que esse pessoal deve fornecer para que o paciente possa tomar uma decisão informada, devem incluir, além do que já foi estabelecido, que a esterilização é um método permanente e, como a paciente pode se arrepender mais tarde de sua infertilidade, aconselhe métodos contraceptivos alternativos menos intrusivos, incluindo métodos contraceptivos masculinos, pois pode ser uma alternativa apropriada. Da mesma forma, é conveniente considerar e informar que a esterilização, sendo uma intervenção cirúrgica, pode gerar riscos ou possíveis efeitos colaterais e que existe uma taxa mensurável de falhas como qualquer método de esterilização, mas que, por sua vez, essa decisão cabe exclusivamente à mulher, embora possa ser discutida com o casal [...]. Da mesma forma, é necessário abordar o fato de que, embora a esterilização seja clinicamente conveniente, não é um método de urgência ou emergência [...]. 194. A Corte considera que, em geral, as considerações especiais inerentes ao consentimento informado para esterilizações e os aspectos necessários que o profissional de saúde deve abordar para que a mulher tome uma decisão prévia, livre, plena e informada são consistentes com os critérios estabelecidos pela OMS desde 1993 e a FIGO desde 1989. A FIGO e a Declaração Interinstitucional da ONU também deram grande importância à obrigação de não censurar intencionalmente, reter ou interpretar mal informações sobre a esterilização e métodos alternativos de contracepção para obter consentimento e, portanto, colocando saúde e direitos humanos básicos em risco. 195. Por outro lado, embora não haja consenso no âmbito internacional ou derivado das normas internas dos Estados sobre se o consentimento deve ser concedido verbalmente ou por escrito, a Corte considera que a prova de sua existência deve ser documentada ou registrada formalmente em algum instrumento. Isso, claro, vai depender de cada caso e situação. No entanto, a Corte considera relevante destacar que, de acordo com o direito comparado, todos os Estados que regulamentaram a esterilização cirúrgica feminina em sua legislação interna no ano 2000, bem como os Estados que exigiam o consentimento informado por escrito, o exigiam principalmente para fins médicos que,

por sua gravidade ou caráter intrusivo, merecessem maior segurança e formalidade no processo de obtenção do consentimento [...]. 196. Não obstante o anterior, a Corte concorda com a opinião da Comissão, no sentido de que nos casos de esterilização feminina, pela relevância e implicações da decisão e para fins de maior segurança jurídica, o consentimento deve ser dado por escrito, na medida do possível. Quanto maiores forem as consequências da decisão a adotar, mais rigorosos devem ser os controles para garantir que o consentimento válido é efetivamente prestado. [Corte IDH. **Caso I.V. vs. Bolívia. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30-11-2016. Tradução livre.**]

17.3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.

17.4. Os Estados-Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

17.5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

Art. 17

ARTIGO 18. DIREITO AO NOME

18. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

• **Direito ao nome**

181. No que se refere à suposta violação ao direito ao nome, estabelecido no artigo 18 da Convenção Americana, é necessário indicar que, por mais que a Comissão Interamericana não a tenha alegado, a Corte estabeleceu que as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes, podem invocar direitos distintos dos incluídos na demanda da Comissão, sobre a base dos fatos apresentados por esta. 182. Agora, o direito ao nome, consagrado no artigo 18 da Convenção Americana, constitui um elemento básico e indispensável da identidade de cada pessoa, sem o qual não pode ser reconhecida pela sociedade nem registrada perante o Estado. Este direito também se estabelece em diversos instrumentos internacionais. 183. Os Estados, no âmbito do artigo 18 da Convenção, têm a obrigação não apenas de proteger o direito ao nome, mas também de oferecer as medidas necessárias para facilitar o registro da pessoa, imediatamente após seu nascimento. 184. Igualmente, os Estados devem garantir que a pessoa seja registrada com o nome escolhido por ela ou por seus pais, segundo seja o momento do registro, sem nenhum tipo de restrição ao direito nem interferência na decisão de escolher o nome. Uma vez registrada a pessoa, deve-se garantir a possibilidade de preservar e reestabelecer seu nome e seu sobrenome. O nome e os sobrenomes são essenciais para estabelecer formalmente o vínculo existente entre os diferentes membros da família com a sociedade e com o Estado, o que não foi garantido às crianças Yean e Bosico pela República Dominicana. [[Corte IDH. Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 8-9-2005.](#)]

• Reconhecimento ao direito à identidade

122. Assim, a referida situação afetou o que se denomina direito à identidade, o qual, embora não esteja expressamente contemplado na Convenção, nas circunstâncias do presente caso é possível determiná-lo com base no disposto no artigo 8 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que estabelece que esse direito inclui, entre outros, o direito à nacionalidade, ao nome e às relações familiares. Da mesma forma, o direito à identidade pode ser conceituado, em geral, como o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa na sociedade e, nesse sentido, inclui vários outros direitos dependendo do sujeito de direitos em questão e das circunstâncias do caso. 123. A esse respeito, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (doravante denominada “OEA”) declarou “que o reconhecimento da identidade das pessoas é um dos meios pelos quais o exercício dos direitos à personalidade jurídica, nome, nacionalidade, inscrição no registro civil, relações familiares, entre outros direitos reconhecidos em instrumentos internacionais como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana”. Também estabeleceu que “a falta de reconhecimento da identidade pode implicar a falta de prova legal da pessoa quanto à sua existência, dificultando o pleno exercício de seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”. Nesse mesmo sentido, a Comissão Jurídica Interamericana afirmou que “o direito à identidade é inerente aos atributos e à dignidade humana” e que, por conseguinte, “é um direito humano fundamental oponível *erga omnes* como expressão de um interesse coletivo da [c]omunidade [i]nternacional como um todo[,] que não admite derrogação ou suspensão nos casos previstos na Convenção Americana”. [Corte IDH. **Caso Gelman vs. Uruguai. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24-2-2011. Tradução livre.**]

112. Isto posto, o Tribunal reconheceu que o direito à identidade não se encontra expressamente contemplado na Convenção Americana. Não obstante, o artigo 29.c desse instrumento estabelece que “[n]enhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de [...] excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano

ou que decorrem da forma democrática representativa de governo”. A esse respeito, a Corte utilizou as “Normas de Interpretação” deste artigo para precisar o conteúdo de certas disposições da Convenção, motivo pelo qual a Convenção sobre os Direitos da Criança, indubitavelmente uma fonte de referência importante de acordo com o artigo 29.c da Convenção Americana e ao corpus juris do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esse instrumento internacional reconheceu o direito à identidade de maneira expressa. No artigo 8.1 salienta que “[o]s Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares em conformidade com a lei, sem ingerências ilícitas”. Da regulamentação da norma constante da Convenção sobre os Direitos da Criança se infere que a identidade é um direito que compreende vários elementos, sendo composto, entre outros, pela nacionalidade, pelo nome e pelas relações familiares, incluídos no referido artigo a título descritivo, mas não limitativo. Do mesmo modo, a Comissão Jurídica Interamericana ressaltou que o “direito à identidade é consubstancial aos atributos e à dignidade humana” e é um direito com caráter autônomo, que possui “um núcleo central de elementos claramente identificáveis que incluem o direito ao nome, o direito à nacionalidade e o direito às relações familiares”. Com efeito, trata-se de “um direito humano fundamental, oponível *erga omnes*, como expressão de um interesse coletivo da [c]omunidade [i]nternacional em seu [c]onjunto[,] que não admite revogação nem suspensão nos casos previstos pela Convenção Americana”. Em consequência, nas circunstâncias do presente caso e em atenção ao contexto dos termos da Convenção Americana, interpretados à luz do artigo 31 da Convenção de Viena, o Tribunal estima que o conjunto das violações dos direitos estabelecidos na Convenção Americana que foram analisados constitui dano ao direito à identidade, o qual é inerente ao ser humano e se encontra disposto expressamente na Convenção sobre os Direitos da Criança. 113. A esse respeito, esta Corte estabeleceu anteriormente que “o direito à identidade pode ser conceituado, em geral, como o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa em sociedade e, nesse sentido, compreende vários outros direitos segundo o sujeito de direitos em

questão e as circunstâncias do caso”. Desse modo, a identidade pessoal está intimamente ligada à pessoa em sua individualidade específica e vida privada, ambas sustentadas em uma experiência histórica e biológica bem como na forma pela qual se relaciona esse indivíduo com os demais, mediante o desenvolvimento de vínculos no plano familiar e social. Também é importante ressaltar que, embora a identidade implique uma importância especial durante a infância, pois é essencial para o desenvolvimento da pessoa, o certo é que o direito à identidade não é um direito exclusivo das crianças, pois se encontra em constante construção, e o interesse das pessoas em conservar a identidade e preservá-la não diminui com o passar dos anos. Além disso, o direito à identidade pode ver-se afetado por um sem número de situações ou contextos que podem ocorrer desde a infância até a idade adulta. [Corte IDH. **Caso Contreras e outros vs. El Salvador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2011.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-8-2014; Corte IDH. **Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 14-10-2014.

Art. 18

- **Alteração de nome de pessoa transgênero no registro civil**

i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação da vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; ii) Essa alteração deve ser averbada à margem no assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo ‘transsexual’; iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração

dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos. [STF. Tese com RG. RE 670.422, rel. min. Dias Toffoli, j. 15-8-2018, P, DJE de 10-3-2020, Tema 761.]

Embora a questão versada na presente ação direta seja muito próxima da que se discute no RE 670.422, Rel. Ministro Dias Toffoli, posteriormente ao voto que proferi na sessão de 22.11.2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24.11.2017, fez publicar a Opinião Consultiva 24/17 sobre “Identidade de Gênero e Igualdade e Não Discriminação a Casais dos Mesmo Sexo” em que definiu as obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e os direitos derivadas de um vínculos entre casais do mesmo sexo. Assim, para além da interpretação constitucionalmente adequada do art. 58 da Lei 6.015/73, deve-se compatibilizar sua interpretação ao disposto no Pacto de São José da Costa Rica. [...] Quando se lê a cláusula de igualdade entre homens e mulheres prevista na Constituição da República, não se pode descurar das mais variadas obrigações a que o Brasil se vinculou na esfera internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos. Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que prescrevem, em seus artigos 2º, 1, e 26, a proibição de qualquer forma de discriminação e garantia a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor e sexo, dentre outros. No mesmo sentido, o artigo 1 do Pacto de São José da Costa Rica, afasta qualquer tipo de discriminação seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. [...] Se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada. Esses direitos têm a seguinte previsão no Pacto de São José da Costa Rica: “Artigo 18. Direito ao nome. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes

fictícios, se for necessário. (...) Artigo 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. (...) Artigo 7. Direito à liberdade pessoal 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. (...) Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.” As obrigações dirigidas aos Estados consistem, portanto, em assegurar tais direitos sem discriminação aos transgêneros. [...] Dito isto, figura-me inviável e completamente atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, condicionar o exercício do legítimo direito à identidade à realização de um procedimento cirúrgico ou de qualquer outro meio de se atestar a identidade de uma pessoa. Evidencia-se, assim, com olhar solidário e empático sobre o outro, que inadmitir a alteração do gênero no assento de registro civil é atitude absolutamente violadora de sua dignidade e de sua liberdade de ser, na medida em que não reconhece sua identidade sexual, negando-lhe o pleno exercício de sua afirmação pública. É nessa direção que aponta a Corte Interamericana. Conforme consta de sua opinião consultiva, já referida nesta manifestação, os Estados têm a possibilidade de estabelecer e decidir sobre o procedimento mais adequado de conformidade com as características próprias de cada contexto e de seu direito interno, os trâmites e procedimentos para a mudança de nome, adequação de imagem e retificação da referência ao sexo ou ao gênero, em todos os registros e em todos os documento de identidade para que estejam conformes à identidade de gênero autopercebidas, independentemente de sua natureza jurisdicional ou materialmente administrativa, desde que cumpram com os seguintes requisitos: “a) devem estar dirigidos à adequação integral da identidade de gênero auto-percebida; b) devem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que se exijam requisitos como certificações médicas ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes; c) devem ser confidenciais e os documentos não podem fazer remissão às eventuais alterações; d) devem ser expeditos, e na medida do possível,

devem tender à gratuidade; e e) não devem exigir a realização de operações cirúrgicas ou hormonais” (par. 160). Tais obrigações se justificam na medida em que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Ademais, se ao Estado cabe apenas o reconhecimento, é-lhe vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico que exijam do indivíduo a assunção de um papel de vítima de determinada condição. Noutras palavras, a alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero. A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental. [...] De fato, se a livre expressão da identidade de gênero desonera a pessoa de provar quem é, a via para a adequação de sua identidade nos assentos públicos pode ser administrativa ou judicial, não sendo esta imperativa. [STF. ADI 4.275, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Edson Fachin, j. 1º-3-2018, P, DJE de 7-3-2019.]

• **Relativização da coisa julgada e direito fundamental à identidade**

[...] não se pode tolher o direito do autor da ação de perseguir a busca de sua verdadeira identidade genética, consubstanciada, no presente caso, pela determinação de seu ancestral masculino, muito embora esse ato, infelizmente para ele, possa ser vazio de consequências quanto à busca de um pai, na verdadeira acepção da palavra, mas apenas represente o preenchimento de uma lacuna existente em sua certidão de nascimento. [...]. Exige-se, portanto, a tomada de uma posição firme desta Corte, no sentido de relativizar-se a coisa julgada estabelecida ao fim de anterior ação análoga por ele ajuizada contra o recorrido e que foi julgada improcedente por absoluta falta de provas, eis que inviabilizada a produção daquela que poderia conferir foros de absoluta certeza quanto ao vínculo biológico que se procurava estabelecer entre as partes. Da mesma forma que não se pode mais tolerar a prevalência, em relações familiares envolvendo o vínculo paterno-filial, do fictício critério da

verdade legal, calcado na absoluta presunção que decorria do vetusto brocardo *pater is est*, tampouco compactua o sistema vigente entre nós com a negativa de resposta a demandas acerca da origem biológica do ser humano, tendo por fundamento a ausência de realização de prova técnica que permita a prolação de um juízo de certeza sobre a existência de uma tal relação, objeto esse que se constitui no cerne da controvérsia em disputa na presente demanda. [STF, RE 363.889, rel. min. Dias Toffoli, j. 2-6-2011, P, DJE de 16-12-2011.]

A relevância constitucional do direito à identidade já foi proclamada por este Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 248.869, como destacado pelo Min. Dias Toffoli em seu voto. Naquele julgado, ao se reconhecer a constitucionalidade da legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizamento, após provocação, de demanda de investigação de paternidade, foi frisada a íntima conexão entre o direito à conhecimento da própria origem biológica e a dignidade da pessoa humana [...]. [...] Também a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, em seus arts. 17 a 19, a proteção da família e da criança, fazendo menção expressa ao direito de que o menor possui com relação ao nome vinculado ao de seus pais – Art. 18 –, de cuja interpretação conjugada deve-se extrair, inequivocamente, o direito fundamental à filiação [...]. [...] Não é possível negar, como se assentou mais acima, que também a coisa julgada guarda relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que concretiza o princípio da segurança jurídica, assegurando estabilidade e paz social. Porém, tal conexão apresenta-se em grau distinto, mais tênue e, portanto, mais afastada do núcleo essencial³⁷ do princípio da dignidade da pessoa humana do que o peso axiológico que, somados, ostentam os direitos fundamentais à filiação (CF, art. 227, caput e § 6º) e a garantia fundamental da assistência jurídica aos desamparados (CF, art. 5º, LXXIV). É por esta razão que a regra da coisa julgada deve ceder passo, em situações-limite como a presente, à concretização do direito fundamental à identidade pessoal. [STF, RE 363.889, rel. min. Dias Toffoli, voto do min. Luiz Fux, j. 2-6-2011, P, DJE de 16-12-2011.]

ARTIGO 19. DIREITOS DA CRIANÇA

19. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

• **Crianças como titulares de direitos**

140. Em primeiro lugar, a Corte considera pertinente reiterar que se entende por “criança” toda pessoa que não tenha completado 18 anos de idade, a menos que a legislação interna aplicável estabeleça uma idade diferente para esses fins [...]. Da mesma forma, que as crianças possuem os direitos que correspondem a todos os seres humanos e, além disso, têm “direitos especiais derivados de sua condição, aos quais correspondem deveres específicos da família, da sociedade e do Estado”. [...] 141. Os meninos e meninas são titulares de todos os direitos estabelecidos na Convenção Americana, além de contar com as medidas especiais de proteção contempladas no artigo 19 desse instrumento, que devem ser definidas de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso específico. A adoção de medidas especiais de proteção da criança compete tanto ao Estado quanto à família, à comunidade e à sociedade a que pertence a criança. [\[Corte IDH. Caso Mendoza e outros vs. Argentina. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 14-5-2013. Tradução livre.\]](#)

150. Meninas e meninos são titulares dos direitos estabelecidos na Convenção Americana, além de contar com as medidas especiais de proteção contempladas em seu artigo 19. Esta disposição irradia seus efeitos na interpretação de todos os demais direitos quando o caso se refere a menores, em virtude de sua condição como tal. A Corte entende que a devida proteção dos direitos de meninas e meninos, como sujeitos de direitos, deve levar em consideração suas próprias características e a necessidade de favorecer seu desenvolvimento, oferecendo-lhes as condições necessárias para que vivam e desenvolvam sua vida habilidades,

fazendo pleno uso de seu potencial. Meninas e meninos exercem seus direitos por conta própria progressivamente, à medida que desenvolvem um maior nível de autonomia pessoal. Por isso, a Convenção estabelece que as medidas de proteção pertinentes a favor de meninas ou meninos são especiais ou mais específicas que as decretadas para adultos. As medidas de proteção que devem ser adotadas em virtude do artigo 19 da Convenção devem ser definidas de acordo com as circunstâncias particulares de cada caso concreto. [...] 152. Em todas as situações que envolvam crianças, quatro princípios orientadores devem ser aplicados e respeitados transversalmente, nomeadamente: i) não discriminação; ii) o melhor interesse da criança; iii) o direito de ser ouvido e participar, e iv) o direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento. Qualquer decisão estatal, social ou familiar que implique qualquer limitação ao exercício de algum direito de uma menina ou de um menino, deve ter em conta o superior interesse da criança e adequar-se rigorosamente às disposições que regem a matéria. A Corte reitera que o melhor interesse da criança se fundamenta na própria dignidade da pessoa humana, nas características da criança e na necessidade de promover seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades. [Corte IDH. **Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 9-3-2018. Tradução livre.**]

Art. 19

- **Princípio do interesse superior da criança**

108. O objetivo geral de proteger o princípio do interesse superior da criança é, em si mesmo, um fim legítimo, além de imperioso. Em relação ao interesse superior da criança, a Corte reitera que esse princípio regulador da legislação dos direitos da criança se fundamenta na dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças e na necessidade de propiciar seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades. Nesse sentido, convém observar que para assegurar, na maior medida possível, a prevalência do interesse superior da criança, o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que esta requer “cuidados especiais”, e o artigo 19 da Convenção Americana assinala que deve receber “medidas especiais de

proteção”. [Corte IDH. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24-2-2012.]

104. A esse respeito, esta Corte entendeu que, em conformidade com o artigo 19 da Convenção Americana, o Estado está obrigado a promover medidas especiais de proteção com base no princípio do melhor interesse da criança, assumindo sua condição de fiador com maior cuidado e responsabilidade em consideração à sua condição especial de vulnerabilidade. A Corte estabeleceu que a proteção da infância tem como objetivo último o desenvolvimento da personalidade de meninas e meninos e o gozo dos direitos que lhes foram reconhecidos. Assim, meninas e meninos têm direitos especiais, aos quais correspondem deveres específicos por parte da família, da sociedade e do Estado. Além disso, sua condição requer proteção especial devida por estes últimos e isso deve ser entendido como um direito adicional e complementar aos demais direitos que a Convenção reconhece para toda pessoa. 105. Além disso, a Corte observa que o melhor interesse da criança constitui um princípio regulador da normativa relativa aos direitos da criança que se baseia na própria dignidade da pessoa humana, nas características da criança e da menina, e na precisam promover seu desenvolvimento. Nesse sentido, o art. interesses da criança. 106. Por sua vez, o Comitê dos Direitos da Criança indicou, em sua observação número 14, que o conceito de melhor interesse da criança “é garantir o gozo pleno e efetivo de todos os direitos reconhecidos pela Convenção [sobre os direitos da criança]”. Nesse sentido, estabeleceu que o melhor interesse da criança é um conceito tríplice: a) um direito substantivo, no sentido de que o menino e a menina têm o direito de ter seu melhor interesse como consideração primária que deve ser levada em consideração prática quando é tomada uma decisão que afeta um menino ou uma menina; b) um princípio jurídico interpretativo fundamental, de modo que as normas sejam interpretadas de forma a satisfazer o melhor interesse da criança; ec) uma regra de procedimento, que exige que, sempre que for tomada uma decisão que afete meninos e meninas, sejam levadas em consideração as repercussões que possa ter sobre eles. 107. Da mesma forma, a Corte observa que a mesma Comissão considerou que os Estados devem colocar o interesse superior da criança no centro de

todas as decisões que afetam sua saúde e desenvolvimento, incluindo aquelas que envolvem atos que interferem na saúde das crianças. Nesse sentido, o Comitê indicou que os Estados devem rever o ambiente normativo e modificar leis e políticas públicas para garantir o direito à saúde. Quanto aos agentes não estatais, indicou que o Estado “é responsável pela realização do direito à saúde da criança, independentemente de delegar a prestação de serviços a agentes não estatais”. O anterior implica o dever de que os agentes não estatais reconheçam, respeitem e efetivem as suas responsabilidades para com as crianças. 108. Nesse sentido, a Corte considera que o princípio do melhor interesse constitui um mandato para priorizar os direitos de meninas e meninos diante de qualquer decisão que possa afetá-los (positiva ou negativamente), tanto no âmbito judicial, administrativo e esferas legislativas. Desta forma, o Estado deve garantir que as regulamentações e atos estatais não afetem o direito das crianças de gozar do mais alto nível de saúde e acesso ao tratamento de doenças, nem que esse direito seja afetado por atos de terceiros. [Corte IDH. **Caso Vera Rojas e outros vs. Chile. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 1º-10-2021. Tradução livre.**]

- **Direito a tratamento especial de saúde a crianças com deficiência**

Art. 19

109. Em consideração ao anterior, a Corte entende que o tratamento de reabilitação por incapacidade e cuidados paliativos são serviços essenciais em relação à saúde infantil. A esse respeito, a Corte observa que o artigo 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que os Estados devem “fazer todos os esforços para garantir que nenhuma criança seja privada do direito de desfrutar dos serviços de saúde”, e o Comitê dos Direitos da Criança a Criança Niño indicou que o referido artigo abrange a prevenção oportuna e adequada, promoção da saúde, serviços paliativos, curativos e de reabilitação, e o direito do menino ou menina de crescer e desenvolver-se ao máximo de suas possibilidades e viver de forma que lhe permitam desfrutar o mais alto padrão de saúde atingível. 110. Assim, este Tribunal considera que os Estados devem garantir os serviços de saúde relacionados com a reabilitação pediátrica

e cuidados paliativos de acordo com os padrões de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade [...], levando em consideração as particularidades do tratamento médico exigido por crianças com deficiência. Em particular, no que diz respeito à acessibilidade, a Corte considera que a reabilitação pediátrica e os tratamentos de cuidados paliativos devem priorizar, na medida do possível, o atendimento médico domiciliar, ou em local próximo ao domicílio, com sistema de apoio interdisciplinar e orientação para o menino ou menina e sua família, bem como contemplar a preservação de sua vida familiar e comunitária.

111. A esse respeito, a Corte observa que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência dispõe que os Estados devem oferecer às pessoas com deficiência serviços de saúde o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive em áreas rurais, bem como acesso domiciliar e residencial serviços de cuidados. Em sentido semelhante, o Comitê dos Direitos da Criança sustentou que “a melhor maneira de cuidar e cuidar de crianças com deficiência é dentro de seu próprio ambiente familiar quando a família tem meios suficientes”. Em suma, a Corte considera que o cuidado e a assistência especiais necessários a uma criança com deficiência devem incluir, como elemento fundamental, o apoio às famílias encarregadas de seus cuidados durante o tratamento, especialmente às mães, nas quais tradicionalmente realizam tarefas de cuidado. [Corte IDH. **Caso Vera Rojas e outros vs. Chile. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 1º-10-2021. Tradução livre.**]

- **Não discriminação em relação aos pais ou tutores quanto à guarda de menores**

110. Concluindo, a Corte Interamericana observa que ao ser, de maneira abstrata, o “interesse superior da criança” um fim legítimo, a mera referência a ele, sem provar, concretamente, os riscos ou danos que poderiam implicar a orientação sexual da mãe para as crianças, não pode constituir medida idônea para a restrição de um direito protegido como o de poder exercer todos os direitos humanos sem discriminação alguma pela orientação sexual da pessoa. O interesse superior da criança

não pode ser usado para amparar a discriminação contra a mãe ou o pai, em virtude da orientação sexual de qualquer deles. Desse modo, o julgador não pode levar em consideração essa condição social como elemento para decidir sobre uma guarda ou tutela. 111. Uma determinação com base em presunções infundadas e estereotipadas sobre a capacidade e idoneidade parental de poder assegurar e promover o bem-estar e o desenvolvimento da criança não é adequada para garantir o fim legítimo de proteger o interesse superior dessa criança. A Corte considera que não são admissíveis as considerações baseadas em estereótipos em virtude da orientação sexual, ou seja, preconceções dos atributos, condutas ou características que possuem as pessoas homossexuais, ou o impacto que possam supostamente provocar nas crianças. [Corte IDH. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24-2-2012.]

- **Medidas especiais de proteção à criança e o direito a uma educação livre de violência**

114. Por outro lado, é relevante, no presente caso, considerar a Convenção sobre os Direitos da Criança, que a Corte considerou incluída dentro de um “muito abrangente *corpus iuris* internacional para a proteção de crianças e adolescentes”, relevantes para “fixar o conteúdo e o alcance” do artigo 19 da Convenção Americana, que exige a adoção de “medidas de proteção” para meninas e meninos. O Artigo 19 da Convenção sobre os Direitos da Criança exige que os Estados Partes adotem medidas para “proteger a criança contra todas as formas de dano ou abuso físico ou mental, negligência ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, incluindo abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a guarda dos pais, representante legal ou qualquer outro responsável pela criança”. 117. A Corte indicou que “dentro das medidas especiais de proteção da infância e entre os direitos a elas reconhecidos no artigo 19 da Convenção Americana, figura com destaque o direito à educação, que favorece a possibilidade de desfrutar de uma vida digna e contribui para prevenir situações desfavoráveis para o menor e para a própria sociedade”. Este Tribunal esclareceu que este direito, com

relação a meninas e meninos, decorre da disposição supramencionada interpretada de acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança, o artigo 26 da Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador. Este último reconhece o direito à educação no artigo 13, sobre o qual a Corte pode exercer sua jurisdição, razão pela qual não considera necessário no presente caso se pronunciar sobre a alegada violação do direito à educação com base no artigo 26 da Convenção. Da mesma forma, o direito à educação é reconhecido no artigo 28 da Convenção sobre os Direitos da Criança. 118. No entanto, uma educação ministrada em violação dos direitos humanos não permite o cumprimento das tarefas indicadas, é diretamente contrária a elas e, portanto, viola o direito à educação. Os Estados devem adotar ações apropriadas para prevenir as violações dos direitos humanos no curso do processo educacional de meninas e meninos. No cumprimento desses deveres, os Estados devem levar em conta a gravidade e as especificidades da violência de gênero, da violência sexual e da violência contra a mulher, todas formas de discriminação. Meninas e meninos, então, têm direito a um ambiente educacional seguro e a uma educação livre de violência sexual. Por outro lado, como indicou o Comitê DESC, a educação deve ser “acessível” a todas as pessoas, “especialmente [aqueles que compõem] os grupos mais vulneráveis de fato e de direito, sem discriminação por nenhum dos motivos proibidos”. O referido Comitê também enfatizou que a proibição da discriminação na educação “se aplica plena e imediatamente a todos os aspectos da educação e abrange todos os motivos de discriminação que são rejeitados internacionalmente”. [...] 120. De todo o exposto resulta, pois, que os deveres de prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar medidas de proteção a meninas e meninos, bem como o direito à educação, implicam a obrigação de proteger as meninas e adolescentes contra a violência sexual no ambiente escolar. Além, claro, de não exercer essa violência nessa área. Nesse sentido, deve-se levar em consideração que os adolescentes, e as meninas em particular, tendem a ser mais propensas a sofrer atos de violência, coerção e discriminação. Os Estados devem estabelecer ações de vigilância ou monitoramento do problema da violência sexual nas instituições educativas e desenvolver políticas para sua prevenção.

Também deve haver mecanismos simples, acessíveis e seguros para que os fatos possam ser denunciados, investigados e punidos. [Corte IDH. **Caso Guzmán Albarracín e outras vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24-6-2020. Tradução livre.]

- **Direito das crianças de serem ouvidas**

170. A Corte observa que a obrigação de escutar as crianças e a seus pais incluída na lei coincide com o direito de ser ouvido consagrado na Convenção Americana. A esse respeito, esta Corte indicou que o artigo 8.1 da Convenção estabelece o direito de todas as pessoas, inclusive meninas e meninos, a serem ouvidas nos processos em que se determinem seus direitos. 171. Especificamente com relação a meninas e meninos, esta Corte indicou que esse direito deve ser interpretado à luz do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que estabelece o direito de ser ouvido, de modo que a intervenção do menino ou menina esteja de acordo com as condições deste último e não prejudique seu interesse genuíno. De fato, existe uma relação direta entre o direito de ser ouvido e o melhor interesse da criança. Não é possível uma correta aplicação do superior interesse da criança sem respeitar o seu direito a ser ouvida, o que inclui o direito de cada criança a exprimir livremente a sua opinião em todas as matérias que lhe digam respeito e o consequente direito a que essas opiniões sejam devidamente tidas em conta em conta, dependendo da idade e maturidade da criança. O Comitê dos Direitos da Criança destacou a importância de que meninas e meninos sejam ouvidos nos processos em que se decide afastá-los de suas famílias por serem vítimas de maus-tratos ou negligência no lar, como teria ocorrido neste caso em que o processo de declaração de abandono. 172. A Corte reitera que meninas e meninos exercem seus direitos progressivamente à medida que desenvolvem um maior nível de autonomia pessoal [...]. Consequentemente, o operador do direito, seja no âmbito administrativo ou judicial, deve levar em consideração as condições específicas do seu melhor interesse para convencionar sua participação, conforme o caso, na determinação de seus direitos. Nesta consideração, busca-se maior acesso dos menores, na medida do possível,

ao exame de seu próprio caso. O direito a ser ouvido pressupõe ainda que a menina ou o menino sejam devidamente informados sobre os seus direitos, as razões e consequências do processo que está a decorrer, bem como que essa informação seja comunicada de acordo com a sua idade e maturidade. Nesse sentido, a Corte considera que meninas e meninos devem ser informados sobre seu direito de serem ouvidos diretamente ou por meio de um representante, se assim o desejarem. [Corte IDH. **Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 9-3-2018. Tradução livre.**]

- **Situação de conflito armado e desaparecimento forçado de crianças**

110. [...] De forma complementar, meninas e meninos, que são mais vulneráveis a sofrer violações de seus direitos durante os conflitos armados, são beneficiários de proteção especial em função de sua idade, razão pela qual os Estados devem prestar-lhes atenção e ajuda. O Artigo 38 da Convenção sobre os Direitos da Criança também reflete esse princípio. Dentro do catálogo de medidas dessa natureza que incorporam os tratados de direito internacional humanitário estão aquelas cujo objetivo é preservar a unidade familiar e facilitar a busca, identificação e reunificação familiar de famílias dispersas devido a um conflito armado e, em particular, de crianças desacompanhadas e separadas. Além disso, no contexto dos conflitos armados não internacionais, as obrigações do Estado em favor das crianças estão definidas no artigo 4.3 do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra, que dispõe, entre outros, que: “b) tomará as medidas apropriadas para facilitar o reagrupamento de famílias temporariamente separadas [...]”. 111. À luz das considerações anteriores, correspondia ao Estado a proteção da população civil no conflito armado e especialmente de meninas e meninos, que se encontram em situação de maior vulnerabilidade e risco de ver seus direitos afetados. Pelo contrário, no presente caso os agentes estatais atuaram totalmente à margem do ordenamento jurídico, utilizando-se das estruturas e instalações do Estado para perpetrar o desaparecimento forçado de meninas e meninos, pelo caráter sistemático da repressão a

que foram submetidos certos setores da população considerados subversivos ou guerrilheiros, ou de alguma forma contrários ou contrários ao governo. Consequentemente, a Corte considera que o Estado interferiu na vida familiar da então menina Emelinda Lorena Hernández e dos então filhos José Adrián Rochac Hernández, Santos Ernesto Salinas, Manuel Antonio Bonilla e Ricardo Abarca Ayala, ao se apoderar deles e retê-los ilegalmente, violando seu direito de permanecer com sua família nuclear e estabelecer relações com outras pessoas que dela fazem parte, em violação dos artigos 11.2 e 17 da Convenção Americana, em relação aos artigos 19 e 1.1 da mesma. [Corte IDH. **Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 14-10-2014. Tradução livre.]

- **Regime especial para a aplicação de penas privativas de liberdade a menores**

80. De acordo com as diretrizes que decorrem da referida Convenção, em particular de seus artigos 37 e 40, a abordagem das condutas ilícitas atribuídas a meninas ou meninos deve ser realizada, conforme indicou a Corte, de forma “diferenciada e específica”, isto é, ao abrigo de um regime especial, diferente do aplicável aos adultos. Neste âmbito, de acordo com a alínea b) do referido artigo 37º, a privação da liberdade de meninas ou meninos deve ser utilizada como “medida de último recurso”. Deve ser realizada de forma a permitir o cumprimento do objetivo de reintegração da medida, o que inclui uma educação que lhe permita prepará-los para o seu regresso à sociedade. 81. Do exposto deduz-se que, enquanto for relevante o regime especial para crianças, a sua implementação deve ser efetuada de forma a permitir o cumprimento da referida finalidade. A esse respeito, a Corte indicou que, “de acordo com o princípio da especialização, é necessária a constituição de uma justiça especializada em todas as fases do processo e durante a execução das medidas ou sanções que, eventualmente, sejam aplicadas aos menores de 18 anos de idade que tenham cometido crimes e que, de acordo com a legislação interna, são imputáveis”. Isso se baseia no fato de que, como indicou o Comitê dos Direitos da Criança, “[a] aplicação

de um método estritamente punitivo não está em conformidade com os princípios básicos da justiça juvenil estabelecidos no artigo 40, parágrafo 1, da Convenção dos Direitos da Criança [...]. O superior interesse da criança deve ser tido em conta como primeira consideração, bem como a necessidade de promover a sua reintegração na sociedade”. 82. A regra da separação de crianças e adultos em estabelecimentos de detenção ou reclusão deve ser aplicada e compreendida de acordo com o acima exposto. Nesse sentido, o Comitê dos Direitos da Criança reconheceu que: “[esta] norma não significa que uma pessoa internada em um centro para crianças deva ser transferida para uma instituição para adultos imediatamente após completar 18 anos, mas que deve poder permanecer no referido centro se for do seu interesse e não contrariar o melhor interesse das crianças admitidas no centro”. [...] 88. A Corte recorda que quem se encontra privado de liberdade “tem direito a viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal e o Estado deve garantir [o] direito[s] à vida e à integridade pessoal”. Sua restrição “não só não tem justificativa baseada na privação de liberdade, como também é proibida pelo direito internacional”. A Corte também explicou que, “[...] diante das pessoas privadas de liberdade, o Estado se encontra em uma posição especial de garantidor, já que as autoridades penitenciárias exercem forte controle sobre as pessoas que estão sujeitas à sua custódia, ainda mais se forem crianças. Desta forma, produz-se uma especial relação e interação de sujeição entre a pessoa privada de liberdade e o Estado, caracterizada pela particular intensidade com que o Estado pode regular os seus direitos e obrigações e pelas circunstâncias de reclusão, onde o recluso se encontra impedido de satisfazer por conta própria uma série de necessidades básicas essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna”. [...] 91. A referida posição de protetor, por sua vez, apresenta modalidades especiais no caso de meninos ou meninas. Diante dessas pessoas privadas de liberdade, o Estado deve assumir uma posição especial de garantidor com maior cuidado e responsabilidade, devendo tomar medidas especiais guiadas pelo princípio do melhor interesse da criança. Nesse sentido, esta Corte já levou em conta que “os artigos 6 e 27 da Convenção sobre os Direitos da Criança incluem no direito à vida a obrigação do Estado de garantir ‘na medida do pos-

sível a sobrevivência e o desenvolvimento da a criança”. A proteção da vida da criança “exige que o Estado se preocupe particularmente com as circunstâncias da vida que ela levará enquanto estiver privada de liberdade, desde que esse direito não tenha sido extinto ou restringido por sua detenção ou prisão”. O anterior requer que os Estados adotem medidas eficazes para evitar a violência, inclusive atos de rebelião ou similares, bem como situações de emergência [...]. No mesmo sentido, explicou o especialista Méndez, “no caso das crianças, a obrigação de prevenção a cargo dos Estados adquire ainda maior relevância, já que constituem um grupo em situação de vulnerabilidade”. 92. Em razão do exposto, os Estados têm a obrigação de “desenvolver ações imediatas que garantam a integridade física, psíquica e moral dos internos, bem como seu direito à vida e o direito a desfrutar das condições mínimas de uma vida digna, principalmente quando se trata de meninos e meninas, que requerem atenção especial do Estado. [Corte IDH. **Caso Mota Abarullo e outros vs. Venezuela**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 18-11-2020. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 27-8-2014; Corte IDH. **Caso dos irmãos Gómez Paquiyaury vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 8-7-2004.

Art. 19

- **Finalidade da pena privativa de liberdade a menores**

165. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não se refere à prisão perpétua ou prisão. No entanto, a Corte destaca que, de acordo com o artigo 5.6 da Convenção Americana, “[as] penas privativas de liberdade terão como finalidade essencial a reforma e readaptação social do condenado”. Nesse sentido, a Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que, quando uma criança for considerada culpada da prática de um crime, ela tem o direito de “ser tratada de maneira compatível com a promoção de seu senso de dignidade e valor que reforça o respeito da criança pelos direitos humanos e liberdades fundamentais dos outros e que tem em conta a idade da criança e a importância de promover a sua reintegração e assumir um papel

construtivo na sociedade”. Neste sentido, a medida que deve ser proferida em consequência da prática de um crime deve ter por finalidade a reintegração da criança na sociedade. Portanto, a proporcionalidade da pena está intimamente relacionada com a sua finalidade. 166. Com base no exposto, em conformidade com o artigo 5.6 da Convenção Americana, a Corte considera que a prisão perpétua e a reclusão, por sua própria natureza, não cumprem o objetivo da reinserção social das crianças. Ao contrário, esse tipo de punição implica a exclusão máxima da criança da sociedade, de modo que operem em sentido meramente retributivo, uma vez que as expectativas de ressocialização são anuladas em seu maior grau. Portanto, tais penalidades não são proporcionais ao objetivo da sanção penal para crianças. [Corte IDH. **Caso Mendoza e outros vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 14-5-2013. Tradução livre.]

- **Requisitos para avaliar a legitimidade de adoção internacional à luz da CADH**

201. A adoção internacional é uma forma permanente de cuidados substitutos que pode ser considerada como uma das possíveis medidas de proteção, alternativas ao ambiente familiar, nos termos do art. 19 da Convenção Americana. (...) 203. (...) o conjunto de regras que visa garantir os direitos humanos de meninas e meninos constitui o corpus internacional iuris que informa e define o conteúdo do art. 19 da Convenção Americana. No âmbito das adoções internacionais, essas normas refletem-se principalmente no art. 21 da Convenção sobre os Direitos da Criança (...). 205. Além disso, no sistema interamericano de direitos humanos, a maioria dos Estados-Partes da Convenção e alguns membros da OEA também estão vinculados à Convenção da Haia sobre Adoções Internacionais de 1993. (...) 208. O Tribunal considera que, para determinar a compatibilidade dos procedimentos de adoção internacional realizada no presente caso com a Convenção Americana, deve analisar o cumprimento dos seguintes requisitos: (i) que se tenha verificado que as crianças podem ser legalmente adotadas (adotabilidade); (ii) que o melhor interesse das crianças foi avaliado como fator

determinante e principal consideração na decisão de adoção (interesse superior da criança); (iii) que o direito das crianças de serem ouvidas foi garantido (direito de ser ouvido); iv) que a adoção internacional só foi autorizada após verificação de que as crianças não puderam receber cuidados adequados em seu país ou no país de residência habitual (subsidiariedade); e (v) que foi verificado que nenhuma pessoa ou entidade gerou benefícios econômicos indevidos em qualquer fase do processo de adoção (proibição de benefícios econômicos indevidos). [Corte IDH. **Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 9-3-2018. Tradução livre.]

- **Liberdade de ir e vir e impossibilidade de recolhimento de crianças em situação de rua**

A lei atual, ao contrário, consagra a liberdade de locomoção da criança e do adolescente, “ressalvadas as restrições legais” (art. 16, I, do ECA). A norma está em consonância com o preceito fundamental do ECA: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” – art. 3º. Mais importante ainda, está de acordo com a doutrina da proteção integral positivada no art. 227 da Constituição de 1988, que assegura o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade das pessoas em desenvolvimento, proibindo toda e qualquer forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão. [...] Desta forma, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade no direito de liberdade – de ir e vir – previsto no art. 16, I, da Lei 8.069/1990. Aliás, ainda que inexistente a referida norma legal, entende-se que tal direito restaria assegurado em virtude das normas de estatura constitucional previstas no art. 5º, *caput*, e art. 227 da CF/88. É importante ressaltar que o direito em questão constitui cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, não podendo ser sequer suprimido ou indevidamente restringido mediante proposta de emenda constitucional. Ademais, a cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da CF/88 leva à conclusão que a norma do art. 16, I, do ECA está em consonância não só com os dispositivos constitucionais supra mencionados, mas também com o direito à liberdade e a proibição à discriminação, previstos nos arts. 1º

e 2º da DUDH; a proibição contra interferências ilegítimas e arbitrárias na vida particular das crianças, prevista no art. 16 da Convenção sobre Menores da ONU; a norma de proteção integral estabelecida no art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos; e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores. Ao contrário do que defendido pelos autores desta ação, a exclusão da referida norma é que poderia ensejar interpretações que levassem a violações aos direitos humanos e fundamentais acima transcritos, agravando a situação de extrema privação de direitos aos quais são submetidos as crianças e adolescentes no país, em especial para aqueles que vivem em condição de rua. O que se está a dizer é que as privações sofridas por essas crianças e adolescentes, a condição de rua desses menores, não podem ser corrigidas com novas restrições a direitos e o restabelecimento da doutrina menorista que encarava essas pessoas enquanto meros objetos da intervenção estatal. [...] A definição do âmbito de proteção da liberdade de ir e vir das crianças (*Schutzbereich*) e de suas restrições ou limitações (*Schranke oder Eingri*) é possível, quando existirem conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Contudo, o pedido formulado nesta ação busca eliminar completamente o direito de liberdade dos menores, o núcleo essencial, indo além dos limites imanentes ou “limites dos limites” (*SchrankenSchranken*) desse direito fundamental, restabelecendo a já extinta “prisão para averiguações”, que também viola a norma do art. 5º, LXI, da CF/88, segundo a qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Aliás, o art. 106 do ECA traz o correspondente dessa norma para o âmbito do ato infracional: “Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”. Entendimento em sentido contrário poderia dar azo a apreensões sem fundamento constitucional, em violação ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e qualquer tipo de controle. Serviriam, ainda, para a implementação de uma política higienista que, em vez de reforçar a tutela dos direitos dos menores, restringiria ainda mais o nível de fruição de direitos, amontoando crianças em unidades institucionais sem qualquer cuidado ou preocupação com o bem-estar

desses indivíduos. [STF. ADI 3.446, rel. min. Gilmar Mendes, j. 8-8-2019, P, DJE de 31-7-2020.]

- **Desempenho de atividades insalubres por mulheres grávidas e lactantes**

As normas impugnadas expõem as empregadas gestantes a atividades insalubres de grau médio ou mínimo e as empregadas lactantes a atividades insalubres de qualquer grau. Impõem, ainda, às empregadas o ônus de apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação ou a lactação, como condição para o afastamento. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante e, nos incisos XX e XXII do artigo 7º, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Sob essa ótica, a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, quanto da criança, pois a *ratio* das referidas normas não só é salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada, com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade e do empregador. A imprescindibilidade da máxima eficácia desse direito social, proteção à maternidade, portanto, também decorre da absoluta prioridade que o art. 227 do texto constitucional estabelece de *integral proteção à criança*, inclusive, ao recém-nascido. Na presente hipótese, temos um direito de dupla titularidade. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou

Art. 19

a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. Dessa maneira, entendo que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais supramencionados, os quais representam não apenas normas de proteção à mulher gestante ou lactante, mas também ao nascituro e recém-nascido lactente. A previsão de determinar o afastamento automático da mulher gestante do ambiente insalubre, enquanto durar a gestação, somente no caso de insalubridade em grau máximo, em princípio, contraria a jurisprudência da CORTE que tutela os direitos da empregada gestante e lactante, do nascituro e do recém-nascido lactente, em quaisquer situações de risco ou gravame à sua saúde e bem-estar. [...] A inconstitucionalidade consiste no fato de as expressões impugnadas permitirem a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres. Mesmo em situações de manifesto prejuízo à saúde da trabalhadora, por força do texto impugnado, será ônus desta a demonstração probatória e documental dessa circunstância, o que obviamente desfavorece a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido, na medida em que sujeita a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos. [STF. ADI 5.938, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 29-5-2019, P, DJE de 23-9-2019.]

Art. 19

- **Direito à filiação e proteção integral à criança**

Não se trata, simplesmente, de relativizar a coisa julgada, mas de examinar o cerne da questão sob análise. E aí verifico que o recorrente teve, na verdade, dois direitos fundamentais violados. Primeiramente, o seu direito fundamental de acesso à Justiça, porque o Estado não lhe prestou assistência integral judiciária gratuita para que ele pudesse fazer o teste de DNA, que lhe permitiria, eventualmente, provar que ele seria filho do recorrido. Há um segundo aspecto, muito bem ressaltado pelo juízo de primeiro grau, de que disse estarmos diante de uma ação de estado, em que deve prevalecer a verdade real, e não a verdade ficta ou processual. Eu observo, como também já foi assinalado pelos eminentes Magistrados que fizeram uso da palavra, que, sobretudo nesta

situação concreta que nós estamos examinando, o valor constitucional da imutabilidade da coisa julgada deve ceder lugar a outro valor, tão ou mais importante, que é exatamente a regra que também integra, de forma muito especial, o texto magno: a regra segundo a qual à criança e ao adolescente são assegurados, com prioridade absoluta, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Não fosse apenas isso, a Subprocuradora-Geral da República Dra. Sandra Cureau afirmou muito bem, em seu parecer, que o direito à filiação, hoje, é um direito fundamental, abrigado na Carta Magna sob a rubrica do respeito incondicional à dignidade humana. Aliás, esse aspecto foi também corretamente ressaltado pelo Ministro Dias Toffoli, que notou em seu voto que hoje em dia já se cogita de um direito fundamental à informação genética, direito esse, como salientou o eminente Relator deste processo, já reconhecido pela Corte Constitucional alemã. Lembro também, como já foi assentado pelo Ministro Fux, que o artigo 226 da nossa Constituição estabelece que a família é a base da sociedade e que merece proteção especial do Estado. Portanto, é disso que se cogita também, fundamentalmente. [STF, RE 363.889, rel. min. Dias Toffoli, voto do min. Ricardo Lewandowski, j. 2-6-2011, P, DJE de 16-12-2011.]

- **Superlotação de unidades destinadas ao cumprimento de medidas socioeducativas**

94. Em primeiro lugar, deve-se observar que a Corte indicou que a superlotação constitui em si mesma uma violação da integridade pessoal e que impede o desempenho normal das funções essenciais nos estabelecimentos penitenciários. Além disso, “não permite que os adolescentes desenvolvam uma vida digna enquanto estiverem privados de sua liberdade [o que] assume especial relevância em virtude da obrigação adicional estabelecida no artigo 19 da Convenção Americana”. [...] 96. No que diz respeito à separação dos internos por categorias, deve ser realizada, de acordo com o disposto nos artigos 5.4 e 5.5 da Convenção, “entre acusados e condenados e entre menores [18 anos] de idade dos adultos, com o objetivo de que os privados de liberdade recebam o tratamento adequado

à sua condição”. Além do que já foi afirmado [...] sobre a separação entre adolescentes e adultos, a Corte esclareceu que “a separação de acusados e condenados requer não apenas mantê-los em celas diferentes, mas também que essas celas estejam localizadas em diferentes seções dentro de um determinado centro de detenção, ou em diferentes estabelecimentos, se possível”. 97. Da mesma forma, os Estados devem ter extremo cuidado em considerar as características especiais das instituições totais para crianças e adolescentes, particularmente o risco aumentado de conflito violento devido ao seu estágio psicológico de desenvolvimento. 98. Neste âmbito, os centros de internação de adolescentes devem ser seguros, o que, entre outros fatores, implica garantir: a proteção das pessoas neles alojadas contra situações de risco; a menor população possível, caso sejam fechados; “instalações e serviços que cumpram todos os requisitos de higiene e dignidade humana”; a redução do risco de incêndio ao mínimo; e garantir uma evacuação segura das instalações. [...] 99. Nesse sentido, os Estados não devem fornecer aos presos ou reclusos, nem permitir que tenham em suas celas, pavilhões ou áreas fechadas de alojamento, colchões ou outros elementos semelhantes que não sejam ignífugos, especialmente os de muito tóxico materiais em casos de combustão, como poliuretano. Da mesma forma, devem tomar as medidas necessárias para que a autoridade de vigilância tenha sempre à sua disposição imediata e em condições de utilização verificadas as chaves ou dispositivos que permitam a abertura rápida de celas, pavilhões ou recintos fechados. Além disso, é necessário manter extintores e outros dispositivos de combate a incêndio em perfeito estado de funcionamento em toda instituição. [Corte IDH. **Caso Mota Abarullo e outros vs. Venezuela**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 18-11-2020. Tradução livre.]

A justificar a necessidade de atuação reparadora do Poder Judiciário, vieram aos autos dados oficiais, reveladores da superlotação em algumas unidades da federação. [...] Não se afigura viável, portanto, pretender que o Supremo Tribunal Federal, em tema tão sensível, alusivo à dignidade dos adolescentes internados, venha a cancelar a superlotação nas unidades destinadas ao cumprimento de medidas socioeducativas. [...] Nesse sentido, ainda que existam clamores ou sentimentos sociais na contramão do que se vem de assentar, pelo que já se expôs, é inafastável

concluir que os deveres estatais de proteção nessa seara não podem ser simplificados, reduzidos e/ou perspectivados como mera exigência de ampliação do rigor e da severidade na imposição e execução das medidas socioeducativas aos adolescentes em conflito com a lei. Por certo, os modos e meios de ampliar a proteção dos bens jurídicos podem e devem ser objeto de debates e discussão na ambiência do Poder Legislativo. Sem embargo, cumpre ao Poder Judiciário zelar pelo respeito aos direitos fundamentais e atuar nas hipóteses de violação iminente ou em curso. Nota-se, portanto, que a limitação do ingresso de adolescentes nas Unidades de Internação em patamar superior à capacidade de vagas projetadas, além de cessar as possíveis violações, previne a afronta aos preceitos normativos que asseguram a proteção integral, densificando as garantias dispostas no artigo 227 da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 65/2010), além de fortalecer o postulado de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Adiciono, ainda, que na espécie incide o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja previsão expressa está no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, sendo repetido no art. 124, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, senão vejamos respectivamente: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana;” e “Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: (...) V– ser tratado com respeito e dignidade”. [STF. HC 143.988, rel. min. Edson Fachin, j. 24-8-2020, 2ª T, DJE de 4-9-2020.]

ARTIGO 20. DIREITO À NACIONALIDADE

20.1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.

- **O *status* migratório de uma pessoa não pode ser transmitido para seus filhos**

156. De acordo com o indicado acima, e levando em consideração o direito à nacionalidade dos filhos de pessoas migrantes na República Dominicana em relação à norma constitucional pertinente e aos princípios internacionais de proteção dos migrantes, a Corte considera que: a) o *status* migratório de uma pessoa não pode ser condição para a concessão da nacionalidade por parte do Estado, já que sua qualidade migratória não pode constituir, de nenhuma forma, uma justificativa para privá-la do direito à nacionalidade nem do gozo e do exercício de seus direitos; b) o *status* migratório de uma pessoa não se transmite a seus filhos; e c) a condição do nascimento no território do Estado é a única a ser demonstrada para a aquisição da nacionalidade, no que se refere a pessoas que não teriam direito a outra nacionalidade, se não adquirirem a nacionalidade do Estado onde nasceram. [Corte IDH. **Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 8-9-2005.]

- **Perda de naturalização e concessão de canal televisivo**

Os fatos deste caso centram-se em Baruch Ivcher Bronstein, que era o proprietário majoritário de um canal de televisão desde 1986. O Sr. Ivcher nasceu em Israel e posteriormente adquiriu a cidadania peruana por naturalização. Um dos programas do referido canal passou a veicular reportagens relacionadas ao governo do então presidente Alberto Fujimori. Assim, em 23 de maio de 1997, o Poder Executivo do Peru emitiu o Decreto Supremo nº 004-97-IN, que regulamentou a Lei de Nacionalidade nº 26.574 e estabeleceu a possibilidade de cancelar a

nacionalidade dos peruanos naturalizados. Em julho de 1997, o título de nacionalidade peruana do senhor Ivcher foi anulado. Por causa disso, ele foi suspenso como acionista majoritário do canal de televisão. Os recursos interpostos contra essas decisões foram negados. [...] Violação do artigo 20.º (Direito à nacionalidade) O direito à nacionalidade é reconhecido pelo direito internacional. Este Tribunal considera que é um direito da pessoa humana. (...) A respeito do artigo 20 da Convenção, a Corte estabeleceu que ele abrange um duplo aspecto: [o] direito à nacionalidade significa proporcionar ao indivíduo um mínimo de proteção jurídica nas relações internacionais, estabelecendo por meio de sua nacionalidade sua relação com um determinado Estado; e a de protegê-lo contra a privação arbitrária de sua nacionalidade, porque assim seria privado de todos os seus direitos políticos e daqueles direitos civis que têm por base a nacionalidade do indivíduo. Apesar de tradicionalmente se aceitar que a determinação e regulação da nacionalidade são responsabilidade de cada Estado, como tem apontado esta Corte, a evolução registrada nesta matéria demonstra que o direito internacional impõe certos limites à sua discricionariedade e que a regulamentação da nacionalidade não é apenas competência dos Estados, mas também requisitos da proteção integral dos direitos humanos. O ordenamento jurídico interno peruano reconhece o direito à nacionalidade. (...) A Corte observa que está provado que o senhor Ivcher era cidadão israelense até 1984 e que depois dessa data adquiriu a cidadania peruana por naturalização (...). Deve-se avaliar que tanto a Convenção Americana quanto a legislação interna peruana reconhecem o direito à nacionalidade sem diferenciar a forma como foi adquirida (...). Com diferentes modalidades, a maioria dos Estados estabeleceu a possibilidade de que pessoas que originalmente não tinham a nacionalidade possam adquiri-la posteriormente, em geral, por meio de declaração de vontade manifestada após o cumprimento de determinadas condições. A nacionalidade, nestes casos, já não depende do fato fortuito de ter nascido num determinado território ou de ter nascido de pais nacionais, mas de um fato voluntário que procura ligar quem exprime a vontade a uma determinada sociedade política, à sua cultura, seu modo de vida e seu sistema de valores. No presente caso, está provado que o senhor Ivcher Bronstein adquiriu o

título de nacionalidade peruana em 7 de dezembro de 1984, após ter renunciado à nacionalidade israelense (...). Este ato ligou o Sr. Ivcher e sua família à sociedade política peruana, cultura, modo de vida e sistema de valores. Também ficou provado que em 11 de julho de 1997, a “Resolução Diretiva” nº 117-97-IN-050100000000, assinada pelo Diretor Geral de Migrações e Naturalização, tornou sem efeito o referido título de nacionalidade, afirmando que havia “incorrido em omissões substanciais que o invalidaram [...], pelo fato de que a renúncia oportuna e prévia de sua nacionalidade não foi acreditada perante as autoridades competentes do Peru, nem demonstrou instrumentalmente que o havia feito também aos de seu país de origem”. Do exposto pode-se deduzir que o senhor Ivcher não renunciou expressamente a sua nacionalidade, única forma de perdê-la de acordo com a Constituição peruana, mas foi privado dela quando seu título de nacionalidade foi anulado, sem o qual não poderia exercer seus direitos como cidadão peruano. (...) Ademais, a autoridade que tornou sem efeito jurídico o título de nacionalidade do senhor Ivcher revelou-se incompetente. [...] Isso demonstra mais uma vez o caráter arbitrário da retirada da nacionalidade do senhor Ivcher, em violação do artigo 20.3 da Convenção Americana. Com base em todo o exposto, a Corte conclui que o Estado violou o direito à nacionalidade consagrado nos artigos 20.1 e 20.3 da Convenção Americana, em detrimento de Baruch Ivcher Bronstein. (Caso Ivcher Bronstein vs. Peru. Sentença de 6 de fevereiro de 2001). [Corte IDH. **Caso Ivcher Bronstein vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 6-2-2001**].

Art. 20

20.2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.

- **Dever do Estado de evitar o *status* de apátrida**

261. Se o Estado não pode ter certeza de que a criança nascida em seu território terá a nacionalidade de outro Estado, por exemplo, a nacionalidade de um de seus pais através do *ius sanguinis*, aquele Estado

permanece com a obrigação de conceder-lhe (*ex lege*, automaticamente) a nacionalidade, para evitar desde o nascimento uma situação de apatridia, de acordo com o artigo 20.2 da Convenção Americana. Esta obrigação aplica-se, também, no pressuposto de que os pais não possam (pela existência de obstáculos de *facto*) registrar seus filhos no Estado de sua nacionalidade. [Corte IDH. **Caso Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-8-2014.]

20.3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.

- **Perda de nacionalidade brasileira em razão da opção por nacionalidade estrangeira**

Na presente ação rescisória, o autor sustenta, em síntese, que o acórdão rescindendo teria ofendido ao disposto no art. 12, I, alínea “a” c/c art. 12, § 4º, II, alínea “b”, da Constituição Federal, e ao art. 8º, § 4º, da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (Decreto 8.501/2015), ao argumento de que inexistiu voluntariedade na aquisição da nacionalidade norte-americana, uma vez que seria condição necessária para o convívio com a filha. Segundo alega, havia uma grande burocratização para que sua filha conseguisse o *green card*, com filas de espera que variavam de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, na categoria F2A, e de 8 (oito) a 10 (dez) anos, na categoria F2B, períodos que considerou exorbitantes e irrazoáveis, sendo, então, orientado por seus advogados a adquirir a nacionalidade americana, a qual seria única opção viável para trazer, para junto de si, a filha como condição de permanência desta nos Estados Unidos, a fim de viabilizar o convívio familiar, não apenas entre pai e filha, mas entre irmãos, uma vez que o autor constituiu família por lá. Sendo a família amplamente protegida, nacional e internacionalmente, entende que a reunião familiar deve ser entendida como direito civil apto a configurar a exceção do art. 12, § 4º, II, “b”, da Constituição Federal. Sustenta que é brasileiro nato, conforme prevê

Art. 20

o art. 12, I, alínea “a”, da Constituição Federal, uma vez que nasceu no Brasil de pai e mãe brasileiros, não havendo que se discutir sua perda de nacionalidade porque esta é condição verdadeiramente indisponível, reconhecida como direito fundamental de primeira geração na Declaração Universal de Direitos do Homem (art. 15) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 20). [...] Anote-se, inicialmente, que as alegações do autor são as mesmas arguidas no processo rescindendo (MS 36.359) e que foram amplamente analisadas por esta Corte, de modo que intenta se utilizar da ação rescisória como recurso de acórdão já transitado em julgado, o que é inadmissível pela jurisprudência desta Corte. [...] Ademais, conforme me manifestei no acórdão rescindendo, a Constituição é clara quanto à perda da nacionalidade do brasileiro que opta por adquirir outra nacionalidade. [...] Embora o autor argumente que a aquisição de nova nacionalidade não foi uma opção, mas uma imposição conjuntural para que sua filha permanecesse nos Estados Unidos, o fato é que o próprio impetrante já era titular de *Green Card* e ele poderia ter explorado outras hipóteses de visto e/ou caminhos diversos para garantir a permanência de sua filha nos Estados Unidos, a qual, inclusive, permaneceu apenas por dois anos em solo americano, entre 2012 e 2014, conforme consta da inicial [...]. Além disso, não há falar em ofensa ao art. 8º, § 4º, da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, promulgada pelo Decreto 8.501/2015, porque o autor não é apátrida, haja vista que ele escolheu voluntariamente ter nacionalidade norte-americana. Nos termos da referida Convenção: “1. Todo Estado Contratante concederá sua nacionalidade a uma pessoa nascida em seu território e que de outro modo seria apátrida”. Assim, a perda da nacionalidade brasileira em razão da opção por uma nacionalidade estrangeira é corolário da conduta ativa e específica por parte do autor, que não se tornou apátrida. [STF. AR 2800, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Gilmar Mendes, revisor min. Gilmar Mendes, j. 11-10-2021, P, DJE de 7-2-2022.]

ARTIGO 21. DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA

21.1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

DIREITO DE PROPRIEDADE

- **O conceito de propriedade inclui qualquer direito que possa fazer parte do patrimônio de uma pessoa**

240. A jurisprudência da Corte desenvolveu um conceito amplo de propriedade privada, incluindo o uso e o gozo de “bens” definidos como coisas apropriáveis, definidos como coisas materiais, bem como qualquer direito que possa fazer parte do patrimônio de uma pessoa. Este conceito inclui bens móveis e imóveis, elemento corpóreo ou intangível e qualquer outro objeto imaterial suscetível de valor. Além disso, o Tribunal entendeu que deve ser levado em consideração que as circunstâncias em que ocorreram os fatos e, em particular, a condição socioeconômica e de vulnerabilidade das vítimas, e o fato de que os danos causados à sua propriedade podem ter efeito e magnitude maior do que eles teriam para outras pessoas ou grupos em outras condições. Nesse sentido, os Estados devem levar em conta que grupos de pessoas que vivem em circunstâncias adversas e com menos recursos, como pessoas que vivem em situação de pobreza, enfrentam um aumento no grau de afetação aos seus direitos precisamente por causa de sua situação de maior vulnerabilidade. [Corte IDH. **Caso Vereda La Esperanza vs. Colômbia**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2017. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Andrade Salmón vs. Bolívia**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 1º-12-2016.

Art. 21

- **Direitos do autor e seus aspectos**

102. A jurisprudência da Corte desenvolveu um conceito amplo de propriedade, que inclui, entre outros, o uso e gozo de “bens”, definidos como coisas materiais apropriáveis, bem como qualquer direito que possa fazer parte do patrimônio de uma pessoa. O referido conceito inclui todos os bens móveis e imóveis, elementos tangíveis e intangíveis e qualquer outro objeto intangível suscetível de valor. Por esta razão, dentro do amplo conceito de “bens” cujo uso e gozo são protegidos pela Convenção, também estão incluídas as obras produto da criação intelectual de uma pessoa, que, pelo fato de ter feito essa criação, adquire direitos autorais relacionados ao uso e gozo da criação. 103. A proteção do uso e gozo da obra confere ao autor direitos que abrangem aspectos materiais e imateriais. O aspecto material desses direitos autorais abrange, entre outros, a publicação, exploração, cessão ou venda da obra e, por seu lado, o aspecto imaterial dos mesmos está relacionado à salvaguarda da autoria da obra e à proteção de sua integridade. O aspecto imaterial é o elo entre o criador e a obra criada, que continua no tempo. Tanto o exercício do aspecto material quanto o do aspecto imaterial do direito autoral são passíveis de valoração e são incorporados ao patrimônio de uma pessoa. Consequentemente, o uso e gozo da obra de criação intelectual também são protegidos pelo artigo 21 da Convenção Americana. [Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 22-11-2005. Tradução livre.]

Art. 21

DIREITO DE PROPRIEDADE E PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

- **Danos causados a propriedade de pessoas em situação de vulnerabilidade**

203. No presente caso, em resposta ao disposto no artigo 21 da Convenção e ao indicado em sua jurisprudência, a Corte considera como fato do caso que os policiais que entraram na casa da família

Uzcátegui danificaram o telhado da residência, quebraram as fechaduras das portas da casa, quebraram uma porta e quebraram os vidros e que, além desse dano na estrutura da casa, foram causados danos em objetos que estavam na mesma. 204. A Corte também considera que, devido às circunstâncias em que ocorreram e, especialmente, devido à condição socioeconômica e vulnerabilidade da família Uzcátegui, o dano causado a seus bens como resultado de sua invasão teve um impacto significativo sobre eles, maior efeito e magnitude do que aqueles que teriam para grupos familiares com outras condições. Nesse sentido, a Corte considera que os Estados devem levar em conta que os grupos de pessoas que vivem em circunstâncias adversas e com menos recursos, como as pessoas que vivem em condições de pobreza, enfrentam um aumento no grau de afetação de seus direitos justamente por sua situação de maior vulnerabilidade. [Corte IDH. **Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 3-9-2012. Tradução livre.**]

DIREITO DE PROPRIEDADE E REMANESCENTES DE COMUNIDADES DOS QUILOMBOS

- **Propriedade de terras ocupadas por remanescentes de comunidades dos quilombos**

O objeto do art. 68 do ADCT é o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a sua propriedade sobre as terras por eles histórica e tradicionalmente ocupadas. Tenho por inequívoco tratar-se de norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário, dotada, portanto, de eficácia plena e aplicação imediata, e assim exercitável, o direito subjetivo nela assegurado, independentemente de integração legislativa. [...] O direito fundamental insculpido no art. 68 do ADCT em absoluto demanda do Estado delimitação legislativa, e sim organização de estrutura administrativa apta a viabilizar a sua fruição. A dimensão objetiva do direito fundamental que o preceito enuncia, ênfase, impõe ao Estado o dever de tutela – observância e proteção –, e não o dever de conformação.

Art. 21

Nessa linha, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias elenca de modo completo e abrangente os elementos delineadores do direito que consagra, ainda que sem esmiuçar os detalhes procedimentais ligados ao respectivo exercício. Nele definidos, como destaca a melhor doutrina, o titular (os remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (as terras por eles ocupadas), o conteúdo (o direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (o Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos). [...] Disponíveis à atuação integradora tão-somente os aspectos do art. 68 do ADCT que dizem com a regulação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, não identifico invasão de esfera reservada à lei nem conluo, por conseguinte, pela violação, pelo Poder Executivo, do art. 84 da Carta Política ao editar o Decreto 4.887/2003. Este, do meu ponto de vista, traduz efetivo exercício do poder regulamentar da Administração inserido nos limites estabelecidos pelo art. 84, VI, da Constituição da República. Em convergência com esse entendimento a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do paradigmático caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, em 2001, ao declarar violados os artigos 21 (direito de propriedade) e 25 (direito a proteção judicial eficaz) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) pelo Estado da Nicarágua porque, não obstante reconhecida, na Constituição daquele país, a propriedade comunal dos povos indígenas sobre as terras por eles ocupadas, jamais havia sido regulado procedimento específico para permitir o exercício desse direito. Sentenciou a Corte Interamericana que o Estado demandado – a Nicarágua – equipasse o seu direito interno com mecanismos para efetivar a delimitação e a titulação da propriedade dos povos tradicionais, em conformidade com seus costumes, fosse por medidas legislativas, fosse por medidas administrativas ou de qualquer outro caráter – justamente por se tratar de direito fundamental. Antes as razões expostas, e pedindo vênua ao eminente Relator, não visualizo na edição, pelo Poder Executivo, do ato normativo impugnado – Decreto 4.887/2003 – mácula aos postulados da legalidade e da reserva de lei e, conseqüentemente, julgo improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 84, IV e VI, da Carta Política. [...] 4.4. Terras ocupadas

por remanescentes das comunidades quilombolas (art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003). Tampouco prospera, a meu juízo, a tese da inconstitucionalidade do art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003 por supostamente sujeitarem a identificação, medição e demarcação das terras aos critérios indicados pelos próprios interessados, em detrimento de critérios histórico-antropológicos. Eis os preceitos impugnados: “§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural. § 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.” (destaquei).

4.4.1. Lastreado na realidade do fenômeno social que descreve, o conceito de ocupação tradicional aproxima semanticamente a ocupação quilombola da ocupação indígena. A área ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos pode ser conceituada como correspondente “às terras utilizadas por aquele grupo social para garantir sua sobrevivência, ou mais ainda, para assegurar a reprodução de seu modo de vida específico.” Destaco que muitas vezes a própria ideia de um território fechado, com limites individualizados, parece estranha aos moradores dessas comunidades. A temática mereceu debate no âmbito do sistema regional interamericano de proteção internacional dos direitos humanos. No caso da comunidade *Moiwana v. Suriname* (2005), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidade descendente dos *maroons* – designação dada em diversos países das Américas aos escravos fugitivos que formaram grupos independentes, que guardam evidentes similaridades com os quilombolas brasileiros – sobre as terras tradicionais com as quais mantidas relações territoriais específicas. Já no caso da comunidade *Saramaka v. Suriname* (2007), também descendente de *maroons*, a Corte Interamericana ressaltou que o Estado demandado estava sujeito, forte no art. 21 do Pacto de São José da Costa Rica, a uma obrigação positiva “consistente em adotar medidas especiais que garantam aos membros do povo Saramaka o pleno e igualitário exercício do seu direito aos territórios que tradicionalmente tem utilizado e ocupado,” aí incluídos

os recursos naturais imprescindíveis à sua sobrevivência neles contidos. É em respeito a esse traço constitutivo dos próprios modos de relação territorial praticados por comunidades quilombolas que não cuida, o Decreto 4.887/2003, da apropriação individual pelos integrantes da comunidade, e sim da formalização da propriedade coletiva das terras, atribuída à unidade sociocultural – e, para os efeitos específicos, entidade jurídica – que é a comunidade quilombola. O título emitido é coletivo, pró-indiviso e em nome das associações que legalmente representam as comunidades quilombolas. Pela similaridade, pertinente invocar, aqui, as palavras do Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento da Pet 3.388, relativamente aos direitos dos povos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, ao se referir àquele tipo tradicional de posse como “um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil”. Anoto que o art. 6º, item 1, da Convenção 169 da OIT garante consulta aos “povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.” Visa a assegurar, assim, a participação das populações tradicionais afetadas nos procedimentos necessários à determinação das terras por eles ocupadas, garantindo efetiva proteção a seus direitos de propriedade e posse. 4.4.2. O art. 2º, § 3º, do Decreto 4.887/2003, ao comandar sejam levados em consideração, na medição e demarcação das terras, os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas, longe de submeter o procedimento demarcatório ao arbítrio dos próprios interessados, positiva o devido processo legal na garantia de que as comunidades interessadas tenham voz e sejam ouvidas. Aliás, não há leitura do art. 2º, § 3º, do Decreto 4.887/2003 que ampare a conclusão de que deixada, a delimitação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, ao arbítrio exclusivo dos interessados. Tal conclusão corresponde a verdadeiro *non sequitur*, sequer admitida, portanto, como possibilidade hermenêutica legítima. Com efeito, o fato de o art. 2º, § 3º, do Decreto 4.887/2003 dispor que os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas serão levados em consideração pela

Administração durante o procedimento de medição e demarcação das terras, assegurando a sua participação, em absoluto traduz sejam tais parâmetros os únicos objeto[s] de análise ou vinculem o ato administrativo correspondente. Dessa forma, não detecto, nos critérios em exame, tal como definidos no Decreto 4.887/2003, incompatibilidade com a Constituição da República. 4.4.3. A possibilidade do controle institucional dos sujeitos alcançados pela norma constitucional transitória, apesar de limitada quanto ao componente da determinação dos sujeitos coletivos considerados remanescentes das comunidades dos quilombos, diante do critério da autodefinição, não deixa de se fazer presente no tocante à caracterização da ocupação territorial. Isso porque não basta, à incidência do art. 68 do ADCT, a autodefinição do sujeito coletivo como remanescente de quilombo. Necessária a evidência da ocupação tradicional das terras reivindicadas, sem o que, de resto, sequer se poderia cogitar de relação territorial específica. [STF. ADI 3.239, rel. min. Cezar Peluso, red. do ac. min. Rosa Weber, j. 8-2-2018, DJE de 1º-2-2019.]

DIREITO DE PROPRIEDADE E POVOS INDÍGENAS

• **Direito de propriedade dos povos indígenas sobre seus territórios**

115. A Corte recorda que o artigo 21 da Convenção Americana protege o estreito vínculo que os povos indígenas mantêm com suas terras bem como com seus recursos naturais e com os elementos incorporais que neles se originam. Entre os povos indígenas e tribais existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Essas noções do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas a Corte estabeleceu que merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a afirmar que só existe uma forma de usar os bens, e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar

Art. 21

ilusória a proteção desses coletivos por meio dessa disposição. Ao se desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, se poderia afetar outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e à própria sobrevivência das comunidades indígenas e seus membros. 116. A jurisprudência desta Corte reconheceu reiteradamente o direito de propriedade dos povos indígenas sobre seus territórios tradicionais e o dever de proteção que emana do artigo 21 da Convenção Americana, à luz das normas da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, bem como os direitos reconhecidos pelos Estados em suas leis internas ou em outros instrumentos e decisões internacionais, constituindo, desse modo, um *corpus juris* que define as obrigações dos Estados Partes na Convenção Americana, em relação à proteção dos direitos de propriedade indígena. [Corte IDH. **Caso do Povo indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 5-2-2018.]

Pouco importa que no caso brasileiro a propriedade das terras indígenas seja da União (art. 21, XI, CR/1988). E assim é porque, segundo a decisão, o art. 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (...) que pode ser subordinado pela lei ao interesse social, deve ser interpretado como abrangente dos direitos dos índios às suas terras, na forma de sua ocupação tradicional e seu enfoque coletivo. [STF. **Pet 3.388**, rel. min. Ayres Britto, voto do min. Menezes Direito, j. 19-3-2009, P, DJE de 25-9-2009, republicação no DJE de 1º-7-2010.]

Art. 21

- **Exploração de recursos naturais nos territórios de comunidades indígenas**

156. A Corte Interamericana destacou que, quando os Estados impõem limitações, ou restrições, ao exercício do direito dos povos indígenas à propriedade de suas terras, territórios e recursos naturais devem respeitar certas diretrizes. Assim, “quando a propriedade comunal indígena e a propriedade privada particular entram em contradições reais, ou aparentes, a Convenção Americana e a jurisprudência do Tribunal dispõem as diretrizes para definir as restrições admissíveis”, as

quais devem ser estabelecidas por lei, ser necessárias e proporcionais e ter por finalidade alcançar um objetivo legítimo numa sociedade democrática, sem implicar uma denegação da subsistência como povo. O Tribunal também afirmou que, tratando-se de recursos naturais que se encontram no território de uma comunidade indígena, além dos critérios mencionados, exige-se que o Estado se assegure de que essas restrições não impliquem uma denegação da subsistência do próprio povo indígena. 157. É por esse motivo que no *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*, o Tribunal estabeleceu que, para que a exploração, ou extração, de recursos naturais, nos territórios ancestrais, não impliquem uma denegação da subsistência do povo indígena como tal, o Estado deve aplicar as seguintes salvaguardas: i) efetuar um processo adequado e participativo que garanta seu direito à consulta, em especial, entre outras hipóteses, em casos de planos de desenvolvimento, ou de investimento, em grande escala; ii) a realização de um estudo de impacto ambiental; e iii) quando seja pertinente, distribuir de maneira prudente os benefícios que decorram da extração dos recursos naturais (como uma forma de justa indenização exigida pelo artigo 21 da Convenção), segundo o que a própria comunidade determine e resolva a respeito de quais seriam os beneficiários dessa compensação, segundo seus costumes e tradições. [Corte IDH. **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 27-6-2012.]

Art. 21

- **Parâmetros para resolução de conflito entre o direito à propriedade coletiva indígena e a propriedade privada particular**

144. Quando a propriedade comunal indígena e a propriedade privada particular entram em contradições reais ou aparentes, a própria Convenção Americana e a jurisprudência do Tribunal oferecem as diretrizes para definir as restrições admissíveis ao gozo e ao exercício destes direitos, a saber: a) devem estar estabelecidas por lei; b) devem ser necessárias; c) devem ser proporcionais, e d) devem ser feitas com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática. 145. O art. 21.1 da Convenção dispõe que “[a] lei pode subordinar [esse]

uso e gozo [dos bens] ao interesse social.” A necessidade das restrições legalmente contempladas dependerá de que estejam destinadas a atender a um interesse público imperativo, sendo insuficiente que se demonstre, por exemplo, que a lei cumpre um propósito útil ou oportuno. A proporcionalidade reside em que a restrição deve ajustar-se estreitamente à consecução de um legítimo objetivo, interferindo na menor medida possível no efetivo exercício do direito restringido. Finalmente, para que sejam compatíveis com a Convenção, as restrições devem justificar-se segundo objetivos coletivos que, por sua importância, preponderem claramente sobre a necessidade do pleno gozo do direito restringido. [Corte IDH. **Caso Comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguai**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 17-6-2005.]

21.2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

- **Restrições ao direito de propriedade**

60. O direito à propriedade privada deve ser entendido no contexto de uma sociedade democrática onde, para a prevalência do bem comum e dos direitos coletivos, devem existir medidas proporcionais que garantam os direitos individuais. A função social da propriedade é elemento fundamental para o seu funcionamento, e é por isso que o Estado, a fim de garantir outros direitos fundamentais de vital relevância para uma determinada sociedade, pode limitar ou restringir o direito à propriedade privada, sempre respeitando os pressupostos contidas na norma do artigo 21 da Convenção, e os princípios gerais do direito internacional. 61. O direito de propriedade não é um direito absoluto, pois o artigo 21.2 da Convenção estabelece que, para que a privação dos bens de uma pessoa seja compatível com o direito de propriedade, deve ser fundada em razões de utilidade pública ou de interesse social,

estar sujeito ao pagamento de justa indenização, praticada de acordo com os casos e as formas estabelecidas por lei e realizada de acordo com a Convenção. 62. Por sua vez, este Tribunal indicou que “a restrição dos direitos consagrados na Convenção deve ser proporcional ao interesse da justiça e ajustar-se estreitamente à consecução desse objetivo, interferindo o menos possível no exercício efetivo de um direito [...]”. 63. A Corte considera que, para que o Estado satisfaça legitimamente um interesse social e encontre um justo equilíbrio com o interesse do indivíduo, deve utilizar meios proporcionais para violar o menos possível o direito de propriedade da pessoa objeto da restrição. Nesse sentido, a Corte considera que no contexto de uma privação do direito à propriedade privada, especificamente no caso de uma expropriação, tal restrição exige o cumprimento e fiel exercício de requisitos ou exigências já consagrados no artigo 21.2 da Convenção. [...] 65. A este respeito, a Corte considerou que não é necessário que todas as causas de privação ou restrição do direito de propriedade sejam indicadas na lei, mas é necessário que a referida lei e sua aplicação respeitem o conteúdo essencial do direito à propriedade privada. Este direito significa que qualquer limitação a ele deve ser excepcional. Da excepcionalidade decorre que qualquer medida de restrição deve ser necessária para alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática, de acordo com o objeto e finalidade da Convenção Americana. Portanto, é necessário analisar a legitimidade da utilidade pública e o procedimento ou processo que foi utilizado para perseguir tal finalidade. [Corte IDH. **Caso Salvador Chiriboga vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 3-3-2011. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñíiguez**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2007.

- **Indenização justa nos casos de expropriação legal de bens**

95. O artigo 21.2 da Convenção Americana estabelece expressamente o pagamento de uma justa indenização como requisito para poder realizar uma privação de bens. 96. A este respeito, o Tribunal considera que

nos casos de expropriação o pagamento de uma indenização constitui um princípio geral de direito internacional, que decorre da necessidade de procurar um equilíbrio entre o interesse geral e o do proprietário. Tal princípio foi incluído na Convenção Americana em seu artigo 21, quando se refere ao pagamento de “compensação justa”. Este Tribunal considera que, para conseguir o pagamento de uma justa indenização, esta deve ser adequada, tempestiva e efetiva. 97. Neste sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem interpretado a norma contida no artigo 1º do Protocolo nº 1, considerando que existe um direito intrínseco a receber uma indenização pela privação de bens. Da mesma forma, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas através da Resolução nº 1.803 indicou que no âmbito da soberania de um Estado por expropriação por motivo de utilidade pública é dever deste pagar ao proprietário a devida indenização. Além disso, o princípio segundo o qual a indenização é exigida em caso de expropriação foi reafirmado pela jurisprudência internacional. 98. A Corte considera que, nos casos de expropriação, para que a justa indenização seja adequada, deve-se tomar como referência o valor comercial do bem objeto da expropriação antes de sua declaração de utilidade pública, e levando em conta a justa equilíbrio entre o interesse geral e o interesse particular a que se refere esta Sentença [...]. **[Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Equador. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 3-3-2011. Tradução livre.]**

- **Privação dos direitos de propriedade sobre obra literária**

105. Conforme demonstrado, além da supressão da informação eletrônica referente ao livro que estava em dois computadores, 16 exemplares do livro, 1 disquete com o texto completo da publicação, três pacotes com cinco livros cada, três embalagens com número indeterminado de páginas que sobraram da publicação e envelopes com estampagem eletrostática da publicação com os originais do texto, bem como na casa do senhor Palamara Iribarne, 874 exemplares do referido livro [...]. Em 7 de junho de 1996, o Secretário do Tribunal Naval de Magalhães verificou a existência do material apreendido e emitiu uma certidão a

respeito. 106. Os atos mencionados no parágrafo anterior implicaram a efetiva privação da propriedade dos bens tangíveis do Sr. Palamara Iribarne relacionados ao seu livro. Tal privação de propriedade de sua obra impediu o Sr. Palamara Iribarne de publicar, divulgar e comercializar sua criação, de modo que não pôde continuar com sua intenção de obter retorno financeiro dessa publicação e se beneficiar da proteção que lhe correspondia pela obra criada. É evidente que as inscrições do livro feitas pela esposa do Sr. Palamara Iribarne em dois registros foram feitas com a intenção de usar e usufruir dos direitos autorais. Estes direitos estão sujeitos a avaliação e fazem parte do patrimônio do proprietário. [Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 22-11-2005. Tradução livre.]

- **Limitações a direito adquirido de receber pensão**

115. A Corte observa que, embora quando os trabalhadores da SBS se transferiram para o regime do setor privado (1981), o nível de pensão poderia ter sido fixado de acordo com o salário recebido por um funcionário sujeito ao regime público de nível ou categoria similar ao das supostas vítimas, não foi assim interpretado pelas autoridades estatais. Mais ainda, foi o próprio Estado que, por se valerem do regime previdenciário do Decreto-Lei nº 20.530, concedeu-lhes, por meio de atos administrativos, valor de pensão nivelável de acordo com o salário de funcionário da ativa da SBS. Adicionalmente, mas ainda mais importante do que isto, ao resolver as ações de garantia movidas pelos cinco pensionistas, os tribunais nacionais ordenaram-lhes que continuassem a pagar os subsídios de reforma nos termos em que o tinham feito, ou seja, equiparando-os com a remuneração recebida pelos ativos oficiais da SBS, que pertencem ao regime de atividade privada. Isso configurou, em benefício dos pensionistas, um direito protegido pelas sentenças de garantia, que, sendo ignoradas pelo Estado, os afetaram patrimonialmente, violando o artigo 21 da Convenção. 116. Embora o direito a uma pensão nivelada seja um direito adquirido, de acordo com o artigo 21 da Convenção, os Estados podem impor limitações ao gozo do direito de propriedade por motivos de utilidade pública ou interesse social.

No caso dos efeitos patrimoniais das pensões (montante das pensões), os Estados só podem reduzi-los pelos meios legais adequados e pelas razões já indicadas. [Corte IDH. **Caso Cinco pensionistas vs. Peru.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-2-2003. Tradução livre.]

21.3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

ARTIGO 22. DIREITO DE CIRCULAÇÃO E DE RESIDÊNCIA

22.1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.

- **Êxodo forçado de comunidades indígenas**

177. [...] os habitantes maia-achí da aldeia Chichupac e das comunidades vizinhas de Rabinal se viram obrigados a fugir dos seus territórios a partir do massacre de 08 de janeiro de 1982 e da violência que imperava na região, implementada por agentes das forças de segurança pública, que incluiu massacres, execuções, desaparecimentos, violações sexuais e perseguições. Como consequência, existiram movimentos massivos dessas pessoas para se refugiarem nas montanhas, em outros lugares da zona e, posteriormente, em outros municípios, departamentos, cidades e fora do Estado. Os militares continuaram com a perseguição nas montanhas, bem como com a perseguição das pessoas que retornavam às comunidades. Paralelamente, as forças de segurança pública queimaram casas, roubaram os seus pertences e provisões, destruíram as plantações e colheitas e roubaram ou mataram os animais. Dessa forma, destruíram os meios de vida fazendo com que o deslocamento persistisse e impedisse o retorno. A partir do ano 1983, membros do Exército Nacional construíram a aldeia modelo, ou colônia, em Chichupac. As pessoas que habitavam esse lugar viveram em condições precárias, sob um forte controle militar, sem que tivessem liberdade, e foram obrigadas a trabalhar para alimentar e sustentar os militares. Os homens foram obrigados a patrulhar novamente a zona e algumas mulheres sofreram violência sexual. Finalmente, entre os anos 1986 e 1987 os militares abandonaram a colônia. 178. Consta na prova apresentada neste caso que houve comunidades que ficaram completamente vazias durante muito tempo e que essa situação perdurou até depois de 09 de março de 1987, data em que a Guatemala reconheceu a competência deste Tribunal, e que muitos dos membros da aldeia Chichupac e comunidades vizinhas

Art. 22

do município de Rabinal permanecem deslocadas até esta data. [...] 172. O artigo 22.1 da Convenção reconhece o direito de circulação e de moradia. A Corte já estabeleceu em outros casos que este artigo também protege o direito a não ser deslocado forçadamente dentro de um Estado-Parte, e que os Princípios Reitores dos Deslocamentos Internos das Nações Unidas resultam particularmente relevantes para determinar o seu conteúdo e abrangência. Aqueles que definem que “se entende por deslocadas internas as pessoas ou grupos de pessoas que se viram forçadas ou obrigadas a escapar ou fugir do seu lar ou do seu lugar de moradia habitual, especialmente como resultado ou para evitar os efeitos de um conflito armado, de situações de violência generalizada, de violações dos direitos humanos [...], e que não atravessaram fronteiras nacionais de forma reconhecida”. [Corte IDH. **Caso Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do município de Rabinal vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30-11-2016].

22.2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.

- **Execução da sentença condenatória e afastamento do art. 22 da Convenção**

Habeas corpus. Pedido de autorização, formulado ao Juízo da ação penal, para que a ré possa se ausentar do país. Superveniência de sentença condenatória. Substituição da pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem cumpridas no espaço de 02 (dois) anos: prestação de serviços à comunidade e entrega mensal de cestas básicas a entidade assistencial. Circunstância que se mostra incompatível com o pedido, tendo em vista que a paciente tem residência fixa nos Estados Unidos, onde tem marido e possui estabelecimento comercial, o que poderia frustrar a execução da sentença condenatória, cujo cumprimento afasta a alegação de ofensa aos arts. 17 e 22 do Pacto de São José da Costa Rica. Pedido indeferido. [STF. **HC 82.016**, rel. min. Ellen Gracie, j. 26-11-2002, 1ª T, DJ de 7-2-2003.]

22.3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

22.4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.

22.5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar.

22.6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado-Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.

22.7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.

Art. 22

- **Intepretação quanto ao direito de asilo protegido pelo art. 22.7 da Convenção Americana**

O direito humano sobre o qual a Corte centrou seu trabalho interpretativo foi o “direito ao asilo” [...] No entanto, dado que o termo

asilo constitui um conceito ambíguo tanto no Direito nacional como no internacional, neles expressando significados distintos, a Corte foi chamada a interpretar se o art. 22.7 da Convenção e o art. XXVII da Declaração abrangeriam um direito humano a diversas modalidades de asilo, isto é, asilo territorial, estatuto do refugiado, e asilo diplomático, ou, ao contrário, o direito de asilo nos referidos instrumentos está circunscrito a uma ou várias das referidas figuras. [...] Em conclusão, a Corte interpretou que o asilo diplomático não se encontra protegido à luz do art. 22.7 da Convenção Americana ou pelo art. XXVII da Declaração Americana. Dessa forma, o direito de buscar e receber asilo no âmbito do sistema interamericano caracteriza-se como um direito humano de buscar e receber proteção internacional no território estrangeiro [...]. Finalmente, a Corte considerou pertinente pronunciar-se sobre o argumento de que o asilo diplomático constitui um costume regional e pontuou que o elemento da *opinio juris* necessário para determinar uma norma consuetudinária não se encontrava presente, apesar do costume dos Estados de outorgar o asilo diplomático em certas situações ou de conceder algum tipo de proteção no âmbito de suas embaixadas. [Corte IDH. OC-25/2008. Opinião consultiva sobre a instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no sistema interamericano de proteção, solicitada pela República do Equador, proferida em 30-5-2018. Tradução livre.]

Art. 22

22.8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

- **Extradição política disfarçada**

4. Extradição política disfarçada: ocorre quando o pedido revela aparência de crime comum, mas de fato dissimula perseguição política. 5.

Peculiar situação do extraditando na vida política do Estado requerente, que lhe ensejou arraigada perseguição política, circunstância que agrava a sub-recepção do pedido extradicional. 6. Corréus indiciados no mesmo procedimento, que tiveram as prisões preventivas revogadas: situação de que não se beneficiou o extraditando e que sedimenta o intuito persecutório. Hipótese de extradição política disfarçada. 7. Extradição indeferida com base nos incisos LII do art. 5º da Constituição Federal e VII do art. 77 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 (com a redação dada pela Lei 6.964/1981,) e art. 22, item 8, da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica –, aprovada pelo Decreto Legislativo 27/1992 e promulgada pelo Decreto 676/1992. [STF. Ext 794, rel. min. Maurício Corrêa, j. 17-12-2001, P, DJ de 24-5-2002.]

22.9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

- **Procedimentos que podem resultar na expulsão ou deportação de estrangeiros devem ser individualizados sob pena de violação do art. 22.9 da Convenção Americana**

381. Como indicado acima, a Corte sustentou que para cumprir com a proibição das expulsões coletivas, um processo que possa resultar na expulsão ou deportação de um estrangeiro, deve ser individual, de modo a avaliar as circunstâncias pessoais de cada sujeito o que requer no mínimo, a identificação da pessoa, e esclarecimento das circunstâncias particulares de sua situação migratória. Ademais, o referido procedimento não deve discriminar em razão de nacionalidade, cor, raça, sexo, língua, religião, opinião política, origem social ou outro status, e deve observar as assinaladas garantias mínimas [...]. [...] 383. [...] das declarações das supostas vítimas depreende-se que as expulsões se realizaram de forma coletiva e sumária. [Corte IDH. **Caso Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-8-2014.]

ARTIGO 23. DIREITOS POLÍTICOS

23.1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

- **Candidatura avulsa e gozo dos direitos políticos**

10. A crise de confiança que se instalou atinge inclusive os partidos políticos. As agremiações com maior expressão no cenário nacional tiveram membros citados em colaborações premiadas e denunciados em escândalos de corrupção. Pesquisas de opinião indicam que o grau de confiança dos cidadãos nos partidos políticos é atualmente baixíssimo. E levantamentos empíricos da ONG Transparência Brasil sugerem que o domínio familiar sobre os partidos se encontra em ascensão, tornando menos acessível ao cidadão comum a candidatura política por meio dessas instituições. 11. Nessas circunstâncias, o exame da viabilidade constitucional de candidaturas independentes (sem filiação partidária) parece ser uma das questões mais relevantes e de maior impacto político, social, econômico e jurídico para o país que essa Corte poderia examinar. É que o reconhecimento das candidaturas avulsas pode desbloquear o acesso do cidadão comum à política, ampliar a concorrência eleitoral e, com isso, reforçar a legitimidade do sistema político e sua credibilidade aos olhos da população. 12. Não desconheço a existência de jurisprudência nesta Corte mencionando a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade. No entanto, como observado pelos recorrentes, não há na literalidade do texto do art. 14, § 3º, da Constituição vedação expressa à candidatura independente. Mais do que isso: o que o dispositivo em questão prevê é apenas a exigência da filiação partidária “na forma da lei” [...]. [STF. **ARE 1.054.490 QO**, rel. min. Roberto Barroso, j. 5-10-2017, P, DJE de 9-3-2018.]

- **O direito de participação política contém restrições à reeleição presidencial**

59. Por sua vez, o artigo 23.1 da Convenção estabelece que todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: i) participar na condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; ii) votar e ser eleito em autênticas eleições periódicas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto que garanta a livre expressão dos eleitores, e iii) aceder a cargos públicos no seu país, em condições gerais de igualdade. Ao contrário de outros artigos da Convenção, o artigo 23 estabelece que seus titulares devem gozar não apenas de direitos, mas também de “oportunidades”. Este último termo implica a obrigação de garantir com medidas positivas que toda pessoa formalmente titular de direitos políticos tenha a oportunidade real de exercê-los. Portanto, o Estado deve proporcionar as condições e mecanismos para que tais direitos possam ser efetivamente exercidos, respeitando o princípio da igualdade e não discriminação. [...] 94. Em relação aos tratados internacionais, observa-se que não há menção à figura da reeleição presidencial indefinida na Carta da OEA ou na Carta Democrática Interamericana, nem em nenhum tratado de direitos humanos na região. Também não há referência expressa à reeleição presidencial por prazo indeterminado como direito humano nos tratados internacionais de direitos humanos nos sistemas universal, europeu e africano. 95. O direito que deriva expressamente da Convenção Americana e do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos é o direito de votar e ser eleito. Da mesma forma, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Tribunal Africano de Direitos Humanos entenderam ainda que o direito de concorrer a um cargo eletivo também decorre da Convenção Europeia e da Carta Africana, respectivamente. 96. Nesse sentido, não decorre de tratados internacionais de direitos humanos que tenha sido reconhecida a existência de um direito autônomo à reeleição para o cargo de presidência. [Corte IDH. **OC-28/2021. Opinião consultiva sobre a figura da reeleição presidencial indefinida nos sistemas presidenciais no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (interpretação e alcance dos artigos 1, 23, 24 e 32**

da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, XX da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, 3.d da Carta da Organização dos Estados Americanos e da Carta Democrática Interamericana, solicitada pela República da Colômbia, em 7-6-2021. Tradução livre.]

- **O Estado deve contar com mecanismos para garantir a participação dos povos indígenas, em especial na tomada de decisões a eles pertinente**

196. [...] a Corte recorda que o artigo 23 da Convenção Americana estabelece o dever de gozar dos direitos e oportunidades “de participar da condução dos negócios públicos [...]”. Nesse sentido, a participação das comunidades indígenas na conservação ambiental não é apenas uma questão de interesse público, mas também parte do exercício de seu direito como povos indígenas de participar da tomada de decisões sobre questões que afetam seus direitos, de acordo com seus próprios procedimentos e instituições. [...] 202. [...] a Corte reitera que o artigo 23 da Convenção Americana estabelece que “todo cidadão deve gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) [...] participar da condução dos assuntos públicos [...]”. 203. Em vista disso, a fim de garantir o uso e gozo do direito à propriedade coletiva indígena, de acordo com os artigos 1.1 e 21 da Convenção, sobre o uso ou exploração dos recursos naturais em seu território tradicional, o Estado para para os fins deste caso, deve contar com mecanismos que garantam a participação efetiva dos povos indígenas, por meio de procedimentos culturalmente adequados para a tomada de decisões por parte desses povos. O anterior não é apenas uma questão de interesse público, mas também faz parte do exercício de seu direito de participar da tomada de decisões sobre assuntos que afetem seus interesses, de acordo com seus próprios procedimentos e instituições, em relação ao artigo 23 da convenção americana. [Corte IDH. **Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2015. Tradução livre.]

- **A demissão motivada por represália política viola o direito previsto no art. 23**

116. No presente caso, alega-se que a sra. San Miguel, a sra. Chang e a sra. Coromoto foram discriminadas, tendo sido rescindidos seus contratos de serviço com uma entidade estatal, precisamente por terem assinado o pedido de referendo. (...) 117. Nos termos das referidas normas internacionais e constitucionais, o ato de assinar o pedido de referendo, para fins de remoção de um alto funcionário público, neste caso o presidente da República, implicava a participação em um procedimento de ativação de um mecanismo da democracia direta reconhecido no sistema legal interno. Ou seja, tal ato implica intrinsecamente o exercício de um direito de participação política, prevista na Constituição venezuelana de maneira específica e protegido pelo art. 23 da Convenção. [Corte IDH. **Caso San Miguel Sosa e outras vs. Venezuela. Mérito, reparações e custas. Sentença de 8-2-2018. Tradução livre.**]

23.1.a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

- **Violação ao direito de participação na política**

115. O Tribunal nota que, no desenvolvimento da participação política representativa, os eleitos exercem sua função por mandato ou designação e em representação de uma coletividade. Esta dualidade recai tanto no direito do indivíduo que exerce o mandato ou que é designado para tanto (participação direta), como no direito da coletividade a ser representada. Nesse sentido, a violação do primeiro repercute na violação do outro direito. 116. No presente caso, Florencio Chitay foi deliberadamente impedido, pela estrutura política do Estado, de participar do exercício democrático daquele em representação de sua comunidade, que de acordo com sua cosmovisão e tradição foi eleito para servir e contribuir na construção de seu livre desenvolvimento. Do mesmo modo, a Corte nota que não é razoável que, sendo a popu-

lação indígena uma das maioritárias na Guatemala, a representação indígena através de seus líderes, como Florencio Chitay Nech, veja-se interrompida. 117. Portanto, o Estado descumpriu seu dever de respeito e garantia dos direitos políticos de Florencio Chitay Nech em razão de seu desaparecimento forçado, configurado como um desaparecimento seletivo, e o privou do exercício do direito à participação política em representação de sua comunidade, reconhecido no art. 23.1 inciso a) da Convenção Americana. [Corte IDH. **Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-5-2010.]

23.1.b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

- **Direito de votar e ser eleito**

146. A participação política pode abranger atividades amplas e diversas que as pessoas realizam individualmente ou organizadas, com o objetivo de intervir na nomeação de quem vai governar um Estado ou encarregar-se da direção dos negócios públicos, bem como influenciar a formação da política de Estado por meio de mecanismos de participação direta. 147. Os cidadãos têm o direito de participar ativamente na condução dos assuntos públicos diretamente por meio de referendos, plebiscitos ou consultas ou por meio de representantes livremente escolhidos. O direito de voto é um dos elementos essenciais para a existência da democracia e uma das formas pelas quais os cidadãos expressam livremente a sua vontade e exercem o direito à participação política. Este direito implica os cidadãos poderem decidir diretamente e escolher livremente e em condições de igualdade quem os representará na tomada de decisões sobre assuntos públicos. 148. Por seu lado, a participação política pelo exercício do direito de ser eleito significa que os cidadãos podem candidatar-se em condições de igualdade e exercer

cargos públicos sujeitos a eleição se conseguirem obter o número de votos necessários para o efeito assim. 149. O direito e a oportunidade de votar e ser eleito, consagrado no artigo 23.1.b da Convenção Americana, exerce-se regularmente em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos os eleitores. Além dessas características do processo eleitoral (eleições periódicas e autênticas) e dos princípios do sufrágio (universal, igualitário, secreto, que reflete a livre expressão da vontade popular), a Convenção Americana não estabelece uma modalidade ou sistema eleitoral específico pelo qual o direito de votar e ser eleito deve ser exercido [...]. A Convenção limita-se a estabelecer certas normas dentro das quais os Estados podem e devem regulamentar legitimamente os direitos políticos, desde que tal regulamentação cumpra os requisitos legais, se destine a cumprir um fim legítimo, seja necessária e proporcional; ou seja, ser razoável de acordo com os princípios da democracia representativa. [\[Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 6-8-2008. Tradução livre.\]](#)

- **Direito de buscar proteção judicial para exercer o direito político de ser eleito.**

99. No presente caso, a suposta vítima procurou exercer seu direito à proteção judicial para obter uma determinação sobre o alcance e conteúdo de um direito humano, o direito político de ser eleito, consagrado no artigo 23.1.b. da Convenção Americana e no artigo 35, inciso II, da Constituição Mexicana, e eventualmente obter uma decisão judicial a favor de sua reclamação. [...]. 145. O artigo 23º contém diversas normas que se referem aos direitos da pessoa enquanto cidadão, isto é, enquanto titular do processo decisório nos assuntos públicos, enquanto eleitor pelo voto ou enquanto servidor público, isto é, ser eleito pelo voto popular ou por designação ou nomeação para exercer cargo público. Além de ter a particularidade de serem direitos reconhecidos aos cidadãos, ao contrário de quase todos os outros direitos previstos na Convenção que são reconhecidos a todas as pessoas, o artigo 23 da Convenção não só

estabelece que seus titulares devem gozar de direitos, mas acrescenta o termo “oportunidades”. Este último implica a obrigação de garantir com medidas positivas que toda pessoa formalmente titular de direitos políticos tenha a oportunidade real de exercê-los. Como já indicou esta Corte, é imprescindível que o Estado crie as condições e os mecanismos ideais para que os direitos políticos possam ser exercidos de forma efetiva, respeitando o princípio da igualdade e não discriminação. [Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 6-8-2008. Tradução livre.]

23.1.c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

- **Os critérios de destituição das funções públicas devem estar previstos em lei**

238. Como consequência dos processos disciplinares a que foram submetidas, três das supostas vítimas foram destituídas e afastadas do Poder Judiciário. A Corte considera que essas demissões constituíram medidas arbitrárias, devido às circunstâncias em que as supostas vítimas foram punidas e às violações do devido processo verificadas no presente caso em relação ao processo disciplinar. Este Tribunal considera que a destituição das supostas vítimas, por meio de um procedimento não previsto legalmente e que não respeitou as garantias de competência, independência e imparcialidade, afetou indevidamente o direito de permanecer no cargo em condições de igualdade de [outros] em violação do artigo 23.1.c da Convenção Americana. [...] 239. Em virtude de todas as considerações anteriores, a Corte conclui que: os processos disciplinares aos quais foram submetidas as supostas vítimas não foram legalmente estabelecidos; o Conselho da Carreira Judicial era incompetente e carecia da independência necessária para resolver os recursos contra os acordos de rescisão do Supremo Tribunal de Justiça; a forma como o Conselho de Carreira Judicial foi constituído para decidir os recursos

interpostos pelas supostas vítimas não garantiu adequadamente sua imparcialidade, e o Supremo Tribunal de Justiça não ofereceu garantias objetivas de imparcialidade para julgar as supostas infrações disciplinares das supostas vítimas, na medida em que todas estiveram relacionadas com condutas relacionadas com o golpe de Estado. [Corte IDH. **Caso López Lone e outros vs. Honduras**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 5-10-2015. Tradução livre.]

- **Concurso público e igualdade de circunstâncias**

A realização de concurso público revela-se como oportunidade de ascensão ou mobilidade social, como realização de planos de vida, permitindo que todos persigam seus projetos de vida e suas ambições. A importância de se igualar as circunstâncias originais tanto quanto possível, a fim de permitir que cada pessoa aja com base nos planos de vida escolhidos, foi destacada pelo filósofo canadense Will Kymlicka, ao apontar que “Nossas circunstâncias afetam nossa capacidade de perseguir nossas ambições. (...) Se, ao tentarmos igualar os meios, impedirmos qualquer pessoa de alcançar seus fins, então, teremos fracassado completamente”. (KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 102). Como corolário do princípio da isonomia, a ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas é assegurada expressamente em nosso sistema constitucional (art. 37, I, CRFB). Veda-se, assim, discriminações de acesso pautadas em razões de toda a sorte, dentre as quais por motivos religiosos, como mais especificamente inserto nos dispositivos constitucionais referentes às relações de trabalho. Presente em todas as constituições brasileiras, o direito de concorrer em condições de igualdade ao ingresso no serviço público também foi reconhecido pelo Pacto de São José da Costa Rica (art. 23, 1, c) e pela Declaração Universal de Direitos Humanos, que, nos termos do artigo XXI, 2, prescreve que “toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país”. A medida promove a eficiência administrativa, ante a necessidade de otimizar a atuação estatal por meio da seleção dos mais aptos (MOTTA, Fabrício Macedo. Comentário ao artigo 37, I. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES,

Gilmar, F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L (coord). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 826). *In casu*, ao limitar as oportunidades de realização de certame em data alternativa, a pretensa neutralidade não contribui para uma política igualitária, tendo em vista as consequências sociais decorrentes da eventual exclusão dessa parcela da população do concurso público. A remarcação do teste de aptidão física promove a eficiência administrativa, máxime em razão de o concurso público constituir um instrumento de seleção de pessoal para funções administrativas e de ser evidente a necessidade de otimizar a atuação estatal por meio da seleção dos mais aptos. Nesse sentido, as lições de Hely Lopes Meirelles: “O concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei.” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 2016. p. 542). Em concursos públicos, o aumento da competitividade promove o interesse legítimo da Administração Pública de selecionar os candidatos mais bem qualificados. A remarcação, assim, atinge o melhor resultado com recursos mínimos, vez que o certame prossegue quanto aos demais, sem descuidar da moralidade e da impessoalidade. Importante consideração refere-se ao direito contraposto dos demais candidatos envolvidos no certame. O candidato não será aprovado por ser adventista, mas tão somente lhe será oportunizado participar efetivamente do certame independentemente de sua religião. O recorrido se submete oportunamente à avaliação de aptidão física, tal qual os demais candidatos. A remarcação, assim, pretende neutralizar os efeitos da fé professada, contribuindo para a real igualdade de oportunidades. [STF. RE 611.874, rel. min. Dias Toffoli, red. do ac. min. Edson Fachin, voto do min. Luiz Fux, j. 26-11-2020, P, DJE de 12-4-2021. Tema 386.]

- **Gestante, concurso público e remarcação de teste de aptidão física: acesso em condições de igualdade às funções públicas do país**

Como corolário do princípio da isonomia, a ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas é assegurada expressamente em nosso sistema constitucional (art. 37, I). Veda-se, assim, discriminações de acesso pautadas em razões de toda a sorte, dentre as quais a de gênero, como mais especificamente inserto nos dispositivos constitucionais referentes às relações de trabalho. Presente em todas as constituições brasileiras, o direito de concorrer em condições de igualdade ao ingresso no serviço público também foi reconhecido pelo Pacto de São José da Costa Rica (art. 23, 1, c) e pela Declaração Universal de Direitos Humanos, que, nos termos do artigo XXI, 2, prescreve que “toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país”. [...] Some-se que, no caso concreto, o exame de aptidão física configura um teste de realização, vez que o rendimento de um candidato não afasta outro candidato. Em provas de mera execução, o candidato deve concluir as tarefas com índices mínimos, inexistindo classificação nem competição. Assim, superado o estado gravídico, a candidata deve comprovar que possui a mesma aptidão física exigida para os demais candidatos, obtendo a performance mínima. Como o eventual melhor desempenho dela não afeta o resultado dos demais, não há que se cogitar de qualquer vantagem competitiva decorrente da postergação. Ela apenas não será eliminada do certame prematuramente, como o seria por estar grávida. [...] A discricionariedade do administrador público se resguarda no desenho procedimental adequado para a realização do novo teste, bem como no prosseguimento do certame em relação aos demais. As condições e prazos para a remarcação e realização do novo teste devem ser previstas em edital, de modo a preservar a previsibilidade do concurso público para todos os candidatos. Resta demonstrado, assim, que a remarcação do teste de aptidão física constitui direito da candidata gestante, independentemente de disposição editalícia, sendo esta a única exegese que se coaduna com a igualdade, a liberdade, a dignidade e outros valores

prestigiados pela Constituição Federal. [STF. RE 1.058.333, rel. min. Luiz Fux, j. 21-11-2018, P, DJE de 27-7-2020.]

23.2 A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

- **Minirreforma eleitoral: candidatos que têm participação garantida em debates eleitorais não podem vetar a presença de candidatos convidados pela emissora organizadora, mesmo que esse convidado não atenda ao requisito legal que garanta a sua participação no evento**

2. O *caput* do art. 46 da Lei nº 9.504/1997, com a redação conferida pela Lei nº 13.165/2015, assegura a ampla participação, nos debates eleitorais, dos candidatos de partidos políticos com representação superior a 9 (nove) parlamentares na Câmara dos Deputados. Nesse contexto, a interpretação que se pretende atribuir ao § 5º do art. 46 – de ser possível que candidatos, partidos ou coligações, ao definirem as regras do debate, excluam candidatos que se enquadrem na hipótese do *caput* – contradiz por completo o sentido normativo do art. 46. O § 5º do art. 32 da Resolução nº 23.457/2015 do Tribunal Superior Eleitoral, por seu turno, tão somente explicita a garantia contida no *caput* do art. 46 da Lei nº 9.504/1997 (redação da Lei nº 13.165/2015). 3. No sentido de ampliar o debate político, conferindo maior densidade democrática ao processo eleitoral, o § 5º do art. 46 da Lei 9504/97 deve ser interpretado no sentido de que os candidatos que têm participação garantida não podem vetar candidatos convidados pela emissora. Necessidade de fixação pelo Tribunal Superior Eleitoral de critérios objetivos que atendam os princípios da imparcialidade e da isonomia e o direito à informação. 4. Ação de que se conhece parcialmente e, quanto à parte de que se conhece, julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 5º do

art. 46 da Lei 9.504/97 para esclarecer que as emissoras ficam facultadas para convidar outros candidatos não enquadrados no critério do *caput* do art. 46, independentemente de concordância dos candidatos aptos, conforme critérios objetivos que atendam os princípios da imparcialidade e da isonomia e o direito à informação, a ser regulamentado pelo Tribunal Superior Eleitoral. [STF. ADI 5.488, rel. min. Dias Toffoli, j. 31-8-2016, P, DJE de 19-12-2017.]

- **Participação em rádio e televisão de candidatos de partidos com menor representatividade**

Debates eleitorais no rádio e na televisão. Participação garantida aos candidatos dos partidos políticos com representação superior a nove deputados. Critério razoável de aferição da representatividade do partido. Distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita. Compreensão do princípio da igualdade em seu aspecto material. Legitimação popular das agremiações partidárias. Improcedência do pedido. 1. O art. 46, *caput*, da Lei nº 9.504/97 assegura a participação, nos debates eleitorais, dos candidatos dos partidos políticos com mais de 9 (nove) representantes na Câmara dos Deputados. Critério razoável de aferição da representatividade do partido, pois não obsta a participação nos debates de legendas com menor representatividade, a qual ainda é facultada, a critério das emissoras de rádio e televisão. O direito de participação em debates eleitorais – diferentemente da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão –, não tem assento constitucional e pode sofrer restrição maior, em razão do formato e do objetivo desse tipo de programação. 2. Os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, em consonância com a cláusula democrática e com o sistema proporcional, estabelecem regra de equidade, resguardando o direito das minorias partidárias de acesso à propaganda eleitoral e pondo em situação de benefício não odioso aquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular. O tempo outorgado proporcionalmente à representatividade, embora dividido de forma distinta entre as agremiações, não nulifica a participação de nenhuma legenda concorrente. Precedente: ADI nº 4.430, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJ de 19/9/13. 3. A consideração, na

distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita, da representatividade dos seis maiores partidos políticos de determinada coligação, formada para as eleições majoritárias (inciso I, do § 2º, do art. 47, da Lei nº 9.504/97), é critério que objetiva um equilíbrio na distribuição do tempo de horário eleitoral gratuito, evitando a concentração, em uma coligação majoritária, de dada quantidade de tempo que pudesse caracterizar o monopólio do horário ou a posse de tempo muito maior do que o dos candidatos adversários. Outrossim, esse regramento desestimula a criação de legendas de ocasião, partidos políticos criados sem nenhuma motivação ideológica, com o único escopo de angariar tempo de propaganda eleitoral. [STF. ADI 5.423, rel. min. Dias Toffoli, j. 25-8-2016, P, DJE de 19-12-2017.]

- **Verificação da constitucionalidade de regras para a definição dos participantes nos debates eleitorais**

1. Critérios de repartição do horário eleitoral gratuito entre os partidos 1.1. Todos os partidos políticos têm direito à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, inclusive aqueles sem representação na Câmara dos Deputados. É válida, contudo, a divisão de parte do tempo de propaganda com base na representatividade do partido político na Câmara dos Deputados, desde que o critério de divisão adotado não inviabilize a participação das pequenas agremiações. 1.2. O exame da proporcionalidade do critério de distribuição do direito de antena deve levar em conta, entre outros fatores, o tempo total de propaganda eleitoral gratuita assegurado por lei e a quantidade de partidos políticos existentes. No cenário normativo e político-partidário atual, o critério previsto no art. 47, § 2º, da Lei 9.507/1997, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, revela-se constitucional, assegurando um “espaço mínimo razoável” para as agremiações sem representatividade na Câmara dos Deputados. 1.3. É também constitucional a fixação de critérios distintos para o cálculo da representatividade das coligações conforme se trate de eleições majoritárias ou proporcionais, haja vista a distinta natureza desses dois sistemas de disputa. Assim, a fim de garantir maior equidade na distribuição do horário eleitoral gratuito, é válido que se limite o

cômputo da representatividade em eleições majoritárias ao número de representantes dos seis maiores partidos integrantes da coligação. 2. Regras para a definição dos participantes dos debates eleitorais 2.1. As emissoras de tv e rádio têm a faculdade de realizar debates eleitorais. Optando, no entanto, por promovê-los, têm de obedecer a diretrizes mínimas fixadas em lei, com a finalidade de assegurar (i) o pluralismo político (democracia), (ii) a paridade de armas entre os candidatos na disputa eleitoral (isonomia), e (iii) o direito à informação dos eleitores (liberdade de expressão). 2.2. Em relação à definição dos participantes dos debates, é válida a fixação, por lei, de um critério objetivo que conceda a parcela dos candidatos (os “candidatos aptos”) direito subjetivo à participação nos debates, não podendo a emissora de tv ou de rádio a ele se opor, ainda que com a concordância de outros candidatos. O critério adotado pela legislação brasileira, tal como interpretado pelo TSE, assegura a participação nos debates dos candidatos de partidos ou coligações que tenham representatividade mínima de 10 deputados federais. Trata-se de critério razoável, coerente com as normas relativas à propaganda eleitoral vigentes no país e que cumpre as finalidades constitucionais acima citadas. 2.3. Todavia, o legislador não fechou as portas do debate político a candidatos de partidos ou coligações que tenham menos de 10 deputados federais, tampouco tolheu por completo a liberdade de programação das emissoras de tv e rádio. Unindo essas duas preocupações, a Lei nº 9.504/1997 facultou que as emissoras convidem para os debates candidatos com representatividade inferior à exigida na lei. No caso de competidores bem colocados nas pesquisas de intenção de voto, é razoável concluir que as emissoras terão estímulos para promover a sua inclusão, tanto como forma de aumentar a audiência, quanto de garantir a credibilidade do programa. Esta é a interpretação que já se extraía da legislação eleitoral antes da minirreforma de 2015 e que deve permanecer possível diante do atual cenário normativo, bastando que se confira interpretação conforme a Constituição à nova redação do art. 46, § 5º, da Lei nº 9.504/1997 dada pela Lei nº 13.165/2015. 2.4. A possibilidade de deliberação dos “candidatos aptos” sobre o número de participantes do debate, prevista no art. 46, § 5º, deve ser compreendida restritivamente. Eles não podem, sob pena de ofensa

à democracia, à isonomia e à liberdade de expressão, excluir candidatos convidados pela emissora de tv ou rádio. Haveria, nessa hipótese, um evidente conflito de interesses: o poder de decidir sobre a participação de um competidor ficaria nas mãos de seus próprios adversários, que, por óbvio, não têm nenhum estímulo para conceder espaço nos meios de comunicação de massa a quem possa subtrair seus votos e visibilidade. A alteração promovida pela minirreforma deve ser interpretada, portanto, no sentido de somente possibilitar que 2/3 dos “candidatos aptos” acrescentem novos participantes ao debate – candidatos que não tenham esse direito assegurado por lei nem tenham sido previamente convidados pela emissora. 3. Conclusão 3.1. Parcial procedência desta ADI 5.487 e da ADI 5.488, conferindo-se interpretação conforme ao § 5º do art. 46 da Lei nº 9.504/1997, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, para se determinar que os candidatos aptos não possam deliberar pela exclusão dos debates de candidatos cuja participação seja facultativa, quando a emissora tenha optado por convidá-los. [STF. ADI 5.487, rel. min. Rosa Weber, j. 25-8-2016, P, DJE de 19-12-2017.]

- **Criação de partidos políticos, pluripartidarismo e direitos políticos**

2. A liberdade de criação dos partidos e o pluripartidarismo substanciam vetores hermenêuticos do modelo eleitoral brasileiro. O ordenamento jurídico não veda toda e qualquer desigualação, mas, sim, as desprovidas de critério justificador. Cumpre identificar, na presença da desigualação, o fator tomado ao *discrímen*, bem como os critérios que possam torná-lo elemento suficiente a afastar a arbitrariedade no tratamento não igualitário pela ótica jurídica. 3. Embora se imponha máxima cautela em relação a alterações legislativas que promovam ajustes na sintonia fina entre os postulados da democracia, da isonomia, autonomia partidária, dos direitos à informação, à liberdade de programação e jornalística das emissoras de rádio e televisão e à liberdade de expressão, além de outros, a calibragem do modelo eleitoral, nos moldes em que operada pelo art. 46, *caput*, da Lei das Eleições, não

se traduz em afronta ao texto da Lei Maior. [STF. ADI 5.577, rel. min. Rosa Weber, j. 25-8-2016, P, DJE de 19-12-2017.]

- **Condenação com trânsito em julgado por abuso de poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral e causa de inelegibilidade**

1. O exercício legítimo do *ius honorum* (i.e., direito de ser votado) encontra balizamentos e limites no modelo insculpido pelo constituinte de 1988, que não contemplou um direito amplo de elegibilidade, ao consignar, de um lado, a necessidade de preenchimento das condições de elegibilidade, e, de outro, a não incursão em quaisquer das hipóteses de inelegibilidade, constitucionais ou legais complementares. 2. As limitações ao direito de ser votado fundam-se nos princípios constitucionais da moralidade e da probidade, considerada a vida pregressa do candidato, da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, a teor do que preconiza o art. 14, § 9º, da Lei Fundamental de 1988. 3. A inelegibilidade do art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/90, não encerra sanção, porquanto a procedência dos pedidos deduzidos em ação de investigação judicial eleitoral se assemelha, quanto aos efeitos jurídico-eleitorais, às demais hipóteses das alíneas do art. 1º, I. 4. A causa restritiva ao exercício do *ius honorum* judicialmente reconhecida, com espeque no art. 22, XIV, produz seus efeitos na esfera jurídico-eleitoral do condenado, se – e somente se – o pretendo candidato formalizar requerimento de registro de candidatura em pleitos vindouros, ou, em se tratando de recurso contra a expedição do diploma, nas hipóteses de inelegibilidades infraconstitucionais supervenientes. 5. O art. 22, XIV, da LC nº 64/90, reproduz no rito procedimental da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) a inelegibilidade da alínea d, especificamente indicando os comandos impostos ao juiz nas hipóteses de condenação por abuso de poder econômico, abuso de poder de autoridade e pelo uso indevido dos meios de comunicação (i.e., cassação do diploma e declaração de inelegibilidade), sem introduzir qualquer hipótese autônoma de inelegibilidade. 6. O legislador

Art. 23

eleitoral complementar incorreu em manifesta atecnia ao afirmar que a inelegibilidade do art. 22, XIV, encerraria sanção, máxime porque a natureza jurídica de instituto é efetivamente perquirida a partir da análise dos efeitos jurídicos que efetivamente dele advêm. 7. O art. 22, XIV, da LC nº 64/90, em sua exegese literal, não veicula peremptoriamente inelegibilidade-sanção, na medida em que referido dispositivo apresenta – e impõe – dois comandos contraditórios ao magistrado, em eventual condenação por abuso de poder político e econômico: de um lado, determina que seja declarada a inelegibilidade, o que pressupõe que essa situação jurídica preexiste e está apenas sendo reconhecida judicialmente; e, por outro lado, comina a sanção de inelegibilidade, pressupondo que é a sentença que constituirá esse novo estado jurídico, pressupondo que é a sentença que declarará esse novo estado jurídico. [...] Por tal razão, descabe cogitar expectativa legítima dos candidatos que estão exercendo seus respectivos mandatos de permanecerem no cargo. 15. A modulação acarretará o afastamento imediato dos agentes políticos que estejam ocupando ilegitimamente os mandatos, ainda que isso implique o recálculo de coeficiente eleitoral. [STF. Tese com RG. RE 929.670, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 1º-3-2018, P, DJE de 12-4-2019. Tema 860.]

- **Válida a aplicação do prazo de oito anos de inelegibilidade aos condenados pela Justiça Eleitoral antes da edição da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa)**

16. No caso vertente, a) Os candidatos que se encontravam em situação análoga à do Recorrente deram causa à renovação do pleito, na medida em que concorreram cientes de que a jurisprudência remansosa assentava a sua inelegibilidade. b) Os aludidos candidatos estão no cargo por força de cautelares concedidas, em sentido contrário à jurisprudência então pacífica do TSE (2012, 2014 e 2016), que foi corroborada pela Suprema Corte nesse julgamento. [...] e) Os custos políticos também desabonam o acolhimento da modulação, porquanto geraria um caos social e profunda instabilidade política admitir a manutenção de agentes políticos investidos no mandato por um pleito viciado na origem por

ultraje tanto aos bens jurídicos tutelados pela axiologia eleitoral (no caso de ilícitos) quanto ao descumprimento das regras alusivas às hipóteses de inelegibilidade (no caso em que se deferem pedidos de registro de candidatos manifestamente inaptos a concorrerem no prélio). 17. Por esse conjunto de argumentos, rejeita-se a modulação. 18. Fixada a seguinte tese de repercussão geral no RE nº 929.670/DF: “A condenação por abuso do poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral transitada em julgado, *ex vi* do art. 22, XIV, da LC nº 64/90, em sua redação primitiva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea *d*, na redação dada pela LC nº 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registro de candidatura em trâmite”. [STF. RE 929.670, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 1º-3-2018, P, DJE de 12-4-2019. Tema 860.]

- **As limitações aos direitos políticos devem conter critérios claros e específicos**

98. A interpretação teleológica permite destacar que, nas restrições aos direitos reconhecidos pela Convenção, deve haver estrito respeito às devidas garantias convencionais. A Corte considera que o artigo 23.2 da Convenção, ao estabelecer uma lista de possíveis causas para a limitação ou regulação dos direitos políticos, tem por objetivo determinar critérios claros e regimes específicos sob os quais tais direitos podem ser limitados. O exposto busca que a limitação dos direitos políticos não seja deixada ao arbítrio ou vontade do atual governante, a fim de resguardar que a oposição política possa exercer seu cargo sem restrições indevidas. Assim, a Corte considera que as sanções de destituição e inabilitação de funcionários públicos democraticamente eleitos por autoridade disciplinar administrativa, como restrições a direitos políticos não contemplados dentro dos permitidos pela Convenção Americana, são incompatíveis não só com a redação do artigo 23.2 da Convenção, mas também com o objeto e a finalidade do mesmo instrumento. [Corte IDH. Caso **Petro Urrego vs. Colômbia**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 8-7-2020. Tradução livre.]

- **Ocupantes de funções jurisdicionais e a manifestação de opinião política**

168. [...] de acordo com a própria Convenção, o direito de participar na vida política, a liberdade de expressão e o direito de reunião não são direitos absolutos e podem estar sujeitos a restrições. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que um direito pode ser restringido desde que as ingerências não sejam abusivas ou arbitrárias, portanto, devem estar previstas em lei, perseguir um fim legítimo e atender aos requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade. 169. Até o momento, a Corte não se pronunciou sobre o direito de participação na vida política, a liberdade de expressão e o direito de reunião das pessoas que exercem funções jurisdicionais, como no presente caso. A esse respeito, é importante destacar que a Convenção Americana garante esses direitos a toda pessoa, independentemente de qualquer outra consideração, portanto não pode ser considerado ou restrito a uma profissão ou grupo de pessoas específico. No entanto, como indicado acima, tais direitos não são absolutos, de modo que podem estar sujeitos a restrições compatíveis com a Convenção [...]. Devido às suas funções na administração da justiça, em condições normais do Estado de Direito, os juízes podem estar sujeitos a diversas restrições e de formas que não afetariam outras pessoas, incluindo outros funcionários públicos. [...] 172. [...] existe um consenso regional quanto à necessidade de restringir a participação de juízes em atividades político-partidárias, sendo que em alguns Estados, de forma mais geral, é proibida qualquer participação na política, exceto a transmissão do voto nas eleições. No entanto, o poder dos Estados para regular ou restringir esses direitos não é discricionário e qualquer limitação aos direitos consagrados na Convenção deve ser interpretada restritivamente. A restrição da participação em atividades de tipo partidário aos juízes não deve ser interpretada de forma ampla, de forma a impedir os juízes de participar de qualquer discussão de natureza política. [...] 273. [...] A Corte recorda que o objetivo do controle disciplinar é avaliar a conduta, idoneidade e desempenho do juiz como funcionário público [...]. Desta forma, os regulamentos disciplinares dos juízes devem ser orientados para a proteção da função judiciária

de forma a avaliar o desempenho do juiz no exercício das suas funções. Assim, na aplicação de regras disciplinares abertas ou indeterminadas, que exigem a ponderação de conceitos como o decoro e a dignidade da administração da justiça, é fundamental ter em conta o impacto que a conduta em apreço pode ter no exercício da função judiciária, seja positivamente pelo estabelecimento de critérios normativos para sua aplicação, seja por uma adequada fundamentação e interpretação do julgador no momento de sua aplicação. Caso contrário, o alcance desses tipos disciplinares estaria exposto às convicções morais ou particulares do juiz. [Corte IDH. **Caso López Lone e outros vs. Honduras. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 5-10-2015.** Tradução livre.]

ARTIGO 24. IGUALDADE PERANTE A LEI

24. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

• Escopo de proteção do artigo 24 em comparação ao artigo 1.1

138. No que tange ao princípio de igualdade perante a lei e não discriminação, a Corte indicou que a noção de igualdade decorre diretamente da unidade de natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente à qual é incompatível toda situação que, por considerar superior a um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou que, em sentido contrário, por considerá-lo inferior, o trate com hostilidade ou discrimine de qualquer forma no gozo de direitos reconhecidos a quem não são considerados como incluídos naquela situação. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*. Sobre ele descansa o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico. Os Estados devem abster-se de realizar ações que, de qualquer maneira, estejam dirigidas, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto*. 139. A Corte já indicou que, ao passo que a obrigação geral do artigo 1.1 da Convenção Americana se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir “sem discriminação” os direitos contidos neste tratado, o artigo 24 protege o direito à “igual proteção da lei”. O artigo 24 da Convenção Americana proíbe a discriminação de direito ou de fato, não apenas quanto aos direitos previstos na mesma, mas no que respeita a todas as leis aprovadas pelo Estado e sua aplicação. Isto é, não se limita a reiterar o disposto no artigo 1.1 da Convenção, a respeito da obrigação dos Estados de respeitar e garantir, sem discriminação, os direitos reconhecidos no tratado, mas estabelece um direito que também acarreta obrigações ao Estado de respeitar e garantir o princípio de igualdade e não discriminação na proteção de

outros direitos e em toda a legislação interna que venha a adotar. Em conclusão, a Corte afirmou que, se um Estado discrimina no respeito ou garantia de um direito convencional, violaria o artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Caso, ao contrário, a discriminação se refere a uma proteção desigual da lei interna ou sua aplicação, o fato deve ser analisado à luz do artigo 24 da Convenção Americana. 140. Segundo a jurisprudência do Tribunal, o artigo 24 da Convenção também contém um mandato orientado a garantir a igualdade material. Assim, o direito à igualdade previsto na referida disposição tem uma dimensão formal, a qual protege a igualdade perante a lei, e uma dimensão material ou substantiva, que determina “a adoção de medidas positivas de promoção a favor de grupos historicamente discriminados ou marginalizados em razão dos fatores aos que faz referência o artigo 1.1 da Convenção Americana”. [Corte IDH. **Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-9-2021.]

- **Diferença entre distinção e discriminação**

285. A Corte Interamericana afirmou reiteradamente que a Convenção Americana não proíbe todas as distinções de tratamento. A Corte marcou a diferença entre “distinções” e “discriminações”, de forma que as primeiras constituem diferenças compatíveis com a Convenção Americana por serem razoáveis e objetivas e as segundas constituem diferenças arbitrárias que redundam em prejuízo dos direitos humanos. [Corte IDH. **Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-11-2012.]

- **Possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo**

Portanto, afirmo que qualquer tratamento jurídico discriminatório sem justificativa constitucional razoável e proporcional importa em limitação à liberdade do indivíduo e ao reconhecimento de seus direi-

tos como ser humano, como cidadão. Portanto, afirmo que qualquer tratamento jurídico discriminatório sem justificativa constitucional razoável e proporcional importa em limitação à liberdade do indivíduo e ao reconhecimento de seus direitos como ser humano, como cidadão. Não há que se olvidar, inclusive, que a Convenção Americana de Direito Humanos, denominada também de Pacto de São José da Costa Rica, promulgada em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, estabelece, em seu art. 24, que todos devem ter garantidos seus direitos, com igual proteção da lei, sem qualquer espécie de discriminação. [...] Esta Suprema Corte ora se reúne para decidir se a pessoa não submetida a cirurgia pode não só modificar seu nome como também ter alterada sua designação de gênero no registro civil e, por que não, também nos demais documentos públicos. [...] Com o devido respeito àqueles que pensam o contrário, não há como se manter um nome em descompasso com a identidade sexual reconhecida pela pessoa, que é, efetivamente, aquela que gera a interlocução do indivíduo com sua família e com a sociedade, tanto nos espaços privados como nos espaços públicos. Não é o sexo do indivíduo, a identidade biológica, que faz a conexão do sujeito com a sociedade, mas sim sua identidade psicológica, conforme todos os estudos que foram referidos. Por seu turno, a anotação do designativo “transexual” nos assentamentos pessoais, além de não garantir a dignidade do indivíduo, traria outros efeitos deletérios, como sua discriminação, sua exclusão e sua estigmatização. [STF. RE 670.422, rel. min. Dias Toffoli, j. 15-8-2018, P, DJE de 10-3-2020. Tema 761.]

- **Princípio da igualdade e não discriminação em relação aos migrantes**

155. A Corte considera necessário indicar que o dever de respeitar e garantir o princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação é independente do status migratório de uma pessoa em um Estado. Isto é, os Estados têm a obrigação de garantir este princípio fundamental a seus cidadãos e a toda pessoa estrangeira que se encontre em seu território, sem discriminação alguma em razão de sua estadia regular

ou irregular, sua nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa. 156. De acordo com o indicado acima, e levando em consideração o direito à nacionalidade dos filhos de pessoas migrantes na República Dominicana em relação à norma constitucional pertinente e aos princípios internacionais de proteção dos migrantes, a Corte considera que: a) o status migratório de uma pessoa não pode ser condição para a concessão da nacionalidade por parte do Estado, já que sua qualidade migratória não pode constituir, de nenhuma forma, uma justificativa para privá-la do direito à nacionalidade nem do gozo e do exercício de seus direitos; b) o status migratório de uma pessoa não se transmite a seus filhos; e c) a condição do nascimento no território do Estado é a única a ser demonstrada para a aquisição da nacionalidade, no que se refere a pessoas que não teriam direito a outra nacionalidade, se não adquirem a nacionalidade do Estado onde nasceram. [Corte IDH. **Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 8-9-2005.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-8-2014; Corte IDH. **OC-18/2003**. Opinião consultiva sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, de 17-9-2003, solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos.

- **Critérios para a efetiva garantia dos direitos humanos dos povos indígenas**

251. A esse respeito, a Corte considera que, de acordo com a jurisprudência da Corte, bem como com outras normas internacionais sobre a matéria, os recursos internos devem ser interpretados e aplicados a fim de garantir os direitos humanos dos povos indígenas, levando em conta a seguintes critérios: 1. reconhecimento da personalidade jurídica coletiva, como povos indígenas e tribais, bem como da personalidade jurídica individual, como membros integrantes de tais povos; 2. outorga de capacidade jurídica para a propositura de ações administrativas, judiciais ou quaisquer outras de forma coletiva, por meio de

seus representantes, ou individualmente, observados seus costumes e características culturais; 3. Garantia de acesso à justiça para as vítimas – como membros de um povo indígena ou tribal – sem discriminação e de acordo com as regras do devido processo, razão pela qual o recurso disponível deve ser: a) acessível, simples e dentro de um prazo razoável período. Isto implica, entre outras coisas, o estabelecimento de medidas especiais para assegurar o acesso efetivo acesso à justiça e a eliminação dos obstáculos a esse acesso, nomeadamente: i. assegurar que os membros da comunidade possam compreender e ser compreendidos nos processos judiciais instaurados, pondo à sua disposição intérpretes ou outros meios eficazes para o efeito; ii. proporcionar aos povos indígenas e tribais o acesso à assistência técnica e jurídica em relação ao seu direito à propriedade coletiva, caso se encontrem em situação de vulnerabilidade que os impeça de obtê-la, e iii. Facilitar o acesso físico às instituições administrativas e judiciais, ou órgãos responsáveis pela garantia do direito à propriedade coletiva dos povos indígenas e tribais, bem como facilitar a participação dos povos no desenvolvimento de processos judiciais, administrativos ou de qualquer outra natureza, sem isto implicando esforços excessivos ou exagerados, quer pelas distâncias ou vias de acesso às referidas instituições, quer pelos elevados custos em virtude dos procedimentos. b) adequados e eficazes para proteger, garantir e promover os direitos sobre seus territórios indígenas, por meio dos quais possam ser realizados os processos de reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e, conforme o caso, garantia de uso e aproveitamento de seus territórios tradicionais; 4. Concessão de proteção efetiva que leve em consideração suas particularidades próprias que os diferenciam da população em geral e que compõem sua identidade cultural, suas características econômicas e sociais, sua possível situação de vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes, bem como sua relação especial com a terra, e 5. respeito aos mecanismos internos de solução de controvérsias em matéria indígena, que estejam em harmonia com os direitos humanos. [Corte IDH. **Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-11-2015. Tradução livre.]

ARTIGO 25. PROTEÇÃO JUDICIAL

25.1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

- **Um recurso efetivo deve ser adequado para combater o direito que foi violado e ser efetivamente aplicado pela autoridade competente.**

108. Este Tribunal indicou, em relação ao artigo 25.1 da Convenção, que a referida norma contempla a obrigação dos Estados-Partes de garantir, a todas as pessoas sob sua jurisdição, um recurso judicial efetivo contra atos que violem seus direitos fundamentais. Tal efetividade supõe que, além da existência formal dos recursos, eles dêem resultados ou respostas às violações de direitos contemplados na Convenção, na Constituição ou nas leis. Isso implica que o recurso deve ser idôneo para combater a violação e que sua aplicação pela autoridade competente deve ser efetiva. Da mesma forma, esta Corte estabeleceu que um recurso judicial efetivo implica que a análise por parte da autoridade competente de um recurso judicial não pode ser reduzida a uma mera formalidade, mas deve examinar os motivos invocados pelo autor e expressá-los expressamente. O exposto acima não implica que a eficácia de um recurso seja avaliada com base em se ele produz um resultado favorável para o autor. [...] 112. No presente caso, a Corte observa que a senhora Habbal dispôs de vários recursos judiciais para resolver suas reclamações relativas à violação de seus direitos à nacionalidade e ao devido processo legal. Esses recursos foram eficazes desde que as autoridades judiciais que os ouviram analisassem e respondessem às

Art. 25

alegações apresentadas pela senhora Habbal. Nesse sentido, o Tribunal Federal de Recursos passou a analisar as alegações substantivas da suposta vítima na apelação, negando-as com base em fundamentação de direito e jurisprudência interna, sem constatar omissões que indiquem o descumprimento das obrigações estatais estabelecidas nos artigos 8º e 25 da Convenção. Nesse sentido, a Corte reitera que a eficácia dos recursos não deve ser avaliada com base no fato de produzirem um resultado favorável ao autor. [Corte IDH. **Caso Habbal e outros vs. Argentina. Exceções preliminares e mérito. Sentença de 31-8-2022. Tradução livre.**]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Abrill Alosilla e outros vs. Peru. Mérito, reparações e custas. Sentença de 4-3-2011.**

25.2. Os Estados-Partes comprometem-se:

25.2.a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

• **O poder geral de cautela do magistrado**

11. O art. 10 da Lei nº 13.188/15, ao exigir deliberação colegiada para a concessão de efeito suspensivo à decisão de primeiro grau que concede ou nega direito de resposta, importa em inobservância ao poder geral de cautela do juiz, contraria a organicidade do Judiciário e subverte a hierarquia que inspira a estrutura desse Poder no texto constitucional, conforme indicado no art. 92 da Constituição Federal. [...] 12. [...] e art. 10 da Lei nº 13.188/15, relativamente aos quais a ação é julgada parcialmente procedente, declarando-se a constitucionalidade dos arts. 2º, § 3º; 4º; 5º, § 1º; e 6º, incisos I e II, da lei federal e a inconstitucionalidade da expressão “em juízo colegiado prévio”, do art. 10 da Lei nº 13.188/15, conferindo-se interpretação conforme ao dispositivo para se permitir

ao magistrado integrante do tribunal respectivo decidir monocraticamente sobre a concessão de efeito suspensivo a recurso interposto em face de decisão proferida segundo o rito especial do direito de resposta, nos termos da liminar anteriormente concedida. [STF. ADI 5.418, rel. min. Dias Toffoli, j. 11-3-2021, P, DJE de 25-5-2021.]

- **Os juízes devem ter garantias adequadas e suficientes para exercer a sua função na resolução de conflitos**

91. Em suma, sem independência judicial não há estado de direito e não é possível democracia (artigo 3 da Carta Democrática Interamericana), os juízes devem ter garantias adequadas e suficientes para exercer sua função de resolver conflitos que ocorram na sociedade de acordo com o ordenamento jurídico. A falta de independência e respeito por sua autoridade é sinônimo de arbitrariedade. 92. Assim, além de ser amplamente garantida a nível internacional e regional, a independência judicial é proclamada nas constituições dos Estados que tenham reconhecido a competência contenciosa da Corte Interamericana, seja expressamente ou mediante a inclusão de salvaguardas específicas destinadas à sua proteção. [Corte IDH. **Caso Ríos Avalos e outro vs. Paraguai**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 19-8-2021. Tradução livre.]

25.2. Os Estados-Partes comprometem-se: [...]

25.2.b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

Art. 25

- **Devido procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.**

[...] a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do paradigmático caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em 2001, ao declarar

violados os artigos 21 (direito de propriedade) e 25 (direito a proteção judicial eficaz) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) pelo Estado da Nicarágua porque, não obstante reconhecida, na Constituição daquele país, a propriedade comunal dos povos indígenas sobre as terras por eles ocupadas, jamais havia sido regulado procedimento específico para permitir o exercício desse direito. Sentenciou a Corte Interamericana que o Estado demandado – a Nicarágua – equipasse o seu direito interno com mecanismos para efetivar a delimitação e a titulação da propriedade dos povos tradicionais, em conformidade com seus costumes, fosse por medidas legislativas, fosse por medidas administrativas ou de qualquer outro caráter – justamente por se tratar de direito fundamental. Antes as razões expostas, e pedindo vênias ao eminente Relator, não visualizo na edição, pelo Poder Executivo, do ato normativo impugnado – Decreto 4.887/2003 – mácula aos postulados da legalidade e da reserva de lei e, conseqüentemente, julgo improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 84, IV e VI, da Carta Política. [STF. ADI 3.239, rel. min. Cezar Peluso, red. do ac. min. Rosa Weber, voto vista da min. Rosa Weber, DJE de 1º-2-2019.]

- **Omissão do país ao não adotar as medidas de direito interno adequadas que permitam a delimitação, demarcação e titulação das terras de comunidades indígenas e não observância de prazo razoável para a tramitação dos recursos de amparo.**

14. De fato, muitas são, em nossos dias, as sociedades multiculturais, e a atenção devida à diversidade cultural nos parece que constitui um requisito essencial para assegurar a eficácia das normas de proteção dos direitos humanos, nos planos nacional e internacional. Do mesmo modo, consideramos que a invocação das manifestações culturais não pode atentar contra os padrões universalmente reconhecidos de observância e respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Assim, ao mesmo tempo que afirmamos a importância da atenção devida à diversidade cultural, inclusive para o reconhecimento da universalidade dos direitos humanos, recusamos com firmeza as distorções do chamado

“relativismo” cultural. [...] 135. [...] a Corte já afirmou que o artigo 25 da Convenção está intimamente ligado com a obrigação geral do artigo 1.1 da mesma, que atribui funções de proteção ao direito interno dos Estados-Partes, do que se observa que o Estado tem a responsabilidade de desenhar e consagrar normativamente um recurso eficaz, bem como a de assegurar a devida aplicação deste recurso por parte de suas autoridades judiciais. [...] 37. Como já foi indicado, neste caso a Nicarágua não adotou as medidas de direito interno adequadas que permitam a delimitação, demarcação e titulação das terras de comunidades indígenas e não se limitou a um prazo razoável para a tramitação dos recursos de amparo interpostos pelos membros da Comunidade Awas Tingni. 138. A Corte considera que é necessário fazer efetivos os direitos reconhecidos na Constituição Política e na legislação nicaraguense, conforme a Convenção Americana. Em consequência, o Estado deve adotar em seu direito interno, conforme o artigo 2 da Convenção Americana, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação da propriedade dos membros da Comunidade Mayagna Awas Tingni, conforme o direito consuetudinário, valores, usos e costumes desta. 139. Em face do exposto, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 25 da Convenção Americana, em detrimento dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção. [...] 163. No presente caso, a Corte já estabeleceu que a Nicarágua violou os artigos 25 e 21 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma. A esse respeito, este Tribunal tem reiterado em sua jurisprudência constante que se trata de um princípio de Direito Internacional, de que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente. 164. Em face do anterior, conforme o artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, esta Corte considera que o Estado deve adotar as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, conforme seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes. Igualmente, como consequência das violações indica-

das dos direitos consagrados na Convenção no presente caso, a Corte dispõe que o Estado deverá proceder a delimitar, demarcar e titular as terras que correspondem aos membros da Comunidade Awas Tingni, em um prazo máximo de 15 meses, com a plena participação, e levando em consideração o direito consuetudinário, valores, usos e costumes da Comunidade. Enquanto não tenham sido delimitadas, demarcadas e tituladas as terras dos membros da Comunidade, a Nicarágua deve se abster de realizar atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que atuem com sua aquiescência ou sua tolerância, prejudiquem a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens localizados na zona geográfica onde habitam e realizam suas atividades os membros da Comunidade Awas Tingni. [Corte IDH. **Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2001.]

- **Possibilidade de impetrar *habeas corpus* de caráter coletivo**

Nas razões recursais, sustenta-se, que há flagrante ilegalidade do acórdão proferido pela Primeira Turma do STF, uma vez que nega efetividade a Súmula Vinculante 56 e contraria entendimento pacífico da possibilidade de impetração de *habeas corpus* de caráter coletivo. Alega-se ainda que a situação narrada na inicial (descumprimento sistemático da SV 56 pelo Estado de São Paulo e superlotação do Centro de Progressão de Pena de Pacaembu e da Ala de Progressão de Pena da Penitenciária Feminina de Tupi-Paulista) possui excepcionalidade ímpar que justificaria a superação da Súmula 606 do STF, mormente em razão do reconhecido estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, que ainda se agrava com a atual pandemia provocada pela proliferação do COVID-19. [trecho do relatório] 1. A teor da Súmula 606/STF, é inadmissível a impetração de writ contra ato de Turma, Tribunal Pleno ou de ministros que as compõem. [STF. **HC 204.375** AgR, rel. min. Edson Fachin, j. 4-10-2021, P, DJE de 8-11-2021.]

No mesmo sentido: STF. **HC 193.914**, rel. min. Rosa Weber, j. 13-4-2021, P, DJE de 14-5-2021; STF. **HC 130.620**, rel. min. Marco Aurélio, j. 4-5-2020, P, DJE de 25-9-2020; STF. **HC 181.680** AgR, rel. min. Rosa

Weber, j. 15-5-2020, P, *DJE* de 3-6-2020; STF. **HC 202.216 ED**, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2021, P, *DJE* de 30-6-2021; STF. **HC 186.251 AgR**, rel. min. Rosa Weber, j. 24-8-2020, P, *DJE* de 17-9-2020; STF. **HC 184.434 AgR**, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-11-2021, P, *DJE* de 14-1-2022; STF. **HC 186.006 ED-2º julg**, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 29-3-2021, P, *DJE* de 12-4-2021.

25.2. Os Estados-Partes comprometem-se: [...]

25.2.c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

- **A responsabilidade do Estado não termina quando as autoridades competentes emitem uma decisão ou julgamento; também exige que o Estado garanta meios e mecanismos eficazes para executar as decisões finais, para que os direitos declarados sejam efetivamente protegidos**

O artigo 25 da Convenção Americana reconhece o direito à proteção judicial. Este Tribunal indicou que deste direito decorrem duas obrigações específicas para o Estado. A primeira, estabelecer normas e assegurar a adequada aplicação de recursos efetivos perante as autoridades competentes, que protejam todas as pessoas sob sua jurisdição contra atos que violem seus direitos fundamentais ou que levem à determinação de seus direitos e obrigações. A segunda é garantir os meios para executar as respectivas decisões e sentenças definitivas proferidas pelas referidas autoridades competentes, de modo que os direitos declarados ou reconhecidos sejam efetivamente protegidos. Nesse sentido, o artigo 25.2.c da Convenção consagra o direito ao cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão em que o recurso tenha sido julgado procedente. 143. Em relação ao cumprimento das Sentenças,

Art. 25

este Tribunal indicou que a responsabilidade do Estado não termina quando as autoridades competentes emitem uma decisão ou sentença, mas também exige que o Estado garanta os meios e mecanismos eficazes para executar as decisões finais, de modo que os direitos declarados são efetivamente protegidos. Da mesma forma, esta Corte estabeleceu que a eficácia das sentenças depende de sua execução, cujo processo deve tender a materializar a proteção do direito reconhecido na sentença judicial mediante a adequada aplicação da referida sentença. A Corte também indicou que, para alcançar plenamente a eficácia da sentença, a execução deve ser completa, perfeita, integral e sem demora. 144. Da mesma forma, o princípio da proteção efetiva exige que os procedimentos de execução sejam acessíveis às partes, sem obstáculos ou demoras indevidos, para que alcancem seu objetivo de forma rápida, fácil e completa. Adicionalmente, as disposições que regem a independência da ordem jurisdicional devem ser formuladas de forma adequada para assegurar a execução tempestiva das sentenças e garantir o caráter obrigatório e obrigatório das decisões de última instância. A Corte considera que em um ordenamento baseado no princípio do Estado de Direito, todas as autoridades públicas, no âmbito de sua jurisdição, devem cumprir as decisões judiciais, bem como promovê-las e executá-las sem prejuízo do sentido e alcance da lei. decisão ou atrasar indevidamente a sua implementação. [...] 152. Desta forma, pode-se deduzir que, quando se trata de pessoas em situação de vulnerabilidade, como as supostas vítimas do presente caso, todas elas pessoas idosas [...], exige-se um critério de celeridade reforçado em todos os processos judiciais e administrativos, incluindo a execução de sentenças. [Corte IDH. **Caso Professores de Chañaral e outras municipalidades vs. Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 10-11-2021. Tradução livre.]

CAPÍTULO III

DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

ARTIGO 26. DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO

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

- **O art. 26 da Convenção protege o direito à saúde**

106. No que se refere ao direito à saúde protegido pelo art. 26 da Convenção Americana, a Corte observa que a redação do dispositivo indica que se trata do direito decorrente das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA. (...) 118. (...) O Tribunal especificou que a obrigação geral se traduz no dever do Estado de assegurar o acesso das pessoas aos serviços essenciais de saúde, garantir uma prestação médica de qualidade e eficaz, assim como promover melhorias nas condições de saúde da população. 119. Em primeiro lugar, a consecução da referida obrigação começa com o dever de regular, razão pela qual a Corte indicou que os Estados são responsáveis por regular em caráter permanente a prestação de serviços (tanto público como privados) e a execução de programas nacionais relativos à prestação de serviços de qualidade. 120. Em segundo lugar,

Art. 26

levando em consideração a Observação Geral n. 14 do Comitê DESC, este Tribunal referiu-se a uma série de elementos essenciais e inter-relacionados, que devem ser preenchidos em questões de saúde. A saber: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade. [Corte IDH. **Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 8-3-2018. Tradução livre.]

- **O art. 26 da Convenção protege o direito ao meio ambiente equilibrado**

Em sua Opinião Consultiva, a Corte reconheceu a existência de uma relação irrefutável entre a proteção do meio ambiente e a realização de outros direitos humanos, devido ao fato de que a degradação ambiental afeta o aproveitamento efetivo de outros direitos humanos. (...) No sistema interamericano de direitos humanos, o direito a um meio ambiente saudável é reconhecido expressamente no art. 11 do Protocolo de San Salvador: (...). Esse direito também deve ser considerado incluído entre os direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pelo art. 26 da Convenção Americana. (...) a. Os Estados possuem obrigação de prevenir dano ambiental significativo dentro e fora do seu território. b. Para cumprir esta obrigação de prevenção, os Estados devem regular, supervisionar e monitorar as atividades sob sua jurisdição que podem causar danos significativos para o ambiente; realizar avaliações de impacto ambiental quando houver risco de danos significativos ao meio ambiente; preparar planos de contingência para estabelecer medidas e procedimentos de segurança para minimizar a possibilidade de desastres ambientais e mitigar qualquer dano ambiental significativo que poderia ter ocorrido, mesmo quando isso aconteceu apesar das ações preventivas do Estado. [Corte IDH. **OC 23/2017. Parecer consultivo sobre meio ambiente e direitos humanos, de 15-11-2017, solicitado pela República da Colômbia**. Tradução livre.]

- **A assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal beneficia brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no País, atendidos os requisitos constitucionais e legais**

[...] Não se pode assumir um compromisso de solidariedade internacional para, a partir do momento em que essas pessoas estrangeiras ingressam e passam a residir no País, seja-lhes conferido um tratamento diferenciado dos demais residentes, sejam brasileiros natos, sejam brasileiros naturalizados, sejam estrangeiros residentes no País. Essa diferenciação, parece-me, não subsistir à leitura do *caput* do artigo 5º, que claramente inclui, como beneficiários dos direitos e garantias fundamentais – e aqui entram também o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade – os estrangeiros residentes no País. Claramente há um erro patente de terminologia no fato de o artigo 1º da Lei nº 8.742 referir, em seu *caput*: assistência social como direito do cidadão. Não quis utilizar o legislador o termo cidadão como sinônimo de brasileiro nato ou naturalizado no gozo dos direitos políticos, porque, se assim fosse, os menores de 16 anos, que têm direito a esses benefícios, não poderiam receber, porque não são cidadãos, eles não estão no gozo dos direitos políticos. Os incapazes – como também foi citado da tribuna – não poderiam receber. Aqui, na verdade, há a afirmação de um direito da pessoa, não direito do cidadão, até porque essa Lei não se refere à questão de direitos políticos. Não é somente nessa Lei, mas existem fartos exemplos de legislação em que as terminologias são utilizadas, infelizmente, de forma não técnica. Mesmo que assim fosse interpretada essa terminologia como restritiva do alcance do benefício, a mesma não passaria pelo crivo constitucional do artigo 5º, *caput*, que não admite a restrição, como bem colocou o nosso Ministro-Relator, quando diz: as restrições constitucionais são expressas, como no caso da extradição e da contratação para o serviço público. E devemos lembrar que o Brasil é signatário de tratados internacionais, pelos quais se repudia qualquer discriminação fundada na origem nacional e se exige a adoção de medidas que progressivamente assegurem a efetividade de direitos econômicos e sociais. Por exemplo, cite-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (grifos

aditados): [...] Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. [...] O que importa aqui, a meu ver – e, por isso, acompanho o Ministro-Relator –, é a territorialidade, o estrangeiro estar residindo no Brasil, ou seja, a residência no Brasil, sem qualquer exigência – porque não se exige, seja na Constituição, seja na legislação – de reciprocidade. Aqui não cabe indagar a questão da reciprocidade, porque não é um requisito constitucional ou legal. [...] Excluir os estrangeiros residentes da cobertura assistencial assegurada a qualquer brasileiro que dela necessita, em razão da idade ou deficiência física, além do comprovado estado de miserabilidade, conflitaria seriamente com nossa tradição histórica e constitucional, de nação formada pelo influxo de diferentes povos, raças, credos e origens, constituintes de uma República fundada na dignidade da pessoa humana e no pluralismo (art. 1º, III e V, da CF) e tendo por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa solidária; com a erradicação da pobreza; e com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem (art. 3º, I, III e IV, da CF). Portanto, o dever de solidariedade social transcende o vínculo da nacionalidade, com especial ênfase nos casos que tratam da observância de direitos fundamentais. [...] Um ato de direito internacional, como tratado ou garantia de reciprocidade, não teria, em regra, a aptidão de restringir o alcance determinado pela Constituição (exceto na hipótese de internalização de tratados na forma do art. 5º, § 3º, CF). E, como visto, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil não indicam qualquer restrição ao alcance da assistência social, pelo contrário, reclamam a extensão dessa cobertura assistencial a todas as pessoas, idosos e deficientes físicos em especial, excluída qualquer discriminação fundada na origem ou nacionalidade [...]. [STF. RE 587.970, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Alexandre de Moraes, j. 20-4-2017, P, DJE de 22-9-2017. Tema 173.]

94. O Comitê de Direitos Humanos também indicou que: [os] Estados-Partes devem assegurar que os direitos reconhecidos no Pacto sejam garantidos “a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição” [...]. Em geral, os direitos reconhecidos no Pacto são aplicáveis a todas as pessoas, independentemente de reciprocidade e independentemente de sua nacionalidade ou apatridia. [...] Assim, a regra geral é que todos e cada um dos direitos reconhecidos no Pacto sejam garantidos, sem discriminação entre nacionais e estrangeiros. Os estrangeiros beneficiam do requisito geral de não discriminação em matéria de direitos garantidos, nos termos do artigo 2.º do Pacto. Esta garantia deve aplicar-se igualmente a estrangeiros e nacionais. Excepcionalmente, alguns dos direitos reconhecidos no Pacto são expressamente aplicáveis apenas aos cidadãos [...]. No entanto, a experiência do Comitê ao examinar relatórios mostra que em alguns países são negados aos estrangeiros outros direitos de que deveriam gozar, ou que tais direitos estão sujeitos a limitações especiais que nem sempre podem ser justificadas pelo Pacto. [...] O Pacto confere proteção integral aos estrangeiros no que diz respeito aos direitos nele garantidos e suas disposições devem ser respeitadas pelos Estados-Partes em sua legislação e na prática, conforme o caso. [...] Os estrangeiros têm direito à proteção da lei em pé de igualdade. Não deve haver discriminação entre estrangeiros e nacionais na aplicação desses direitos. Esses direitos dos estrangeiros serão restritos apenas por limitações que possam ser legalmente impostas pelo Pacto. [\[Corte IDH. Opinião Consultiva OC-18/2003, de 17-9-2003, solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos a respeito da condição jurídica e direitos dos migrantes sem documentos. Tradução livre.\]](#)

- **Questão da não regressividade dos direitos**

143. A respeito dos direitos trabalhistas específicos protegidos pelo art. 26 da Convenção Americana, a Corte observa que os termos desse artigo mostram que são aqueles direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura constantes da Carta da OEA. Isto posto, os arts. 45.b e c, 46 e 34.g da Carta estabelecem que

“[o] trabalho é um direito e um dever social” e que deve ser prestado com “salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos”. Também ressaltam o direito dos trabalhadores e trabalhadoras de “se associar livremente para a ARTIGO 26 89 defesa e promoção de seus interesses”. Além disso, indicam que os Estados devem “harmonizar a legislação social” para a proteção desses direitos. (...) 149. Em relação ao exposto, infere-se que as obrigações do Estado quanto à proteção do direito à estabilidade no trabalho no âmbito privado se traduz, em princípio, nos seguintes deveres: a) adotar as medidas adequadas para a devida regulamentação e fiscalização desse direito; b) proteger o trabalhador, por meio de seus órgãos competentes, contra a demissão injustificada; c) remediar a situação, em caso de demissão injustificada (seja mediante a readmissão ou, caso seja pertinente, mediante a indenização e outros benefícios previstos na legislação nacional). Por conseguinte, d) o Estado deve dispor de mecanismos efetivos de reclamação frente a uma situação de demissão injustificada, a fim de garantir o acesso à justiça e à tutela judicial efetiva desses direitos. 150. Cumpre explicitar que a estabilidade no trabalho não consiste em uma permanência irrestrita no posto de trabalho, mas em respeitar esse direito, entre outras medidas, oferecendo devidas garantias de proteção ao trabalhador, a fim de que, em caso de demissão, esta ocorra por causas justificadas, o que implica que o empregador ateste razões suficientes para impor essa sanção com as devidas garantias e, diante disso, o trabalhador possa recorrer dessa decisão junto às autoridades internas, que garantirão que as causas atribuídas não sejam arbitrárias ou contrárias ao direito. [Corte IDH. **Caso Lagos del Campo vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2017. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Acevedo Buendía e outros vs. Peru**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 1º-7-2009.

CAPÍTULO IV

SUSPENSÃO DE GARANTIAS, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

ARTIGO 27. SUSPENSÃO DE GARANTIAS

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

- **Durante o excepcional estado de emergência, a suspensão das garantias não deve exceder o estritamente necessário**

120. Sem prejuízo do anterior, a Corte indicou que a suspensão das garantias não deve exceder o estritamente necessário e que qualquer ação das autoridades públicas que ultrapasse esses limites deve ser indicada com precisão nas disposições que decretam o estado de exceção. Neste sentido, as limitações impostas à atuação do Estado respondem à necessidade genérica de que em cada estado de emergência existam meios adequados para o controle das disposições que são ditadas, de modo a que sejam razoavelmente adaptadas às necessidades do Estado e à situação e não ultrapassem os limites estritos impostos pela Convenção ou dela derivados. Com efeito, a suspensão das garantias constitui uma situação excepcional, segundo a qual é lícito ao Governo aplicar determinadas medidas restritivas de direitos e liberdades que, em condições

Art. 27

normais, são proibidas ou sujeitas a exigências mais rigorosas. Isso não significa, porém, que a suspensão das garantias implique a suspensão temporária do Estado de Direito ou que autorize os governantes a se desviarem da legalidade a que devem aderir a cada momento. Suspensas as garantias, alguns dos limites legais da atuação do poder público podem ser diferentes dos vigentes em condições normais, mas não devem ser considerados inexistentes nem, conseqüentemente, entender-se que o governo está investido com poderes absolutos para além das condições em que essa legalidade excepcional é autorizada. [Corte IDH. **Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 20-11-2014. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Vicky Hernández e outras vs. Honduras**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 26-3-2021; Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 30-5-1999.

27.2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade); e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

- **O direito à vida não pode ser suspenso em casos de guerra, perigo público ou outras ameaças à independência ou à segurança dos Estados**

271. Não obstante o anterior, é inquestionável que as disposições da Convenção Americana relativas ao direito à vida continuam vigentes e aplicáveis em situações de conflito armado. Com efeito, como referido

anteriormente, este direito pertence ao núcleo dos direitos convencionais que não podem ser suspensos em nenhuma circunstância, nem mesmo naquelas consideradas mais prementes para a independência ou segurança de um Estado-parte [...]. A Corte já afirmou que este fato -a existência de um conflito armado interno no momento em que ocorreram os fatos do presente caso-, ao invés de exonerar o Estado de suas obrigações de respeitar e garantir os direitos das pessoas, o obrigou a agir de acordo com as referidas obrigações. [Corte IDH. **Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 17-4-2015. Tradução livre.]

- **A proibição de tortura física ou psicológica é absoluta**

143. Existe um regime jurídico internacional que proíbe absolutamente todas as formas de tortura, tanto físicas como psicológicas, regime que hoje pertence ao domínio do jus cogens. A proibição da tortura é total e inderrogável, mesmo nas circunstâncias mais difíceis, como guerra, ameaça de guerra, combate ao terrorismo e quaisquer outros crimes, estado de sítio ou emergência, comoção ou conflito interno, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna ou outras emergências ou calamidades públicas. [Corte IDH. **Caso Tibi vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7-9-2004. Tradução livre.]

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

Art. 27

- **A obrigação internacional de informar os Estados Parte se enquadra em uma garantia coletiva implícita na Convenção**

70. A Corte considera que a obrigação internacional dos Estados-Partes na Convenção Americana, conforme o artigo 27.3, constitui um mecanismo enquadrado na noção de garantia coletiva subjacente a este tratado, cujo objeto e finalidade é a proteção do ser humano. Da mesma forma, constitui uma salvaguarda para evitar o abuso dos poderes excepcionais de suspensão de garantias e permite aos demais Estados-Partes apreciar que o alcance desta suspensão está de acordo com o disposto na Convenção. Assim, a falta deste dever de informação implica o descumprimento da obrigação constante do artigo 27.3. Mesmo neste último caso, o Estado não está isento de justificar a existência da situação de emergência e a conformidade das medidas previstas a esse respeito, nos termos indicados acima [...]. [Corte IDH. **Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 4-7-2007. Tradução livre.]

- **Quando da decretação do estado de emergência, devem ser fixados limites espaciais, temporais e materiais**

94. Conforme estabelecido no capítulo anterior [...], o Decreto de Emergência não estabeleceu limites espaciais, temporais ou materiais à suspensão de garantias “na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação”. A Corte considera que, tendo determinado uma intervenção militar de tão vasto alcance e baseada em objetivos por sua vez tão amplos e difusos [...], e tendo estabelecido os objetivos específicos da operação realizada em 6 de março de 1993 em tal termos gerais (“a captura de criminosos, narcotraficantes e terroristas”) [...], o planejamento de uma intervenção dessa magnitude pode ser dificultado a ponto de tornar ineficazes as medidas de segurança apropriadas que razoavelmente possam ser previstas para o prevenção e proteção da vida das vítimas, pessoas e outras garantias inderrogáveis. Além disso, praticamente impossibilita a realização de um adequado controle e verificação da legalidade do uso da força nos fatos do caso [...], em espe-

cial os critérios de excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, uma vez que esse exame deve ser realizado estritamente com base nos objetivos específicos definidos de acordo com as demandas de uma situação específica. Agora cabe a nós determinar como isso afetou as circunstâncias específicas em que as supostas vítimas foram privadas de suas vidas. [Corte IDH. **Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 4-7-2007. Tradução livre.]

ARTIGO 28. CLÁUSULA FEDERAL

28.1. Quando se tratar de um Estado-Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado-Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

- **O Estado não pode alegar sua estrutura federal para não cumprir uma obrigação contenciosa**

146. No que concerne à denominada “cláusula federal” estabelecida no artigo 28 da Convenção Americana, em ocasiões anteriores a Corte teve a oportunidade de referir-se ao alcance das obrigações internacionais de direitos humanos dos Estados federais. Recentemente, no Caso Escher e outros, o Tribunal aduziu que, em sua competência contenciosa, tem estabelecido claramente que “segundo jurisprudência centenária e que não variou até agora, um Estado não pode alegar sua estrutura federal para deixar de cumprir uma obrigação internacional”. Essa questão também foi abordada em sua competência consultiva, ao determinar que “as disposições internacionais concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos [...] devem ser respeitadas pelos Estados americanos Partes nas respectivas convenções, independentemente de sua estrutura federal ou unitária”. Dessa maneira, a Corte considera que os Estados-Partes devem assegurar o respeito e a garantia de todos os direitos reconhecidos na Convenção Americana a todas as pessoas sob sua jurisdição, sem limitação nem exceção alguma com base na referida organização interna. O sistema normativo e as práticas das entidades que formam um estado federal Parte da Convenção devem conformar-se com a mesma. [Corte IDH. **Caso Garibaldi vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-9-2009.**]

Mesmo teor: [Corte IDH. Caso Escher e outros vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 6-7-2009](#); [Corte IDH. Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina. Reparaciones e custas. Sentença de 27-8-1998](#).

28.2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

- **Avaliação quanto à inobservância das obrigações do artigo 28 da Convenção**

148. Por outra parte e finalmente, a Corte considera, como o fez no [Caso Escher e outros](#), que o arrazoado sobre a eventual inobservância das obrigações emanadas do artigo 28 da Convenção deve referir-se a um fato com um valor suficiente para ser considerado como um verdadeiro descumprimento. No presente caso, a manifestação do Estado em uma reunião de trabalho sobre as dificuldades na comunicação com uma entidade componente do Estado Federal não significa, nem carrega por si mesma, um descumprimento a essa norma. A Corte adverte que, no trâmite perante si, o Estado não apresentou sua estrutura federal como escusa para descumprir uma obrigação internacional. Segundo afirmado pelo Estado, e não desvirtuado pela Comissão nem pelos representantes, essas expressões constituíram uma explicação sobre a marcha da implantação das recomendações do Relatório No. 13/07 da Comissão. [[Corte IDH. Caso Garibaldi vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23-9-2009](#).]

28.3. Quando dois ou mais Estados-Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção.

ARTIGO 29. NORMAS DE INTERPRETAÇÃO

29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- **Funções do artigo 29**

217. A jurisprudência da Corte tem utilizado o artigo 29 da Convenção em três esferas distintas. Em primeiro lugar, a Corte invocou as “Regras de Interpretação” do artigo 29 para especificar o conteúdo de certas disposições da Convenção. A alínea a) foi utilizada para definir o alcance das restrições às garantias estabelecidas na Convenção. Da mesma forma, utilizando a letra b) do referido artigo, a Corte interpretou as garantias da Convenção à luz de padrões estabelecidos em outros instrumentos internacionais e em normas de direito interno. Da mesma forma, a letra c) tem sido utilizada para interpretar os direitos convencionais à luz dos direitos que derivam da forma democrática representativa de governo. 218. Em segundo lugar, o artigo 29 tem sido utilizado para estabelecer critérios de interpretação, como o princípio da “interpretação evolutiva” dos tratados de direitos humanos, que é “consistente com as regras gerais de interpretação consagradas” no referido artigo 236. Da mesma forma, desenvolveu-se o princípio derivado do artigo 29.b) e a proibição de privar os direitos de seu conteúdo essencial como derivado do artigo 29.a). 219. Em terceiro lugar, a Corte utilizou o Artigo 29 para determinar o escopo de sua jurisdição consultiva. Nesse sentido, indicou-se que, de acordo com o artigo 29.d), “ao interpretar a Convenção no exercício de sua competência consultiva, pode ser necessário que a Corte interprete a [Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem].” Além disso, a Corte afirmou que “excluir, a priori, de sua competência consultiva os tratados internacionais que obrigam os Estados americanos em matéria de proteção dos direitos humanos, constituiria uma limitação à plena garantia dos mesmos, em contradição

com as regras consagradas na alínea b) do artigo 29.b)”. [Corte IDH. **Caso Apitz Barbera e outros vs. Venezuela. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15-9-2005.**]

- **Interpretação evolutiva da Convenção Americana**

58. [...] a Corte reiteradamente indicou que os Tratados de Direitos Humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais. Essa interpretação evolutiva segue as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como as estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. [Corte IDH. **OC-24/2017. Opinião consultiva sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação para casais do mesmo sexo, proferida em 24-11-2017.**]

83. A Corte estabeleceu, assim como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação acompanhará a evolução dos tempos e as condições de vida do momento. Tal interpretação evolutiva é consequente com as normas gerais de interpretação consagradas no artigo 29 da Convenção Americana bem como naquelas estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. [Corte IDH. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24- 2-2012.**]

245. Este Tribunal afirmou em outras oportunidades que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais. Tal interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Ao efetuar uma interpretação evolutiva, a Corte concedeu especial relevância ao direito comparado, razão pela qual utilizou normativa nacional ou jurisprudência de tribunais internos na hora de analisar controvérsias específicas nos casos contenciosos. Por sua vez, o Tribunal Europeu utilizou o direito comparado como um mecanismo para identificar a prática posterior dos Estados, ou seja, para especificar o contexto de um determinado tratado. Além disso, o parágrafo terceiro do artigo 31 da

Convenção de Viena autoriza a utilização para a interpretação de meios tais como os acordos ou a prática, 388 ou regras relevantes do Direito Internacional que os Estados tenham manifestado sobre a matéria do tratado, o que se relaciona com uma visão evolutiva da interpretação do tratado. [Corte IDH. **Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28-11-2012.]

- **Escopo de competência consultiva da Corte Interamericana**

17. [...] a Corte considerou que o artigo 64.1 da Convenção, ao referir-se à faculdade da Corte de emitir um parecer sobre “outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”, é amplo e não restritivo. Assim, a competência consultiva da Corte pode ser exercida, em geral, sobre toda disposição concernente à proteção dos direitos humanos de qualquer tratado internacional aplicável aos Estados Americanos, independentemente de que seja bilateral ou multilateral, de qual seja seu objeto principal ou de que sejam ou possam ser parte do mesmo Estados alheios ao Sistema Interamericano. Deste modo, a Corte ao interpretar a Convenção no marco da sua função consultiva e nos termos do artigo 29.d da Convenção, poderá recorrer à Convenção ou a outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. [Corte IDH. **OC-24/2017. Opinião consultiva sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação para casais do mesmo sexo**, proferida em 24-11-2017.]

29.a. permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

- **Circunstâncias excepcionais não podem ser invocadas em detrimento dos direitos humanos**

44. Ao avaliar esta prova, a Corte toma nota do que o Estado indicou a respeito do terrorismo, que leva a uma escalada de violência em detrimento dos direitos humanos. A Corte adverte, no entanto, que circunstâncias excepcionais não podem ser invocadas em detrimento dos direitos humanos. Nenhuma disposição da Convenção Americana deve ser interpretada no sentido de permitir, seja aos Estados-Partes, seja a qualquer grupo ou pessoa, suprimir o gozo ou exercício dos direitos consagrados, ou limitá-los, em maior medida do que aquela nele previsto (artigo 29.2). Tal preceito tem suas raízes na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 [artigo 30]. [Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo vs. Peru**. Mérito. Sentença de 17-9-1997. Tradução livre.]

- **A norma que estipular restrição aos direitos humanos deve ser uma lei em sentido formal e material**

174. Com exceção de alguns direitos que não podem ser restringidos em nenhuma circunstância, como o direito de não ser submetido a tortura ou tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante, os direitos humanos não são absolutos. Como a Corte estabeleceu anteriormente, a disposição e aplicação de requisitos para o exercício dos direitos políticos não constituem, per se, uma restrição indevida dos direitos políticos. No entanto, o poder dos Estados para regular ou restringir direitos não é discricionário, mas é limitado pelo direito internacional que exige o cumprimento de certos requisitos que, se não forem respeitados, tornam a restrição ilegítima e contrária à Convenção Americana. De acordo com o disposto no artigo 29.a *in fine* do referido tratado, nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar os direitos em maior medida do que o previsto na mesma. 175. A Corte especificou as condições e requisitos que devem ser cumpridos ao regular ou restringir os direitos e liberdades consagrados na Convenção e passará a analisar, à luz delas, o requisito legal sob exame no presente caso. 176. O primeiro passo para avaliar se uma restrição a um direito estabelecido

na Convenção Americana é permitida à luz desse tratado é examinar se a medida restritiva atende ao requisito de legalidade. Isso significa que as condições e circunstâncias gerais que autorizam uma restrição ao exercício de um determinado direito humano devem estar claramente estabelecidas na lei. A norma que estabelece a restrição deve ser uma lei no sentido formal e material. [Corte IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 6-8-2008. Tradução livre.]

29.b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

- **Interação interpretativa de instrumentos relativos à proteção de direitos humanos**

115. Devem-se levar em conta as obrigações derivadas de dito regulamento internacional, conforme o disposto no artigo 29.b) da Convenção, já que os protegidos pelo regime do referido instrumento não perdem por isso os direitos ou faculdades que já possuem de acordo com a legislação do Estado sob cuja jurisdição estão localizados, mas não são complementados ou integrados para especificar seu alcance ou determinar seu conteúdo. Embora seja claro que a atribuição de responsabilidade internacional sob as regras do Direito Internacional Humanitário não pode ser declarada, como tal, por esta Corte, tais regras são úteis para a interpretação da Convenção, ao estabelecer a responsabilidade do Estado e outros aspectos das violações alegadas nesse caso. [Corte IDH. **Caso do Massacre de Mapiripán vs. Colômbia**. Mérito. Sentença de 15-9-2005. Tradução livre.]

29.c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

- **Consequência de violações aos preceitos interpretativos trazidos no artigo 29**

221. [...] no âmbito da competência contenciosa deste Tribunal, o descumprimento dos princípios de interpretação derivados do artigo 29.c) só poderia gerar a violação do direito que foi indevidamente interpretado à luz do referido princípios. [Corte IDH. **Caso Apitz Barbera e outros vs. Venezuela**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15-9-2005. Tradução livre.]

29.d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

- **Princípio *pro homine* ou *pro persona***

O princípio da primazia da norma mais favorável foi positivado no Artigo 29, “b”, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), preceito que proíbe categoricamente seja ela interpretada como limite ao gozo ou exercício de qualquer direito ou liberdade reconhecido de acordo com as leis do Estado-parte.³³ Em decorrência, é um verdadeiro non sequitur afirmar que, se a Convenção, no seu Artigo 8, § 2 – ou, para esses fins, qualquer outro instrumento internacional assegurador de liberdades subjetivas – não dá à presunção de inocência a dimensão que lhe Confere a Constituição brasileira, não poderia o seu autor, o Poder Constituinte, legitimamente fazê-lo. [STF. **ADC 43**, rel. min. Marco Aurélio, voto da min. Rosa Weber, j. 7-11-2019, P, DJE de 12-11-2020.]

[...] (10) as convenções e as declarações internacionais de direitos humanos, embora reconheçam a presunção de inocência como direito fundamental de qualquer indivíduo, não estabelecem, quanto a ela, a exigência do trânsito em julgado, o que torna aplicável, configurada situação de antinomia entre referidos atos de direito internacional público e o ordenamento interno brasileiro e em ordem a viabilizar o diálogo harmonioso entre as fontes internacionais e aquelas de origem doméstica, o critério da norma mais favorável (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 29), pois a Constituição do Brasil, ao proclamar o estado de inocência em favor das pessoas em geral, estabeleceu o requisito adicional do trânsito em julgado, circunstância essa que torna conseqüentemente mais intensa a proteção jurídica dispensada àqueles que sofrem perseguição criminal; (11) a exigência do trânsito em julgado vincula-se à importância constitucional e político-social da coisa julgada penal, que traduz fator de certeza e de segurança jurídica (“res judicata pro veritate habetur”); e (12) a soberania dos veredictos do júri, que se reveste de caráter meramente relativo, não autoriza nem legitima, por si só, a execução antecipada (ou provisória) de condenação ainda recorável emanada do Conselho de Sentença. [STF. ADC 43, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Celso de Mello, j. 7-11-2019, P, DJE de 12-11-2020.]

311. Em segundo lugar, faz-se mister notar que, se um país adota normas que sejam mais protetoras à pessoa humana, como se poderia entender a proibição da escravidão no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 2003, o Tribunal não poderia restringir sua análise da situação específica com base em uma norma que ofereça menos proteção. Esse é o espírito do artigo 29 da Convenção Americana [...] 312. A leitura literal do inciso b) do artigo 29 é clara ao demonstrar que a Convenção não permite uma interpretação que limite o gozo e o exercício dos direitos humanos. A interpretação *pro personae* exige que a Corte interprete os direitos humanos previstos na Convenção Americana à luz da norma mais protetora em relação à qual as pessoas sob sua jurisdição estão submetidas. [Corte IDH. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 20- 10-2016.]

57. É nesse sentido que a Convenção Americana prevê expressamente determinadas diretrizes de interpretação em seu artigo 29, 135 entre as quais inclui o princípio *pro persona*, o que implica que nenhuma disposição desse tratado pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade, que possa estar reconhecido, de acordo com as leis de qualquer dos Estados Parte ou de acordo com outra convenção em que seja parte um desses Estados ou ainda, excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. [[Corte IDH. OC-24/2017. Opinião consultiva sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação para casais do mesmo sexo, proferida em 24-11-2017.](#)]

Em suma: os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. No mesmo sentido: [[STF. ADC 41, rel. min. Roberto Barroso, voto do min. Celso de Mello, j. 8-6-2017, P, DJE de 17-8-2017.](#)]

No mesmo sentido: [STF. HC 152.752, rel. min. Edson Fachin, voto do min. Celso de Mello, j. 4-4-2018, P, DJE de 27-6-2018.](#)

A questão central, neste tema, considerada a limitação da soberania dos Estados (com evidente afastamento das concepções de JEAN BODIN), notadamente em matéria de Direitos Humanos, e a voluntária adesão do Brasil a esses importantíssimos estatutos internacionais de proteção regional e global aos direitos básicos da pessoa humana, consiste em manter fidelidade aos compromissos que o Estado brasileiro assumiu na ordem internacional, eis que continua a prevalecer, ainda, o clássico dogma – reafirmado pelo Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, hoje incorporada ao ordenamento interno de nosso País (Decreto nº 7.030/2009) –, segundo o qual “*pacta sunt servanda*”, vale dizer, “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser

cumprido por elas de boa fé”, sendo-lhe inoponíveis, consoante diretriz fundada no Artigo 27 dessa mesma Convenção de Viena, as disposições do direito interno do Estado nacional, que não poderá justificar, com base em tais regras domésticas, o inadimplemento de suas obrigações convencionais, sob pena de cometer grave ilícito internacional . Essa compreensão do tema – notadamente em situações como a ora em exame em que o Supremo Tribunal Federal se vê dividido na exegese de um dado preceito normativo – permite realizar a cláusula inscrita no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que confere, no domínio de interpretação dos direitos e garantias fundamentais, primazia à norma mais favorável, consoante tem enfatizado a própria jurisprudência desta Suprema Corte (HC 90.450/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g). [STF. AP 470 AgR-vigésimo sexto, rel. min. Joaquim Barbosa, red. do ac. min. Roberto Barroso, voto do min. Celso de Mello, j. 18-9-2013, P, DJE de 17-2-2014.]

[...] os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. – O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. [STF. HC 90.450, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, P, DJE de 6-2-2009.]

51. [...] Na verdade, frequentemente é útil, como acaba de fazer a Corte, comparar a Convenção Americana com o disposto em outros

instrumentos internacionais como meio para destacar aspectos particulares da regulamentação de um determinado direito, mas tal método não poderia ser usado nunca para incorporar à Convenção critérios restritivos que não se desprendam diretamente de seu texto, por mais que estejam presentes em qualquer outro tratado internacional. 52. A conclusão anterior se deduz claramente do artigo 29 da Convenção, que contém as normas de interpretação, cujo inciso b) afirma que nenhuma disposição da Convenção, pode ser interpretada no sentido de: limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados. Em consequência, se a uma mesma situação são aplicáveis a Convenção Americana e outro tratado internacional, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana. Se a própria Convenção estabelece que suas regulamentações não possuem efeito restritivo sobre outros instrumentos internacionais, menos ainda poderão ser aceitas restrições presentes nestes outros instrumentos, mas não na Convenção, para limitar o exercício dos direitos e liberdades que esta reconhece. [Corte IDH. OC-5/1985. Opinião consultiva sobre o registro profissional obrigatório de jornalistas, proferida em 13-11-1985.]

106. [...] ao interpretar a Convenção, deve-se sempre escolher a alternativa mais favorável para a proteção dos direitos protegidos pelo referido tratado, de acordo com o princípio da norma mais favorável ao ser humano. [Corte IDH. Caso do Massacre de Mapiripán vs. Colômbia. Mérito. Sentença de 15-9-2005. Tradução livre.]

ARTIGO 30. ALCANCE DAS RESTRIÇÕES

30. As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

- **Requisitos para a aplicação de restrições ao gozo e exercício de direitos**

176. O primeiro passo para avaliar se uma restrição a um direito estabelecido na Convenção Americana é permitida à luz desse tratado é examinar se a medida restritiva atende ao requisito de legalidade. Isso significa que as condições e circunstâncias gerais que autorizam uma restrição ao exercício de um determinado direito humano devem estar claramente estabelecidas na lei. A norma que estabelece a restrição deve ser uma lei no sentido formal e material. [...] 180. O segundo limite de qualquer restrição está relacionado à finalidade da medida restritiva; ou seja, que a causa invocada para justificar a restrição é uma das permitidas pela Convenção Americana, prevista em disposições específicas que estão incluídas em certos direitos (por exemplo, os fins de proteção da ordem ou saúde pública, dos artigos 12.3, 13.2 .b e 15, entre outros), ou, nas normas que estabeleçam fins legítimos gerais (por exemplo, “os direitos e liberdades das outras pessoas”, ou “as justas exigências do bem comum, em sociedade democrática”, ambos no artigo 32). [...] 185. No sistema interamericano há um terceiro requisito que deve ser atendido para que a restrição de um direito seja considerada compatível com a Convenção Americana. A Corte Interamericana considerou que, para que uma restrição seja permitida à luz da Convenção, ela deve ser necessária para uma sociedade democrática. Este requisito, que a Convenção Americana estabelece expressamente em certos direitos (de reunião, artigo 15; de associação, artigo 16; de circulação, artigo 22),

foi incorporado como guia de interpretação pela Corte e como requisito que qualifica todas as restrições sobre os direitos da Convenção, incluindo os direitos políticos. 186. Para avaliar se a medida restritiva em análise cumpre este último requisito, o Tribunal deve apreciar se: a) satisfaz uma necessidade social imperativa, ou seja, se visa satisfazer um interesse público imperativo; b) é a que restringe em menor grau o direito tutelado; e c) esteja estreitamente alinhada com a realização do objetivo legítimo. [Corte IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 6-8-2008. Tradução livre.]

No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2004; Corte IDH. **Caso López Lone e outros vs. Honduras**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 5-10-2015.

- **Interpretação restritiva do interesse geral nos casos de limitações aos direitos humanos**

73. As razões de utilidade pública e interesse social a que se refere a Convenção compreendem todos aqueles bens que, pelo uso a que serão destinados, permitem o melhor desenvolvimento de uma sociedade democrática. Para tanto, os Estados devem utilizar todos os meios à sua disposição para afetar em menor grau outros direitos e, portanto, assumir as obrigações que isso acarreta de acordo com a Convenção.

74. Da mesma forma que o interesse social, este Tribunal interpretou o alcance das razões de interesse geral incluídas no artigo 30 da Convenção Americana (alcance das restrições), afirmando que “[o] requisito segundo o qual as Leis devem ser promulgadas por razões de interesse geral significa que devem ter sido adotadas para o ‘bem comum’ (art. 32.2 [da Convenção]), conceito que deve ser interpretado como elemento integrante da ordem pública do Estado democrático, cujo objetivo principal é ‘a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade’ (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Considerandos, parágrafo 1)”. 75. Da

mesma forma, esta Corte indicou que os conceitos de “ordem pública” ou “bem comum”, derivados do interesse geral, desde que sejam invocados como fundamento de limitações aos direitos humanos, devem ser objeto de uma interpretação estritamente limitado às “exigências justas” de “uma sociedade democrática” que leve em conta o equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo e a necessidade de preservar o objeto e a finalidade da Convenção. 76. No presente caso, não há controvérsia entre as partes sobre o motivo e o objetivo da expropriação da propriedade da Sra. Salvador Chiriboga. Da mesma forma, a Corte destaca, em relação à privação do direito à propriedade privada, que um interesse legítimo ou geral baseado na proteção do meio ambiente, como observado no presente caso, representa uma causa de legítima utilidade pública. O Parque Metropolitano de Quito é uma área de lazer e proteção ecológica da referida cidade. [Corte IDH. **Caso Salvador Chiriboga vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 3-3-2011. Tradução livre.]

ARTIGO 31. RECONHECIMENTO DE OUTROS DIREITOS

31. Poderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 76 e 77.

CAPÍTULO V

DEVERES DAS PESSOAS

ARTIGO 32. CORRELAÇÃO ENTRE DEVERES E DIREITOS

32.1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

32.2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.

Esta obra foi finalizada, em novembro de 2022, pela
Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da
Informação do Supremo Tribunal Federal.

Foi projetada e composta na fonte Dante MT Std.



A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) – também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em referência à cidade em que foi elaborada, em 1969 – é um tratado internacional de proteção dos direitos humanos, considerado o mais importante no contexto do sistema interamericano.

Os Estados-Partes da CADH “comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição” (Artigo 1).

Além de enumerar direitos civis e políticos, a norma traz uma disposição sobre direitos econômicos, sociais e culturais, e ainda estabelece competência a dois órgãos responsáveis pelo cumprimento da Convenção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.



Download
gratuito

