

FERNANDA FERREIRA PRADAL



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O PODER JUDICIÁRIO E A CONVENÇÃO
AMERICANA SOBRE DIREITOS
HUMANOS: O DEVER DE “CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE”**

por

FERNANDA FERREIRA PRADAL

ORIENTADOR(A): CAROLINA DE CAMPOS MELO

2008.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE
JANEIRO RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP
22453-900 RIO DE JANEIRO - BRASIL

**O PODER JUDICIÁRIO E A CONVENÇÃO
AMERICANA SOBRE DIREITOS
HUMANOS: O DEVER DE “CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE”**

por

FERNANDA FERREIRA PRADAL

Monografia apresentada
ao Departamento de
Direito da Pontifícia
Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio)
como requisito parcial
para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Carolina de Campos Melo

2008.2

AGRADECIMENTOS

A toda minha família, pela união que sempre me conforta.

Aos meus pais, pelo amor, dedicação e apoio incondicional que acompanham todos os meus passos.

À Cecília, companheira de todos os tempos e lugares.

À minha orientadora, Carolina de Campos Melo, pela dedicação de que pude desfrutar, ao longo de nossa convivência, quem me orienta, mais do que para a atividade acadêmica, desde o dia em que a conheci.

À Helena, pela atenção e amizade.

Ao Núcleo de Direitos Humanos, pelas oportunidades que me propiciou, e, em especial, às professoras Márcia Nina e Rachel Herdy.

Ao grupo “Simulações e Realidade”, cujo trabalho resultou na resignificação do Direito para mim.

Aos integrantes do grupo “Simulações e Realidade”, meus grandes amigos, Letícia, Cecília, Luíza, Teresa, Celina, Gabriel e Roberto, pela amizade e convivência, rica em idéias e ideais.

Aos bons professores do Departamento de Direito da PUC-Rio, pelo conhecimento e esclarecimento de que pude me apropriar.

RESUMO

Este trabalho tem como tema central o papel do Poder Judiciário no cumprimento das obrigações estatais impostas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e, mais especificamente, o dever de “controle de convencionalidade”, *standard* consolidado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dessa forma, esse estudo aborda o regime de proteção estabelecido pelo sistema interamericano de proteção, em especial sua estrutura e forma de funcionamento, além das garantias gerais estabelecidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Posteriormente, é analisada a relação do Poder Judiciário nacional com os órgãos internacionais de proteção, por meio das formas como esse diálogo ocorre, com ênfase na aplicação dos standards internacionais de direitos humanos. E, por fim, é estudado o *standard* do “controle de convencionalidade”, com base na análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE

1. Direito Internacional dos Direitos Humanos; 2. sistema interamericano de proteção dos direitos humanos; 3. Convenção Americana 4. Corte Interamericana de Direitos humanos; 5. Poder Judiciário; 6. aplicação dos *standards* internacionais de direitos humanos ; 7. jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 8. “controle de convencionalidade”.

SUMÁRIO

Introdução.....	7
Capítulo I – O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e as obrigações gerais de garantia da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....	11
A) Marco normativo, estrutura e funcionamento	13
B) Obrigações gerais de garantia previstas nos art. 1.1 e 2º da CADH	18
Capítulo II – O papel do Poder Judiciário no cumprimento das obrigações internacionais do Estado em matéria de direitos humanos	23
A) O esgotamento dos recursos internos.....	25
B) A violações de direitos consagrados na CADH por ato do Poder Judiciário	28
1. Competência judicial	31
2. Devido processo legal	32
3. Conteúdo da decisão judicial	33
C) Função do Poder Judiciário no cumprimento das sentenças da Corte IDH	34
D) Aplicação dos <i>standards</i> internacionais na jurisprudência nacional: o dever de “controle de convencionalidade”	38
Capítulo III - O dever de “controle de convencionalidade” pelo Poder Judiciário do Estado nos casos da Corte IDH	44
A) O <i>Caso Almonacid vs. Chile</i>	46
1. Fatos do caso	46
2. Análise jurídica	49
B) O <i>Caso La Cantuta vs. Peru</i>	53
1. Fatos do caso	53
2. Análise jurídica	55
C) O <i>Caso Trabajadores Cesados Del Congreso vs. Peru</i>	60
1. Fatos do caso	61
2. Análise jurídica	64
D) O <i>Caso Boyce e outros vs. Barbados</i>	67
1. Fatos do caso	67
2. Análise jurídica	68

Conclusão	72
Bibliografia	75

Introdução

O tema deste trabalho monográfico insere-se no processo de recepção constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, vivido nos países latino-americanos desde o final da década de 1970, no contexto de redemocratização pela qual vêm passando esses países. Nesse sentido, esta pesquisa fundamenta-se numa verdadeira nova ordem de proteção à pessoa, inaugurada pelos tratados de direitos humanos,¹ mais especificamente no âmbito do sistema interamericano de proteção.

Além disso, o estudo desenvolvido parte de alguns pressupostos básicos para a melhor compreensão do tema. Assim, pressupõe-se a superação da divisão clássica entre direito internacional e direito interno, com a adoção do entendimento de que há a integração ou fusão do Direito Interno com o Direito Internacional.² Ainda, parte-se da premissa de que o domínio de proteção dos direitos humanos é dotado de especificidades, dentre as quais, a mais importante é a de que os tratados internacionais em matéria de direitos humanos não tutelam interesses de Estados contratantes, mas sim o interesse comum de tutela dos direitos e liberdades do ser humano.³

Dito isto, o tema tratado refere-se ao papel das instâncias judiciais nacionais no cumprimento das obrigações, em matéria de direitos humanos, dos Estados Partes na Convenção Americana sobre Direitos

¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. p.146.

² Conforme esse entendimento, supera-se a distinção entre monismo e dualismo, que pretendia diferenciar as relações reguladas pelos ordenamentos interno e internacional, uma vez que não poderia fornecer resposta satisfatória à proteção dos direitos humanos. (Cançado Trindade vol.I.p.506) Também nesse sentido, Cançado Trindade aponta: “Os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade da internacionalização de sua proteção corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana.” (Cançado Trindade. vol.I, pp. 515 e 516)

³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Reservas a la Convención sobre el Genocidio. Opinião Consultiva. Recueil 1951. p. 23; CORTE IDH. “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte. Opinião Consultiva OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. par. 24.

Humanos, e, mais especificamente o chamado dever de “controle de convencionalidade” que recai sobre o Poder Judiciário. Assim, é estudada a trajetória desse entendimento, primeiramente surgido na doutrina, até a consolidação de um *standard* internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isto, por considerar-se que os efeitos causados no direito interno são uma das questões mais importantes da proteção internacional dos direitos humanos.⁴

Para tanto, foi utilizado o método investigativo doutrinário, sobre o domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e jurisprudencial, sobre os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os objetivos buscados neste trabalho referem-se à delimitação da vinculação do Poder Judiciário, como parte da estrutura estatal, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos no continente americano; às formas pelas quais as instâncias judiciais nacionais relacionam-se, do ponto de vista prático, com os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos; à verificação quanto à existência de uma obrigação internacional do Poder Judiciário estatal de aplicar o Direito Internacional em âmbito interno; e, por fim, a investigação sobre o entendimento técnico obrigacional desse dever, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete última da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nesse sentido, não constituem foco deste trabalho questões como a problematização da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico dos Estados, ou a análise acerca dos mecanismos internos de implementação de sentenças emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou mesmo um estudo aprofundado do Poder Judiciário na estrutura do poder do Estado. Esses são temas que guardam relação com as questões apresentadas e têm grande relevância para

⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. 2^a ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p.536.

o estudo do Direito, mas que devem ser tratados com atenção apropriada.

Assim, esse trabalho organiza-se em três capítulos.

O primeiro capítulo situa a ordem de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano de proteção descrevendo sua criação, estrutura e funcionamento, além das obrigações gerais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que pautam toda a ordem protetiva desse sistema regional de proteção.

No segundo capítulo, são apresentadas as principais formas de relação entre o Poder Judiciário e as instâncias internacionais de proteção, com ênfase na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, demonstra-se como ocorre essa comunicação no que se refere (i) ao esgotamento dos recursos internos estatais, para que se chegue ao trâmite internacional de um caso, (ii) à possibilidade de o Estado ser responsabilizado internacionalmente em decorrência de ato do Poder Judiciário, (iii) à função exercida pelas instâncias judiciais na implementação das sentenças dos órgãos internacionais de proteção, e (iv) à aplicação dos *standards* internacionais em matéria de direitos humanos, pelo Poder Judiciário no exercício da jurisdição, o que, hoje, constitui uma obrigação estatal, mesmo em casos nos quais a legislação interna preveja de forma contrária, devendo o magistrado ou o tribunal exercer o “controle de convencionalidade” da norma e aplicar o Direito Internacional, honrando as obrigações internacionais do Estado.

O terceiro capítulo apresenta um estudo sobre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que consolida o entendimento quanto ao “controle de convencionalidade”. Até esse momento, quatro casos contenciosos foram julgados nesse sentido. Assim, demonstra-se os fatos e a análise jurídica realizada pelo Tribunal, para determinar o dever das instâncias judiciais estatais e a responsabilidade do Estado.

Em resumo, pretende-se demonstrar que a aplicação dos *standards* internacionais do sistema interamericano no âmbito interno é uma das funções do Poder Judiciário, a partir da ratificação da Convenção

Americana pelo Estado, e que sobre este fenômeno recai uma obrigação, um dever jurídico, reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CAPÍTULO I – O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e as obrigações gerais de garantia da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é o sistema regional atento à realidade do continente americano e tem exercido influência gradativa, mas fundamental, na tutela dos direitos e liberdades fundamentais dos povos latino-americanos.

Pode-se dividir a evolução do sistema interamericano, em três grandes momentos: a fase de sua formação, com atuação exclusiva da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH); a fase de institucionalização, nos moldes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH); e o terceiro, correspondente à sua consolidação, por meio do desenvolvimento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e a adoção de novos instrumentos regionais de proteção.⁵

No que se refere à sua formação, o sistema interamericano tem origem na Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA) e na Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem (Declaração Americana), adotadas na IX Conferência Internacional Americana, celebrada em Bogotá, Colômbia, em 1948, consistindo a Declaração Americana a base normativa central da proteção dos direitos humanos até a adoção da CADH.⁶

A CIDH foi criada em 1959, na 5ª Reunião de consultas dos Ministros de Relações Exteriores, realizada em Santiago do Chile, pela Resolução VIII, e foi dotada de poderes reduzidos que foram ampliados mediante dois Protocolos: o Protocolo do Rio de Janeiro de 1965, adotado na 2ª Conferência Interamericana, realizada no Rio de Janeiro, que atribuiu

⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p.30 a 32. Observe-se que o autor enumera cinco fases de evolução do sistema interamericano, das quais destacamos três por entendermos pertinente e suficiente para o presente capítulo.

⁶ Ibid. pp. 33 e 34.

à Comissão a função de recebimento de denúncias individuais ⁷ e o Protocolo de Buenos Aires de 1967, adotado na 3ª Conferência Interamericana realizada em Buenos Aires, que deu à CIDH caráter de órgão da OEA. A formação da CIDH e o aperfeiçoamento de suas atribuições são o marco institucional inicial da proteção dos direitos humanos no âmbito interamericano.

A CADH foi elaborada como um tratado e adotada em 1969, durante uma conferência especializada realizada em São José, na Costa Rica, mas somente entrou em vigor em 1978. A CADH prevê um novo órgão da OEA de proteção aos direitos humanos: a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).⁸ Assim, a CADH estabeleceu de forma institucionalizada o sistema dual de proteção aos direitos humanos no âmbito interamericano, protagonizado pela CIDH e pela Corte IDH. Além disso, o conteúdo da CADH, com suas obrigações gerais, e a proteção de direitos específicos; a competência que seu texto delega à CIDH e, especialmente, à Corte IDH, sua intérprete última; e o seu protocolo adicional, Protocolo de São Salvador sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, são passos determinantes na proteção da pessoa humana e no desenvolvimento dos povos do continente americano.

A Corte IDH, por sua vez, tem competência para conhecer casos contenciosos, tem competência consultiva, pela qual elabora as opiniões consultivas solicitadas por Estados membros da OEA ou órgãos da OEA, além da competência para ordenar medidas provisórias.⁹ O desenvolvimento da jurisprudência da Corte IDH tem início em 1982, tanto em sua atividade consultiva como contenciosa, e tem contribuído, assim, com o esclarecimento de questões centrais relativas à prevalência dos direitos humanos e à operação do sistema interamericano no sentido de tornar operativos os tratados de direitos humanos, inserir mudanças estruturais nos Estados Partes na CADH e reparar as vítimas das

⁷ Ibid. pp. 34 e 35.

⁸ Convenção Americana sobre Direitos Humanos: arts. 33 a 73.

⁹ Ibid.

violações.¹⁰ Com isso a Corte IDH é hoje, um dos tribunais protagonistas na jurisdicionalização do ordenamento jurídico internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A seguir, para a melhor compreensão das questões tratadas nesse trabalho, serão analisados: o marco normativo do sistema interamericano, sua estrutura e forma de funcionamento, assim como as obrigações gerais de garantia, previstas nos art. 1.1 e 2º da CADH.

A) Marco normativo, estrutura e funcionamento

A análise sobre o marco normativo interamericano inicia-se, necessariamente, com a Declaração Americana de 1948¹¹ que é o instrumento inaugural da proteção dos direitos humanos no continente americano, consistindo na base de referência em matéria de direitos humanos no período que antecede a adoção da CADH, em 1969, e ainda na normativa aplicável em relação àqueles Estados não-Partes na CADH.¹² A Declaração Americana, adotada por meio de uma resolução dos Estados membros da OEA, declarou, em 1948, os direitos nela consagrados como inerentes à pessoa humana e estabeleceu uma visão integral dos direitos humanos, protegendo direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais assim como estabelecendo correlações de indivisibilidade dos direitos e entre direitos e deveres do cidadão.

De outro lado, a CADH, conhecida também como pacto de San José da Costa Rica, foi adotada como um tratado internacional de direitos humanos, dotado assim de poder vinculante desde suas origens.¹³ Adotada pela Conferência Interamericana Especial sobre Direitos Humanos, em

¹⁰ Cfr: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

¹¹ Disponível em : http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm

¹² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. III. Op. Cit., p. 33. Declaração Americana é constantemente invocada pela CIDH.

¹³ Cançado Trindade ressalta que, durante os *travaux preparatoires* da CADH, os Estados membros da OEA deliberam que seria mantida a coexistência e harmonia entre a futura Convenção regional e os instrumentos internacionais das Nações Unidas. Com isso, em sua prática, a CIDH tem tido o cuidado de assegurar a coordenação com outros sistemas de proteção, evitando a duplicação de procedimentos de petição, conforme os arts. 46.1(c) e 47 (d). (Cançado Trindade. vol. III. p. 46)

novembro de 1969, passaram-se nove anos até que entrou em vigor em julho de 1978. Esse instrumento estabeleceu obrigações gerais dos Estados de respeitar e fazer respeitar os direitos nela consagrados e de adotar dispositivos de direito interno para proteger tais direitos, reconheceu os direitos civis e políticos especificadamente, por artigos, além de impor a obrigação de adotar medidas para o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos sociais e culturais.

Vistos os dois instrumentos que formam a base normativa do sistema interamericano, deve-se ressaltar que a proteção aos direitos humanos na região tem experimentado uma positiva expansão de seu *corpus júris*, uma vez que foram adotadas convenções interamericanas setoriais e pactos adicionais à CADH. Assim, o primeiro protocolo foi o Protocolo de São Salvador sobre direitos econômicos, sociais e culturais, adotado em 1988, que ocupou uma brecha importante no sistema interamericano para fortalecer a indivisibilidade dos direitos humanos e concretizar a proteção desses direitos. Além deste, foi adotado o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, em 1990, que entrou em vigor em agosto de 1991. E quanto às convenções setoriais, foi adotada a Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura, A Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção Belém do Pará, e a Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas portadoras de deficiência.¹⁴

A estrutura do sistema interamericano, como mencionado anteriormente, foi consolidada pela CADH uma vez que esta reafirmou a institucionalidade da CIDH, ampliando sua competência, e previu a formação da Corte IDH, como intérprete última de seu conteúdo e propósito. Assim, a CADH em sua parte II, sobre meios de proteção, art. 33

¹⁴ Cfr: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/TOC.Port.htm>

a 73, prevê a competência, a organização, as funções e o procedimento relativos à CIDH e à Corte IDH.

De acordo com os art. 34 e 36 da CADH, a CIDH é composta de sete membros que deverão ser pessoas de autoridade moral e de reconhecido saber sobre a matéria, eleitos a título pessoal pela Assembléia Geral da OEA a partir de uma lista de candidatos propostos pelos Estados. O mandato dos membros é de quatro anos, com a possibilidade de que eles sejam reeleitos uma vez, em conformidade com o art. 37.

A CIDH tem a função geral de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e conta com atribuições a ela designadas no art. 41 da CADH.¹⁵ Na prática, a CIDH exerce constantemente sua competência para elaborar distintos relatórios, como relatórios anuais e relatórios sobre determinados Estados, sobre temas relevantes, realizar visitas *in locu* (somente com a concordância do Estado) e examinar comunicações individuais, tanto de medidas cautelares como de admissibilidade e mérito de demandas.

A partir da entrada em vigor da CADH, a CIDH passou a ter um papel duplo de promoção e proteção dos Direitos humanos, atuando tanto em relação aos Estados que haviam ratificado a CADH quanto em relação aos Estados não-Partes nesse tratado.¹⁶ A CIDH continuou a possuir seu papel de proteção e promoção aos Direitos Humanos, inclusive com o

¹⁵ Artigo 41 da CADH: A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
- f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e
- g. apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

¹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. III. Op. Cit., p.47.

recebimento de petições individuais acerca de violações de direitos humanos imputadas a Estados membros da OEA, que não ratificaram a CADH. Tais violações, no entanto, só poderiam se referir a direitos dispostos na Declaração Americana. Assim, surge um novo regime para os países que ratificaram a CADH, o que permite que petições individuais relativas a estes Estados possam se referir tanto aos direitos dispostos nos instrumentos já existentes, quanto na CADH.¹⁷

Além disso, a CIDH passou a ter competência para enviar casos à Corte IDH, possibilitando a responsabilização internacional de Estados. Esta nova competência só pode ser exercida em relação aos Estados que ratificaram a Convenção e aceitaram a jurisdição d Tribunal, o que é realizado por instrumento próprio.

A Corte IDH, por sua vez, é composta por sete juízes membros, nacionais dos Estados membros da OEA, que sejam da mais alta autoridade moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, e que são eleitos a título pessoal, conforme dispõe o art. 52 da CADH. Os juízes são eleitos por um mandato de seis anos e poderão ser reeleitos, nos termos do art. 54 da CADH. A Corte IDH tem competência para conhecer casos que lhe sejam submetidos pelos Estados Partes e pela CIDH, conforme art. 61da CADH, o que se denomina de sua competência contenciosa, além de ser dotada de competência consultiva sobre a interpretação da CADH e outros tratados do sistema interamericano, como prevê o art. 64 desse instrumento. Ainda, o Tribunal pode conhecer de pedidos de medidas provisórias e determiná-las, se preenchidos os requisitos do art. 63.2 da CADH.

As decisões da Corte IDH, no exercício de sua competência contenciosa, são de cumprimento obrigatório por todos os Estados Partes que reconheçam sua competência em matéria contenciosa, conforme o princípio *pacta sunt servanda*, da boa-fé nas relações internacionais e da responsabilidade internacional do Estado. Nesse sentido também, os

¹⁷ Ibid. p. 33.

julgamentos devem ser fundamentados e qualquer parte pode solicitar interpretação de sentença perante o Tribunal.

Quanto ao funcionamento, ambos os órgãos, CIDH e Corte IDH, têm seus Estatutos aprovados pela Assembléia Geral da OEA e Regulamentos Internos, aprovados em suas próprias sessões.¹⁸ Dessa forma o funcionamento interno e trâmite de petições é regulado também por esses instrumentos. Especialmente com relação ao trâmite de casos contenciosos no âmbito da Corte IDH, este é dividido em duas grandes fases, escrita e oral, passando por diversas outras fases: fase de exceções preliminares, como a exceção de não esgotamento dos recursos internos, de litispendência internacional, e verificação do cumprimento do prazo para a apresentação da demanda, e a existência dos requisitos formais na demanda escrita e das exceções de competência quando podem ser apresentadas exceções preliminares de competência em razão da matéria, da pessoa, do tempo ou do lugar; fase de mérito; de reparações e de supervisão da implementação das sentenças e interpretação das mesmas.¹⁹

Os julgamentos do Tribunal, além de seus pareceres em sede de competência consultiva, têm sido determinantes para a reparação das vítimas e a inserção de mudanças estruturais no ordenamento jurídico e na organização Estatal no que se refere às obrigações do Estado, em matéria de direitos humanos e, assim, para a determinação de *standards* internacionais a serem seguidos pelos Estados Partes na CADH.²⁰

Em suas sentenças, a Corte IDH sempre relacionou os direitos específicos às obrigações gerais de garantia do respeito a esses direitos e de adoção de medidas legislativas e outras necessárias para efetivar tais direitos, previstas nos arts. 1.1 e 2, respectivamente. Como afirma, Cançado Trindade, a combinação da obrigação de assegurar os direitos previstos na CADH com deveres específicos relativos a cada direito protegido pela

¹⁸ <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/TOC.Port.htm>

¹⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. III. Op. Cit., p.53.

²⁰ Cfr: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

CADH, tem sido uma das mais importantes contribuições jurisprudenciais da Corte IDH, em sede de competência contenciosa.²¹

Nesse sentido, faz-se necessário o estudo das obrigações gerais constantes da CADH para compreender o contexto obrigacional a que os Estados Partes da CADH estão submetidos, assim como compreender a evolução jurisprudencial do sistema interamericano, sobre o tema das obrigações estatais.

B) Obrigações gerais de garantia previstas nos art. 1.1 e 2º da CADH

A relação estabelecida pela Corte IDH entre, de um lado, as obrigações gerais de garantir o respeito aos direitos protegidos pela CADH (art. 1.1) e adotar medidas legislativas e outras para garantir esses direitos (art. 2º) e, de outro, os deveres específicos relativos a cada direito constante da CADH, remonta aos primeiros casos contenciosos decididos pelo Tribunal: os casos *Velásquez Rodríguez* e *Godínez Cruz*,²² ambos em relação a Honduras.

Essas obrigações constam do capítulo 1 da CADH sobre “enumeração de deveres” e constituem todo o conteúdo desse capítulo. Assim o art. 1º, sobre a obrigação de respeitar os direitos, dispõe:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

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

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

No caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, primeira sentença emitida pela Corte IDH, foi ressaltada a violação do art. 1.1 uma vez que este é o fundamento genérico da proteção dos direitos reconhecidos na

²¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. III. Op. Cit., p. 54.

²² CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988. par. 163; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Sentença de 20 de janeiro de 1989. parr. 173 a 180.

CADH, entendimento que foi reafirmado al longo do desenvolvimento da jurisprudência da Corte, como já mencionado anteriormente.

Especificando ainda mais sua análise, o Tribunal afirma que o art. 1.1 da CADH é fundamental para determinar a existência ou não de violação à CADH, uma vez que este dispositivo endereça ao Estado os deveres fundamentais de respeito e garantia. Assim, conforme o dever de “respeitar” os direitos previstos, qualquer violação a direito atribuída a ações ou omissões de autoridade estatal, constitui um fato imputável a um Estado e determina sua responsabilidade internacional por violação à CADH.²³ De outro lado, no que se refere à obrigação de “garantir” o livre e pleno exercício dos direitos, há a obrigação de prevenir violações, e, nas hipóteses em que ocorram tais violações, há o dever de investigar e sancionar os responsáveis por elas, além da obrigação de restabelecer a situação anterior relativa ao direito violado, se possível, e reparar os danos causados.²⁴

A Corte também firmou o entendimento de que o caminho para o cumprimento desse dever geral, previsto no art. 1.1 da CADH, é a conduta governamental que assegure a existência real da garantia eficaz do livre e pleno exercício dos direitos humanos, o que fica mais especificado na afirmação de que o Estado deve organizar todo o aparato governamental e em geral, todas as estruturas através das quais o poder público se manifesta.²⁵

O art. 2º, por sua vez, sobre o dever de adotar disposições de direito interno, determina que:

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

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

²³ CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988. par. 164.

²⁴ Id. par.166.

²⁵ Id. par. 167. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Sentença de 20 de janeiro de 1989. par. 175.

Quanto ao dever de adotar dispositivos de direito interno, constante do art. 2º, a Corte IDH já determinou a existência de duas faces dessa obrigação. De um lado, os Estados têm o dever de excluir dispositivos da legislação interna que sejam incompatíveis com a CADH,²⁶ e de outro, têm o dever de adotar normas internas que sirvam à garantia e efetividade dos direitos protegidos na CADH.²⁷ Inclusive porque, conforme o Tribunal ressalta, é norma costumeira do Direito Internacional o dever de o Estado introduzir modificações em seu Direito interno para assegurar o fiel cumprimento das obrigações internacionais assumidas.²⁸

O entendimento quanto à existência de descumprimento da obrigação do art. 2º, na jurisprudência da Corte IDH, sofreu uma modificação considerável. Na OC-14/94 e em alguns casos contenciosos,²⁹ a Corte havia determinado a impossibilidade de analisar abstratamente a compatibilidade de uma lei com a CADH em sede de competência contenciosa. Entretanto, o Tribunal deu um passo à frente ao entender posteriormente, no caso *Suárez Rosero vs. Equador*, a possibilidade de uma previsão normativa nacional violar *per se* a CADH, não mais exigindo a aplicação de tal dispositivo para que se configurasse essa violação.³⁰

Deve-se ressaltar que na análise de mérito quanto à existência de violação ao art. 2º da CADH, os órgãos internacionais não devem necessariamente conhecer o Direito interno estatal, mas tomar conhecimento dele, como elemento de fato e de prova no processo de verificação da conformidade dos atos estatais com as obrigações que a CADH os impõe. Assim, realiza-se o exame da aplicação do Direito interno

²⁶ Caso *Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 14 de março de 2001. par. 44.

²⁷ Caso *La Última Tentación de Cristo*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. par. 98.

²⁸ CORTE IDH. Caso *Duran y Ugarte*. Sentença de 16 de agosto de 2000. par. 137. Caso *La última Tentación de Cristo*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. par. 87.

²⁹ CORTE IDH. Responsabilidade Internacional por expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção Americana. OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994. par. 49. Caso *El Amparo vs. Venezuela*. Sentença de 14 de setembro de 1996. parr. 56 a 58; Caso *Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Sentença de 29 de janeiro 1997. parr. 86 e 91.

³⁰ CORTE IDH. Caso *Suárez Rosero vs. Equador*. Sentença de 12 de novembro de 1997. par. 98.

de modo *incidenter tantum* como parte integrante do exame sobre o comportamento estatal a ser analisado à luz da CADH.³¹

Conforme afirma Cançado Trindade, entretanto, não se pode condicionar a totalidade dos direitos internacionalmente reconhecidos a providências legislativas internas dos Estados Partes. Nesse sentido, deve-se entender que a obrigação do art. 2º da CADH é adicional à obrigação geral do art. 1.1 do mesmo instrumento, porque o propósito do art. 2º é superar obstáculos e tomar as medidas cabíveis para assegurar a aplicação de todas as normas (inclusive as programáticas) da CADH, além de garantir seu cumprimento em qualquer circunstância.

Assim, é certo que o regime imposto pela CADH traz a dupla obrigação constante do art. 1.1, porém não basta que o Estado se abstenha de afetar os direitos de seus cidadãos, mas sim garantir o gozo desses direitos de forma positiva prevenindo violações e adequando seu ordenamento e o funcionamento de suas estruturas, o que não se limita às disposições legislativas. Esses deveres, em última análise, expressam a necessidade de uma consistente aplicação das normas internacionais no âmbito interno.³²

Pode-se entender, portanto, que, segundo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, os deveres especiais dos Estados, em relação à adequação de seu ordenamento jurídico e à garantia dos direitos reconhecidos nos tratados de direitos humanos, são os reflexos do princípio de que a implementação desses direitos, é, primordialmente, um assunto doméstico.³³ E é exatamente nesta perspectiva que deve ser analisada a função do Poder Judiciário nacional e sua ligação com os órgãos

³¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 518.

³² GARCÍA-SAYÁN, DIEGO. “*Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos*”. In: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo 1979-2004*. Corte Interamericana de Derechos Humanos: 2005. p. 329

³³ DULITZKY, Ariel. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado. In: ABREGÚ, MARTIN et al.. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 53.

internacionais de supervisão.³⁴ Considerando que os tratados de direitos humanos impõem obrigações que resultam na interação entre suas normas e as de Direito interno, esses instrumentos do Direito Internacional ainda previnem conflitos entre a jurisdição internacional e nacional, possibilitando a harmonização da legislação nacional com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos.³⁵

É porque o cumprimento das obrigações internacionais de proteção aos direitos humanos requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, que estes são chamados a aplicar tais normas internacionais, fazendo-se necessário o estudo da função do Poder Judiciário na observância desses deveres, o que pode ser entendido como o traço distintivo e talvez o mais marcante dos tratados de direitos humanos.³⁶

³⁴ DULITZKY, Ariel. Op. Cit., p. 54.

³⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. I. Op. Cit., p. 524.

³⁶ Ibid. p. 148

II – O papel do Poder Judiciário no cumprimento das obrigações internacionais do Estado em matéria de direitos humanos

Uma vez consideradas as obrigações gerais do Estado em matéria de direitos humanos, cabe a delimitação do papel exercido pelo Poder Judiciário para que o Estado honre suas obrigações internacionais relativas ao domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O Poder Judiciário exerce o papel de garante dos direitos protegidos nas convenções de direitos humanos e tem superior relevância em relação às outras esferas do Estado porque deve exercer a tutela de direitos dos cidadãos sob a jurisdição estatal.³⁷ Esse papel das instâncias internas deve ser visto da perspectiva do princípio da subsidiariedade dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. Este é um princípio geral de Direito Internacional em matéria de solução de controvérsias, que impõe o esgotamento dos mecanismos internos para que se possa postular a demanda perante os tribunais internacionais, contemplando os princípios da soberania estatal e igualdade entre os Estados.

Dessa forma, o princípio da subsidiariedade resulta em limitações aos órgãos internacionais e impõe deveres às instâncias do Poder Judiciário nacional. Primeiramente, porque o acesso aos órgãos internacionais de proteção está sujeito ao prévio esgotamento dos recursos internos, o que pressupõe o trâmite judicial de processo relativo à situação supostamente violatória dos direitos humanos, e, em segundo lugar, porque a implementação das decisões vinculantes de um órgão internacional de proteção impõe funções a serem desempenhadas pelo mesmo Poder Judiciário.³⁸

Além dessas duas perspectivas de atuação das instâncias judiciais nacionais, verifica-se a relação do Poder Judiciário com os órgãos

³⁷ABREGU, Martín. La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción. In: ABREGÚ, MARTIN et al.. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 6.

³⁸ GARCÍA-SAYÁN, DIEGO. Op. Cit., p. 329 e 330.

internacionais, como a CIDH e a Corte IDH, pela análise sobre atos dos juízes e tribunais na fase de mérito dos casos concretos, que podem resultar na responsabilização do Estado. Por fim, outro ponto de relação existente entre as duas esferas é o da aplicação dos *standards* internacionais pelas instâncias judiciais nacionais, já que a recepção constitucional dos tratados de direitos humanos implica na dupla obrigação do Poder Judiciário de incluir esses tratados no rol de fontes de Direito que aplicam ao caso concreto, não o restringindo às constituições, leis, decretos, e entendimentos jurisprudenciais nacionais.³⁹

Esta análise sobre a função do Poder Judiciário para o cumprimento das obrigações internacionais demonstra a relação dialética entre o Direito Internacional e o Direito Interno, expressada na própria essência da efetivação dos direitos protegidos na CADH,⁴⁰ e por esse motivo, reveste-se de fundamental importância para o estudo e a vivência prática no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Para maior clareza e cuidado com o tratamento das diferentes situações de relação entre o Poder Judiciário nacional e os órgãos internacionais, no contexto da obrigação estatal de disponibilizar recursos judiciais eficazes, será desenvolvida uma análise no que se refere (i) ao esgotamento dos recursos internos, (ii) à violação à CADH por ato do Poder Judiciário, (iii) à função do Poder Judiciário na implementação das sentenças da Corte IDH e, por fim, (iv) à aplicação dos *standards* internacionais na jurisprudência nacional.

³⁹Deve ser ressaltada a função dos advogados, como lembra Ariel Dulitzki, no sentido de que utilizem em suas alegações os instrumentos internacionais de direitos humanos, exigindo a aplicação dos mesmos pelos magistrados. Ressalta ainda que, se é certo que a maioria dos magistrados latino-americanos ignora a vigências de tais tratados no âmbito interno, também ocorre que um dos motivos para isso é a falta de utilização dos mesmos nas demandas a eles dirigidas por outros operadores do Direito; Caçado Trindade também observa o seguinte: “(...) Um papel importante está aqui reservado aos advogados de supostas vítimas de violação de direitos humano(...). No intuito de buscar a redução da considerável distância entre o reconhecimento formal, e a vigência real, dos direitos humanos, consagrados não só na Constituição e na lei interna como também nos tratados de proteção, cabe aos advogados invocar estes últimos, referindo-se às obrigações internacionais que vinculam o Estado no presente domínio de proteção, de modo a exigir dos juízes e tribunais nacionais, no exercício permanente de suas funções, que considerem, estudem e apliquem as normas dos tratados de direitos humanos e fundamentem devidamente suas decisões.” (Caçado Trindade. vol.1, p.515)

⁴⁰ GARCÍA-SAYÁN, DIEGO. Op. Cit., p. 330.

A) O esgotamento dos recursos internos

O esgotamento dos recursos internos é uma condição de admissibilidade de uma demanda internacional em contrapartida ao direito de petição individual, conforme os princípios de Direito Internacional, para que seja resguardada a oportunidade do Estado de resolver essas questões internamente.⁴¹ Esse requisito constitui a necessidade das instâncias internas, especialmente o Poder Judiciário, serem provocadas a analisar as matérias relacionadas ao tratado de direitos humanos.⁴² Em correspondência a isso, cabe ao órgão internacional verificar se o Poder Judiciário atuou, esgotando os mecanismos judiciais internos que sejam eficazes e adequados,⁴³ ou se há alguma exceção a esse requisito, antes de admitir o processamento do caso.⁴⁴

A exigência do esgotamento dos recursos internos como requisito para o acesso aos mecanismos de supervisão e controle dos tratados, como a CIDH e a Corte IDH, é uma demonstração da relação dialética existente entre os órgãos do Poder Judiciário e essas instâncias internacionais. Essa relação ocorre exatamente porque os tratados de direitos humanos, como a CADH, impõem aos Estados o dever de assegurar recursos judiciais

⁴¹ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 2ª ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999. p.228. Conforme ressalta Faúndez Ledesma, a regra do esgotamento dos recursos internos teve origem no Direito Internacional clássico, com relação ao instituto do amparo diplomático, que possibilita haver reclamações de um Estado em relação a outro no que se refere ao tratamento dirigido a seus nacionais no território do outro Estado. Para tanto, o indivíduo deve esgotar as instâncias do suposto Estado infrator. Segundo o autor, a Corte Internacional de Justiça, desde o caso *Switzerland v. United States of América*, de 1959, afirma que esta regra está bem estabelecida no Direito consuetudinário. (Faúndez Ledesma. p. 228) De fato, a CADH, no âmbito do sistema interamericano, positivou essa exigência em seu art. 46.1(a); Ver também: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El agotamiento de los recursos internos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, IV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*. IIDH, San José, 18 al 30 de agosto de 1986.

⁴² DULITZKY, Ariel. Op. Cit., p. 56.

⁴³ Segundo Faúndez Ledesma, o art. 46.1 da CADH refere-se a recursos da jurisdição interna, que possam ser conhecidos por autoridades judiciais, de acordo com procedimento pré-estabelecido, e que sejam dotados de força executória. Isto demonstra que os recursos administrativos não são suficientes para satisfazer a obrigação de disponibilizar recursos internos eficazes, constante do art. 25 da CADH. (Faúndez Ledesma. p. 233)

⁴⁴ DULITZKY, Ariel. Op. Cit., p. 56.

eficazes⁴⁵ às supostas vítimas de violações de direitos humanos.⁴⁶ Assim, basicamente em todos os casos de denúncias internacionais de violação de direitos humanos, estará envolvida alguma instância do poder judiciário que tenha falhado na obrigação estatal de garantir o gozo dos direitos humanos.⁴⁷

A CADH estabelece o esgotamento dos recursos internos como requisito de admissibilidade de um caso perante a CIDH e a Corte IDH assim como as exceções a esta regra, nos arts. 46.1 (a) e 46.2 , positivando esta regra no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos ao dispor:

Artigo 46

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;
- b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
- d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e

⁴⁵ Nota-se que são previstas exceções à regra do esgotamento dos recursos internos, no art. 46.2 da CADH, se comprovada a inexistência de recursos idôneos à reparação alegada ou a ineficácia de tal recurso para o fim pretendido. Assim, dispõe o art. 46.2 : “As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos”.

⁴⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. I. Op. Cit., p. 534.

⁴⁷ DULITZKY, Ariel. Op. Cit., p.54. Vale ressaltar que não é necessário o esgotamento de todos os recursos internos existentes no ordenamento jurídico do Estado, mas sim aqueles que sejam aptos a reparar a violação alegada, conforme afirma Faúdez Ledesma (Faúdez Ledesma. p. 233).

- c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos. (grifo nosso)

Entretanto, desde seu primeiro pronunciamento no cumprimento de sua função consultiva, a Corte IDH, ao interpretar tal norma, entende que:

“(...)según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interes del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios médios”.⁴⁸

Nesse sentido, ao não alegar a falta de esgotamento dos recursos internos o Estado se abstém de um meio de defesa. E se assim for, haverá a renúncia tácita, uma vez que a oportunidade adequada de alegação dessa exceção preliminar é a fase de admissibilidade do caso, perante a CIDH.⁴⁹

É certo que o esgotamento dos recursos internos é uma das questões de maior relevância prática no que se refere à aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e está diretamente vinculado à relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional no que se refere à proteção da pessoa humana.⁵⁰ Por isso, é consenso na jurisprudência internacional, que tem definido os limites dessa exigência, que essa regra deve ser aplicada de forma distinta, mais flexível, daquela feita no contencioso interestatal clássico do Direito Internacional, uma vez que se trata do contexto específico da proteção internacional dos direitos humanos, em que há necessariamente uma parte mais fraca no pólo ativo da lide.⁵¹

A CADH atribui funções aos juizes e tribunais nacionais relativas ao esgotamento de recursos internos, que recai sobre os indivíduos reclamantes na via internacional, e à obrigação de fornecer recursos internos eficazes,

⁴⁸ CORTE IDH. *Asunto de Viviana Gallardo e outras*. Resolução do Presidente de 15 de julho de 1981. para. 26. Segundo Faudéz Ledesma, o esgotamento dos recursos internos também pode ser servir de benefício ao indivíduo se proporcionar o funcionamento mais eficiente do sistema jurídico do Estado, de forma a garantir a reparação do direito supostamente violado, e não como uma exigência dilatória ou um privilégio à disposição do Estado. (pág. 229).

⁴⁹ FAÚNDEZ LEDESMA, Op. Cit., p.232.

⁵⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. pp.82 e 83.

⁵¹ *Ibid.* pp. 86, 88 e 89.

função primordial que, por sua vez, recai sobre os Estados.⁵² Entretanto a regra do esgotamento dos recursos internos somente pode ser adequadamente considerada se analisada em conexão com a obrigação estatal de fornecer recursos internos eficazes e de garantir seu trâmite nos termos do devido processo legal.⁵³ Nesse sentido, faz-se necessária uma análise das situações em que são violados os direitos da CADH em decorrência de atos do Poder Judiciário.

B) A Violação de direitos consagrados na CADH por ato do Poder Judiciário

Outra questão que implica a aproximação entre o poder Judiciário estatal e os órgãos internacionais de proteção se refere à atuação concreta dos juízes e tribunais, uma vez que a verificação quanto à conformidade em relação às obrigações internacionais do Estado, em matéria de direitos humanos, é realizada no tocante aos atos internos estatais como a legislação, as decisões administrativas e judiciais.

Isto demonstra o papel fundamental que os tribunais nacionais exercem na aplicação dos tratados de direitos humanos, o que reafirma a necessidade de conhecerem e interpretarem os dispositivos desses tratados.⁵⁴ Nesse sentido, se, primeiramente, o Poder Judiciário falhou em garantir o gozo dos direitos por meio da proteção judicial interna, em um segundo momento, o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente por violações de direitos processuais analisadas na fase de mérito do caso perante a CIDH e a Corte IDH. Nesse momento, os órgãos internacionais avaliam se a atuação concreta das instâncias do Poder Judiciário nacional

⁵² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. I. Op. Cit., p. 517.

⁵³ Ibid. p. 532.

⁵⁴ DULITZKY, Ariel. Op. Cit., p.54; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. I. Op. Cit., p. 517.

correspondeu às obrigações internacionais do Estado em matéria de direitos humanos, e se há responsabilidade internacional.⁵⁵

Dessa forma, o aparato judicial nacional é o sujeito que, por suas atribuições de Direito interno, operará face às pessoas sob a jurisdição do Estado, para garantir e proteger os direitos à proteção judicial (art. 25) e às garantias judiciais (art. 8º) consagrados na CADH.

Desde o primeiro caso contencioso julgado, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, e em diversos casos recentes, a Corte IDH determina a seguinte relação: a análise acerca dos direitos processuais (art. 8º e 25) deve ser feita a partir da obrigação geral do artigo 1.1 da CADH de garantir o livre e pleno exercício dos direitos constantes da CADH a todos sob a jurisdição estatal. Assim, os Estados estão obrigados a prover recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de direitos humanos (norma do art. 25 da CADH), o que deve ocorrer em conformidade com as regras do devido processo legal (norma do 8.1 da CADH).⁵⁶

O artigo 25 da CADH, sobre proteção judicial, estabelece:

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

⁵⁵ DULITZKY, Ariel. Op. Cit., p.56; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. I. Op. Cit., p. 518.

⁵⁶ CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. par. 91; *Caso Ximenes Lopes*. Sentença de 4 de julho de 2006.para. 175; *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentença de 1º de julho de 2006. para. 287; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. para. 169; *Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai*. Sentença de 22 de setembro de 2006. para 110.

A Corte IDH, na Opinião Consultiva OC-9/87, ressalta que o art. 25.1 da CADH incorpora o princípio da efetividade dos instrumentos processuais destinados a garantir os direitos humanos, o que implica na violação da Convenção, caso inexista um recurso efetivo contra violações de direitos humanos.⁵⁷ Nesse sentido o tribunal assevera que, para ser efetivo, o recurso judicial deve não somente ser previsto na legislação interna, como deve ser idôneo para averiguar a existência de violação de direitos humanos e remediá-la. Assim, não são efetivos os recursos que resultem ilusórios de acordo com as condições gerais do país ou circunstâncias particulares de um caso concreto, como quando o Poder Judiciário não goza de independência e imparcialidade, quando não haja meios para executar as decisões judiciais, quando ocorre atraso injustificado no trâmite processual, ou quando ocorra qualquer outra situação que impeça o acesso à justiça da pessoa lesionada em seu direito.⁵⁸

Por sua vez, o artigo 8.1, sobre garantias judiciais, impõe o seguinte:

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.

Na mesma oportunidade, Opinião Consultiva OC-9/87, a Corte IDH interpreta o art. 8º da CADH e determina que este não apresenta um recurso judicial propriamente dito, mas sim os requisitos que as instâncias judiciais devem observar para que as garantias judiciais sejam verdadeiras e próprias, conforme a CADH.⁵⁹ Esse dispositivo reconhece o “devido processo legal”, que consubstancia as condições a serem cumpridas para assegurar a defesa adequada daqueles cujos direitos ou obrigações estejam sob trâmite judicial.⁶⁰

⁵⁷ CORTE IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*. Opinião Consultiva OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. par. 24.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Id.* par. 27.

⁶⁰ *Id.* par. 28; A Corte IDH também afirma que os princípios do devido processo legal não podem ser suspensos, conforme o art. 27 da CADH, porque constituem condições necessárias para que os meios processuais constituam “garantias judiciais”, conforme a CADH.

Em sua competência contenciosa, a Corte IDH tem estabelecido os *standards* referentes ao cumprimento das obrigações oriundas dos arts. 8º e 25 da CADH. Nesse sentido, a análise do tribunal, no que se refere à diligência estatal para cumprir as referidas obrigações, deve verificar: a condução das ações oficiais de investigação e se os processos se desenvolveram conforme as garantias judiciais e a duração razoável do processo. Além disso, as investigações devem ser realizadas por todos os meios legais disponíveis e deve objetivar a determinação da verdade e a persecução dos responsáveis intelectuais e materiais dos fatos, especialmente quando agentes estatais estejam envolvidos. Posteriormente, deve-se avaliar se os meios judiciais utilizados resultaram em um recurso efetivo para assegurar os direitos de acesso à justiça, o conhecimento da verdade sobre os fatos e a reparação das vítimas ou familiares.⁶¹

Tratando-se de situações em que o Poder Judiciário atue e, conseqüentemente, cause violações à CADH e provoque a responsabilização do Estado, pode-se enumerar algumas situações violatórias analisadas pelo Tribunal, sem a pretensão de esgotá-las. Esses exemplos, para melhor compreensão, podem ser divididos em temas como a competência judicial, o respeito ao devido processo legal e o conteúdo da sentença judicial, que são vistos a seguir :

1. Competência judicial

Verifica-se, na jurisprudência da Corte IDH, casos recorrentes em que são determinadas violações aos arts. 8º e 25 no que se refere a questões de competência judicial, como os seguintes exemplos: julgamento e condenação do acusado, na justiça comum, pelos mesmos fatos que geraram sua absolvição na justiça militar, em um contexto de ditadura militar;⁶² e decisões de primeira e segunda instância no âmbito da justiça militar que absolveram agentes estatais acusados de graves violações, após

⁶¹ CORTE IDH. *Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai*. Sentença de 22 de setembro de 2006. par. 110 e 117.

⁶² CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentença de 17 de setembro de 1997. par. 77.

ser provocado conflito de competência e determinada a competência da justiça militar de forma errônea, somente porque se tratava de agentes das forças armadas, desrespeitando-se o *standard* interamericano relativo à competência da justiça militar.⁶³

2. Devido processo legal

Diversos são os casos em que se verifica violação dos arts. 8º e 25 em decorrência da não observância do devido processo legal estabelecido pela legislação nacional, conforme os exemplos que se seguem: o julgamento de acusados com base em legislação que não garantiu o direito à duração razoável do processo;⁶⁴ existência de processos penais contra os acusados, inconclusos por 17 anos, em caso de graves violações ocorridas durante um período ditatorial;⁶⁵ a verificação de atos estatais não condizentes com o entendimento de que o Estado deve assumir o processo como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses de particulares que dependa da iniciativa processual das vítimas e de seus familiares e do oferecimento de provas pelos mesmos;⁶⁶ julgamento e condenação sob o desrespeito ao princípio do juiz natural e do devido processo legal por serem realizados por juizes encapuzados, sem que os acusados dispusessem de um defensor a sua escolha e sem entrevista pessoal com defensores que lhes foram designados ao final do processo.⁶⁷

⁶³ CORTE IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Sentença de 5 de Julio de 2004. par. 199; *Caso Cesti Hurtado Vs. Peru*. Sentença de 29 de setembro de 1999. par. 194. Os *standards* interamericanos relativos à competência da justiça militar determinam que o juízo deve ser competente, independente e imparcial. Especialmente no que se refere à competência judicial, segundo precedentes da Corte IDH, a competência da Justiça Militar, para que seja respeitada a CADH, somente deve ser declarada quando o bem jurídico em questão é próprio da esfera militar, não bastando para tanto que os acusados sejam servidores das Forças Armadas.

⁶⁴ CORTE IDH. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros Vs. Trinidad e Tobago. Sentença de 21 de junho de 2002. par. 152.

⁶⁵ CORTE IDH. *Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai*. Sentença de 22 de setembro de 2006. par. 114.

⁶⁶ CORTE IDH. *Caso Masacres de Ituango*. Sentença de 1º de julho de 2006. parr. 287-289; *Caso Masacre de Pueblo Bello*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. parr. 143 a 146; *Caso Masacre de Mapiripán*. Sentença de 15 de setembro de 2005. parr. 137, 219, 223, 232 e 237. A parte desse entendimento, a Corte IDH também afirma que a participação das vítimas e seus familiares durante o processo judicial deve ser assegurada de acordo com a legislação interna.

⁶⁷ CORTE IDH. *Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru*. Sentença de 30 de maio de 1999. par. 221.

3. Conteúdo da decisão judicial

Outra possibilidade que se apresenta é a violação dos arts. 8º e 25 pelo Estado decorrente da aplicação do Direito pelo magistrado e o decorrente conteúdo da decisão judicial, por este estar em desacordo com *standards* internacionais em matéria de direitos humanos. Isso pode ser verificado nos seguintes exemplos: a exigência do pagamento de custas processuais e honorários exorbitantes, sem os quais a demanda judicial não poderia ser apreciada pelo Poder Judiciário;⁶⁸ o conteúdo da decisão judicial ser incompatível com a proteção de determinado direito humano consagrado na CADH, como o direito à liberdade de pensamento e expressão;⁶⁹ o reconhecimento da coisa julgada ou a aplicação do princípio do *non bis in idem*, com o fim de não processar judicialmente os possíveis responsáveis por violações de direitos humanos, absolvidos em processos judiciais que, por serem parciais e desrespeitarem as garantias judiciais, resultam na impunidade dos responsáveis.⁷⁰

Assim, foram vistas algumas hipóteses em que os atos das próprias instâncias judiciais dão origem à responsabilidade internacional do Estado analisada na fase de mérito em uma demanda internacional. Essa relação diferencia-se da atuação do Poder Judiciário quanto ao esgotamento dos recursos internos, apesar de estarem relacionadas, demonstrando mais uma forma de o Poder Judiciário se relacionar com os órgãos internacionais de proteção que seus atos são objeto de análise de mérito perante estes últimos. Portanto, uma vez violados direitos protegidos na CADH, surge a obrigação de reparar, que, novamente, dependerá da atuação das instâncias judiciais, considerada a natureza da medida de reparação. Nesse sentido, impõe-se a

⁶⁸ CORTE IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Sentença de 28 de novembro de 2002. par. 63.

⁶⁹ CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentença de 2 de julho de 2004. par. 195.

⁷⁰ CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006. par. 154; Caso Gutiérrez Soler Vs. Colômbia. Sentença de 12 de setembro de 2005. par. 98; Caso Carpio Nicolle e outros Vs. Guatemala. Sentença de 22 de novembro de 2004. par. 131; Caso La Cantuta Vs. Peru. Sentença de 29 de novembro de 2006. par.153. Em sua jurisprudência, a Corte IDH afirma que a coisa julgada com tais características é aparente ou fraudulenta e que não poderá gerar efeitos de forma plena.

necessidade de se demonstrar o papel das instâncias judiciais nacionais para que o Estado logre implementar tais decisões.

C) A função do Poder Judiciário no cumprimento das sentenças da Corte IDH

É certo que a efetiva implementação das decisões dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos é, a um só tempo, o objetivo e o compromisso da proteção regional desses direitos, segundo a CADH.⁷¹ O cumprimento das decisões por meio de medidas administrativas, legislativas e judiciais é um dever do Estado que provém da obrigação de respeito e garantia dos direitos previstos nos art. 1.1 e 2º da CADH, e da obrigação de reparar que nasce com a violação de direitos humanos. Nesse sentido, é o princípio da efetividade da proteção internacional que impõe a execução das decisões na esfera nacional, sem a qual torna-se impossível falar-se em verdadeira tutela regional.⁷²

Conforme a teoria da responsabilidade internacional do Estado, deve ser conferida reparação integral das violações de direitos humanos. No sistema interamericano, a reparação integral realiza-se por meio de medidas reparatórias previstas no art. 63.1 da CADH. O objetivo de tais medidas é fazer cessar a violação de direitos humanos e fazer desaparecer seus efeitos, mas, se impossível tal resultado, devem reparar as conseqüências e compensar os danos causados, além de garantir a não repetição daquele tipo de violação.⁷³ Essas medidas estabelecidas pelos órgãos do sistema interamericano são muito amplas e as próprias decisões, muitas vezes, constituem *per se* uma reparação, o que se revela muito significativo para as vítimas e seus familiares.⁷⁴ Esse tema é uma das mais

⁷¹ KRSTICEVIC, Viviana. Reflexiones sobre la Ejecución de las Decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. In: CEJIL. *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: jurisprudência, normativa y experiencias nacionales*. San José, CR.:CEJIL,2007.p. 15.

⁷² Ibid. p. 15 e 39.

⁷³ Ibid. p. 24 e 25.

⁷⁴ Ibid. p. 22 e 23.

importantes discussões da tutela internacional e por isso é de extrema relevância entender o papel dos órgãos encarregados de cumpri-las, como é o caso do Poder Judiciário.

A reparação integral ou *restitutio in integrum* tem diferentes elementos que variam de acordo com o caso concreto e as necessidades, aspirações e reivindicações das vítimas.⁷⁵ As medidas de reparação são estabelecidas nas sentenças da Corte IDH e nos informes de mérito da CIDH. Dentre elas, encontram-se: medidas de não repetição, que servem de guias para o Estado sobre como introduzir mudanças estruturais para evitar novas violações e garantir a validade das obrigações convencionais; e medidas de satisfação, que podem ser de ordem indenizatória de dano material e imaterial ou reparações para resolver o caso no âmbito das instâncias internas por meio de investigação, persecução e julgamento dos responsáveis, sendo a última de caráter reparatório e preventivo.

Nesse sentido, o Poder Judiciário tem um papel único no cumprimento específico de determinações das instâncias internacionais quanto a alguns pontos, tais como: posicionamento quanto ao valor das decisões internacionais e seu caráter auto-executável; persecução e julgamento dos responsáveis por violações de direitos humanos; retomada de processos judiciais em trâmite quando não verificada a duração razoável do processo; realização de novos atos processuais para que seja sanada a violação por violação do devido processo legal; execução de sentenças já emitidas no âmbito interno estatal; execução das obrigações pecuniárias provenientes de decisões dos órgãos internacionais; emissão de novas decisões judiciais quanto a questões incidentais, de mérito ou a revisão de sentenças já emitidas para adequar a tutela jurisdicional estatal aos *standards* internacionais relativos à competência, condições de admissibilidade de demandas ou mesmo entendimentos de mérito, inclusive os já passados em julgado;⁷⁶ além do cumprimento das medidas cautelares

⁷⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. II. Op. Cit., p. 172.

⁷⁶ Vale ressaltar que, por mais que as instâncias internacionais não tenham competência equivalente a um tribunal de quarta instância, se violada a CADH em decorrência da aplicação do

ou provisórias provenientes da CIDH e da Corte IDH, respectivamente; e também do cumprimento de medidas acordadas em solução amistosa no sistema interamericano.

Entretanto, observa-se na prática que os Estados muitas vezes têm dificuldade em implementar medidas de reparação que não sejam da competência do órgão executivo que representa o país na esfera internacional.⁷⁷ Esse é o caso do Poder Judiciário, que tem participado de forma periférica na implementação das decisões de órgãos internacionais. Isso vem constituindo uma deficiência na implementação de decisões, uma vez que um importante número de casos no sistema interamericano requer medidas de caráter judicial, como as mencionadas anteriormente.

Por isso, mais uma vez faz-se necessário um olhar para o ordenamento jurídico interno e suas instituições para que se alcance maior sucesso no trabalho de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, como apontado por Viviana Krsticevic, é necessário o desenvolvimento de estratégias no âmbito da administração da justiça, como a elaboração de uma política judicial e a criação de órgãos, procedimentos e mecanismos internos de impulso do Poder Judiciário.⁷⁸

Assim, considerada a importância do papel do Poder Judiciário e de órgãos relevantes para a administração da justiça, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, a determinação de uma política sobre o papel ocupado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos é um passo importante para se chegar à implementação de decisões emanadas de órgãos internacionais de proteção. Trata-se de estabelecer medidas de caráter político geral, que tenham como objetivo o cumprimento das obrigações internacionais do Estado nesse domínio, uma vez que essas medidas têm impacto direto no cumprimento de decisões internacionais de casos concretos. Como exemplo relevante, tem-se os posicionamentos sobre a

direito em uma decisão judicial, a CIDH e a Corte IDH terão competência para determinar como o Estado deverá proceder para sanar tal violação, o que pode significar a mudança no conteúdo material da sentença judicial.

⁷⁷ KRSTICEVIC, Viviana. Op. Cit., .p. 17.

⁷⁸ Ibid. pp. 92-96.

definição de prioridades na persecução penal de acusados de violações de direitos humanos; o alcance de institutos como a prescrição e coisa julgada, em casos de graves violações de direitos humanos; a anistia de violações dessa espécie, e a incorporação de obrigações internacionais na interpretação normativa e na prática de atos internos.⁷⁹

Além da importância dos posicionamentos de caráter geral, faz-se necessário um avanço na criação de mecanismos, procedimentos e até órgãos específicos para conferir concretude aos posicionamentos tomados. Como exemplo disso, têm-se algumas iniciavas que se revelaram positivas na região como: a concentração da função de investigação do Estado em um grupo de funcionários com essa atribuição exclusiva estabelecido pela *Fiscalía General de la Nación*,⁸⁰ na unidade de direitos humanos, na Colômbia; a possível federalização da competência para julgar violações de direitos humanos prevista pela Constituição Federal do Brasil;⁸¹ a criação de um “subsistema de direitos humanos” no Peru, criando instâncias especializadas no Ministério Público e no Poder Judiciário para a investigação e julgamento em casos de violações de direitos humanos que foram levadas aos órgãos internacionais de proteção e em casos pendentes, em âmbito local; e mecanismos que permitem a participação da vítima, de interessados e das organizações não-governamentais no processo penal, como querelantes ou assistentes de acusação, principalmente para a execução de decisões dos órgãos internacionais.⁸²

⁷⁹ Ibid. pp. 92 e 93.

⁸⁰ Equivalente ao Ministério Público Federal brasileiro.

⁸¹ Esta previsão encontra-se no §5º, art. 109 da Constituição Federal. Simplificadamente, esse mecanismo consiste na possibilidade de o Procurador Geral da República, representante máximo do Ministério Público, demandar do Superior Tribunal de Justiça, tribunal competente para julgar conflitos de competência entre órgãos do poder Judiciário Nacional, o deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal para julgar casos de violações de direitos humanos, com o objetivo de garantir o cumprimento de tratados internacionais de direitos humanos. Vale ressaltar que, até a presente data, este mecanismo foi utilizado somente uma vez pelo Procurador Geral da República e foi negado pelo Superior Tribunal de Justiça. Esse dispositivo é atualmente objeto de análise de verificação de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, que, se considerá-lo inconstitucional, causará forte retrocesso na proteção dos direitos humanos no Brasil.

⁸² KRSTICEVIC, Viviana. Op. Cit., pp. 93-96.

Certamente são posturas e medidas como as descritas e exemplificadas acima que tornarão possível o cumprimento das obrigações internacionais do Estado na fase de implementação das decisões emanadas da CIDH e da Corte IDH. Além disso, a incorporação dos *standards* internacionais, em matéria de direitos humanos, tem relação direta com o posicionamento dos juízes e tribunais frente a decisões internacionais influenciando diretamente seu cumprimento pelos mesmos. Entretanto, este é um tema que merece análise própria uma vez que é o foco central deste trabalho.

D) A Aplicação dos *standards* internacionais na jurisprudência nacional: o dever de “controle de convencionalidade”

Vistas as principais formas de relação entre o Poder Judiciário e os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, a análise concentrar-se-á na última delas: a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e os *standards* internacionais já estabelecidos no sistema interamericano por juízes e tribunais, promovendo a integração entre as esferas nacional e internacional.

É nesse sentido que se deve afirmar a necessidade de os magistrados nacionais aplicarem o Direito Internacional já que, nas palavras de Diego García-Sayán, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “não se encontram deparados a um Direito ‘estrangeiro’, mas sim frente ao Direito vértebra – ou que deveria servir como tal – do conjunto de normas e comportamentos das autoridades do Estado”.⁸³ (tradução livre) Deve-se considerar, inclusive, como afirma Cançado Trindade, que decisões judiciais que neguem a aplicação do Direito Internacional sob argumentos dualistas e fictícios, “atentam contra a unidade da solução jurídica e esvaziam o Direito de todo sentido”.⁸⁴ Isto porque implicam na situação de o Estado reconhecer obrigações no plano internacional e negar-lhes

⁸³ GARCÍA-SAYÁN, Diego. Op. Cit., p.329 e 330.

⁸⁴CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. I. Op. Cit., p.546.

vigência no plano interno, o que por sua vez acarretam a responsabilidade internacional do Estado por ato do Poder Judiciário.⁸⁵

Avançando nesse sentido, Ariel Dulitzky ressalta que “se é verdade que o direito interno e o direito internacional não são compartimentos estanques e que ambos confluem na proteção do ser humano, então é imperiosa a necessidade de os tribunais nacionais considerarem a jurisprudência internacional”⁸⁶ (tradução livre), entendimento que corrobora a integração entre os órgãos jurisdicionais nacionais e internacionais. Assim, como destaca García-Sayán, os tribunais nacionais são chamados a cumprir um papel singular de veículos principais para que o Estado possa efetivamente guiar-se pelos tratados internacionais sobre direitos humanos e aplicá-los em seu cotidiano.⁸⁷

Da perspectiva do Direito Internacional em geral, deve-se recordar que não é aceitável o descumprimento de obrigações internacionais por motivo de supostas dificuldades de ordem interna. Tampouco, e ainda com maior razão, como afirma Cançado Trindade, há justificativa para que um Estado não se conforme a um tratado de direitos humanos pelo “simples fato de seus tribunais interpretarem, no plano do Direito Interno, o tratado de modo diferente do que se impõe no direito internacional”,⁸⁸ o que pode gerar responsabilização internacional do Estado, uma vez que o Poder Judiciário estatal não é o intérprete final das obrigações internacionais do Estado em matéria de direitos humanos.⁸⁹ Inclusive, a margem de controvérsia entre tais interpretações deve ser reduzida, uma vez que os

⁸⁵ “A jurisprudência internacional está repleta de exemplos de determinação da responsabilidade internacional do Estado por atos, ou omissões, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.” (Cançado Trindade. Vol. II, p. 547)

⁸⁶ DULITZKY, Ariel. Op. Cit., p. 66. O autor também destaca a possibilidade de haver comunicação entre os órgãos do sistema interamericano e os tribunais nacionais no sentido de que os primeiros também utilizem as sentenças dos órgãos nacionais, recepcionando-as em sua atividade. Exemplos disso são: A utilização da sentença de um tribunal argentino na Opinião Consultiva OC-8 e caso “*Neira Alegria y otros*” (parágrafo 81) da Corte IDH.

⁸⁷ GARCÍA-SAYÁN, Diego. Op. Cit., p. 330.

⁸⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. I. Op. Cit., p. 516.

⁸⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. I. Op. Cit., p. 518.

próprios tratados dispõem sobre a função e o procedimento dos órgãos judiciais internos na aplicação das normas que contêm.⁹⁰

Estas observações trazem à discussão acerca do cumprimento das obrigações internacionais de direitos humanos a idéia de que o Poder Judiciário, apesar de não reconhecer expressamente em muito países, tem um dever de se guiar pela normativa e jurisprudência internacionais em matéria de direitos humanos.

Ainda em abordagem sobre esse tema, Ariel Dulitzky já havia identificado, na doutrina, duas formas básicas de recepção de decisões internacionais, como referência pelo Poder Judiciário: primeiramente, por meio da análise do magistrado da jurisprudência internacional, a fim de verificar a existência de uma norma internacional adequada ao caso que deve resolver, e, em segundo lugar, pela identificação de qual interpretação dessa norma, desenvolvida pela jurisprudência internacional, é a adequada ao caso sob seu conhecimento.⁹¹

Em decorrência do reconhecimento desse dever, portanto, deve-se considerar a possibilidade de haver responsabilização internacional do Estado, por ausência da aplicação dos standards internacionais. Nesse sentido, a própria Corte IDH, em análise do caso *Genie Lacayo Vs. Nicarágua*, demonstrou sua disponibilidade em determinar deveres específicos dos tribunais nacionais em casos que estejam sob seu conhecimento. Isto porque estabeleceu, nesse caso, que apesar de carecer de competência para sanar violações processuais no âmbito nacional, é competente para declarar a existência de tais violações que deverão, por sua vez, ser sanadas pela instância nacional competente.⁹² A importância desse entendimento foi assinalada por Ariel Dulitsky, ressaltando o dever dos tribunais locais de levar em conta as determinações da Corte IDH.⁹³ E

⁹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. I. Op. Cit., p. 517; O autor também chama atenção para a necessária autonomia e independência do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo nos casos em que esteja envolvida a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

⁹¹ DULITZKY, Ariel. Op. Cit., p.56.

⁹² CORTE IDH. *Caso Genie Lacayo*. Sentença de 29 de janeiro de 1997. para. 94.

⁹³ DULITZKY, Ariel. Op. Cit., p.61.

ainda na mesma linha, Cançado Trindade afirma a possibilidade de os órgãos de proteção internacional, no exame de casos concretos, ocuparem-se crescentemente de erros de fato e de direito, cometidos por tribunais internos, que possam resultar em violações de direitos humanos consagrados nos respectivos tratados.⁹⁴

De outro lado, é verificado que tribunais nacionais de alguns poucos Estados da região latino-americana têm dado passos marcantes no sentido de aplicar o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a jurisprudência internacional. Exemplos desse entendimento são encontrados em decisões da Corte Suprema da Argentina que, após a elevação ao *status* constitucional de alguns tratados de direitos humanos, como a CADH, promovida pela reforma constitucional argentina de 1994, tem entendido que ela própria deve guiar-se, obrigatoriamente, pela jurisprudência da Corte IDH e da CIDH,⁹⁵ além da Corte Suprema da Costa Rica, que recorre ao Direito Internacional para resolver questões jurídicas e tem entendido que, por ser a Corte IDH o órgão competente para interpretar a CADH, suas decisões são vinculantes, assim como norma interpretada.⁹⁶

De fato, a Corte IDH, conforme o julgamento de um maior número de casos contenciosos, determinou violações da CADH por atos do Poder Judiciário, inclusive quanto ao conteúdo de suas decisões por não serem estas compatíveis com *standards* internacionais, como demonstrado anteriormente.⁹⁷ Entretanto, avançando em sua análise quanto aos deveres das instâncias estatais no cumprimento das obrigações em matéria de direitos humanos, a Corte IDH estabeleceu, no caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, um novo *standard* relacionado às obrigações que recaem sobre o

⁹⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Vol. I. Op. Cit., p. 523.

⁹⁵ CORTE SUPREMA ARGENTINA. *Caso Ekmekdjian, Miguel A C/ Sofovich, Gerardo e Outros*. Decisão de 7 de Julio de 1992. In: DULITZKY, Ariel. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado. In: ABREGÚ, MARTIN et al.. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p.67.

⁹⁶ DULITZKY, Ariel. Op. Cit., p.71.

⁹⁷ Capítulo II. B (3).

Poder Judiciário: o dever de exercer o “controle de convencionalidade” entre a legislação nacional e a CADH.

Pelo que se extrai da jurisprudência da Corte IDH,⁹⁸ o chamado “controle de convencionalidade” entre as normas nacionais dos Estados e a CADH, consiste no dever conferido ao Poder Judiciário, como parte do aparato estatal, de velar para que as disposições de um tratado internacional de direitos humanos não sejam restringidas pela aplicação de leis nacionais que são contrárias ao objeto e fim da CADH, considerando, inclusive, sua interpretação, realizada pela Corte IDH. Nesse sentido, se aplicada uma determinada lei, incompatível com a CADH e com precedentes estabelecidos pela jurisprudência da Corte IDH, pode o Estado ser responsabilizado no âmbito do sistema interamericano, por violação dos direitos consagrados na CADH. Ocorre a violação dos arts. 8º e 25 da CADH, ou somente de um deles, com base no conteúdo de uma decisão judicial, e pela aplicação de norma incompatível com a CADH. Assim como ocorre a violação do art. 2 da CADH, considerada a ausência de adequação de seu ordenamento jurídico interno à CADH e do art. 1.1, tendo em vista o descumprimento da obrigação geral de garantia do livre e pleno gozo dos direitos constantes na CADH. Nesse sentido, pode-se entender que existem requisitos para a determinação da existência desse dever, como: a análise judicial de uma situação, a existência e aplicação de legislação incompatível com a CADH e a existência ou de uma incompatibilidade expressa da legislação interna com a CADH ou com um precedente do Tribunal.

Esse entendimento, estabelecido pela Corte IDH no *caso Almonacid Arellano Vs. Chile* e reiterado em casos posteriores, pode ser visto como a depuração técnica jurídica do entendimento já consagrado pela doutrina e pelo próprio tribunal de que os juízes e tribunais nacionais devem valer-se

⁹⁸ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006; *Caso La Cantuta Vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentença de 24 de novembro de 2006; *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007.

do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da jurisprudência dos órgãos internacionais em sua atividade jurisdicional, para que sejam honradas as obrigações estatais em matéria de direitos humanos.

Entretanto, como é característico de todo sistema jurídico baseado em dispositivos legais enxutos, interpretados e amoldados conforme os precedentes do tribunal competente, esse entendimento relativo ao dever de “controle de convencionalidade” do Poder Judiciário estatal deve ser examinado nos próprios precedentes da Corte IDH. Portanto, para melhor compreensão desse *standard* interamericano, passar-se-á, em um capítulo próprio, à exposição e análise sobre a forma como esse entendimento vem sendo aplicado e utilizado.

III - O dever de “controle de convencionalidade” pelo Poder Judiciário do Estado nos casos da Corte IDH

A expressão “controle de convencionalidade” não foi utilizada pela primeira vez no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Essa atividade já era entendida como parte da jurisdicional da Corte IDH ao controlar e adequar a atuação do poder público à CADH, como afirmado pelo Juiz Sérgio Garcia Ramirez em alguns de seus votos concorrentes em sentenças do Tribunal.⁹⁹

Sérgio Garcia Ramirez deu um passo adiante, em seu voto concorrente no caso *Tibi vs. Ecuador*, reconhecendo a semelhança entre o “controle de convencionalidade” exercido pelo Corte IDH e o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais constitucionais, em que ressaltou que a jurisdição internacional do Tribunal, assim também como a dos tribunais constitucionais, não pretende julgar todos os casos em que se reproduzam violações previamente submetidas à sua jurisdição e sobre as quais já emitiu sentenças que expressam sua interpretação, como intérprete natural das normas da CADH.¹⁰⁰ Em seguida, afirmando o que a Corte IDH decidiria adiante, conclui:

“Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos.”¹⁰¹

⁹⁹ Voto Concorrente do juiz Sergio García Ramírez na Sentença do *Caso Miran Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de novembro de 2003. par. 27; Voto Concorrente do juiz Sergio Garcia Ramirez na Sentença do *Caso Tibi vs. Ecuador* de 7 de setembro de 2004. parr. 3 e 4; Voto Arrazoadado do juiz Sergio García Ramírez na Sentença do *Caso López Álvarez vs. Honduras* de 1º de fevereiro de 2006. par. 30.

¹⁰⁰ Voto Concorrente do juiz Sergio Garcia Ramirez na Sentença do *Caso Tibi vs. Ecuador* de 7 de setembro de 2004. parr. 3 e 4.

¹⁰¹ Idem. par. 5. Sergio Garcia Ramirez ainda conclui o que já foi ressaltado no capítulo anterior desse trabalho quanto à interação entre o Direito interno e o Direito internacional: “(...) *en la lógica del sistema - y en las aspiraciones institucionales de la Corte Interamericana, como elemento de éste - reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno - que son el puente entre el sistema internacional y el nacional, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional. Es esto - un poder de influencia, reconstrucción, orientación, información - lo que explica y justifica, a la postre, una*

Posteriormente, a idéia de que o Estado deve sustentar a eficácia dos direitos garantidos na CADH em seu ordenamento interno, por meio da aplicação de precedentes de interpretação da CADH pela Corte IDH, avançou com a determinação da obrigação de “controle de convencionalidade” como uma obrigação específica do Poder Judiciário, como se pode verificar nos casos *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, *La Cantuta vs. Peru*, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Perú*, e *Boyce e outros vs. Barbados* os quais apresentam fatos, vítimas e violações materiais distintas, porém com elementos comuns, como a existência de legislação incompatível com a CADH e a aplicação da mesma pelas autoridades judiciais competentes.¹⁰²

Além da consolidação jurisprudencial desse entendimento pela Corte IDH, que será pormenorizada a seguir, vale ressaltar o perceptível efeito dos precedentes do Tribunal no reconhecimento da existência desse dever por alguns Estados, no plano internacional. Assim, apontam-se alegações de defesa realizadas por Estados comprometendo-se a seguir o *standard* do Tribunal ou mesmo alegando terem realizado o “controle de convencionalidade”. Nesse sentido, o Estado equatoriano, no *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñez vs. Ecuador*, comprometeu-se a adequar a garantia de *habeas corpus* aos *standards* internacionais para que a “convencionalidade” da detenção de uma pessoa em seu ordenamento jurídico não fosse de competência exclusiva da autoridade municipal, o que, por sua vez, não era compatível com a CADH.¹⁰³ E ainda, recentemente, no *caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, o Estado mexicano

jurisdicción internacional que no tiene la posibilidad ni la capacidad para abocarse al conocimiento de millares de juicios en los que se ventilen idénticos litigios y se reproduzcan razonamientos y pronunciamientos establecidos y reiterados con antelación”.(par.6)

¹⁰² Ressalte-se, entretanto, apesar de não ser o objeto desse trabalho, que a Corte IDH tem em seu repertório jurisprudencial casos nos quais foram aplicadas leis entendidas por ela como incompatíveis em não se falou na obrigação de exercer o “controle de convencionalidade”, tais como: *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentença de 28 de novembro de 2007 . par 175-186; *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Sentença de 17 de setembro de 1997. par. 67, 68, 162 e 164; *Caso Cantos vs. Argentina*. Sentença de 28 de novembro de 2002. Serie C No. 97, par. 54.

¹⁰³ CORTE IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñez vs. Ecuador*. Sentença de 21 de novembro de 2007. par. 30.

pretendeu a exclusão de sua responsabilidade, com base no argumento de que o acesso ao *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, no caso concreto, garantia o cumprimento da obrigação de oferecer um recurso adequado e eficaz porque consistira numa forma de “controle convencional” das leis nacionais.¹⁰⁴

Entretanto, o foco do presente estudo é a consolidação desse dever na jurisprudência da Corte IDH, o que demanda uma apresentação e análise de cada caso, para que se possa compreender melhor a aplicação do *standard* interamericano estudado.

A) O Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*

O caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* é considerado um dos mais importantes julgamentos da Corte IDH. Esse caso é posterior à análise realizada pelo tribunal no *Caso Barrios Altos vs. Peru*,¹⁰⁵ no qual determinou que as leis de auto-anistia são incompatíveis com a CADH. No presente caso, a Corte IDH analisou a aplicação da lei de anistia pelo Poder Judiciário estatal, como objeto da lide, e estabeleceu deveres dessa instância estatal para o cumprimento das obrigações internacionais relativas aos direitos consagrados nos art. 1.1, 2º, 8º e 25 da CADH.

1. Fatos do caso

Luis Alfredo Almonacid Arellano (ou Almonacid) foi detido por soldados do exército em sua casa no povoado de Manso de Velasco e baleado na presença de sua família, vindo a falecer no dia seguinte, 17 de

¹⁰⁴ CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentença de 6 de agosto de 2008, par. 129.

¹⁰⁵ CORTE IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 14 de março de 2001. A Corte IDH determinou a incompatibilidade das leis de anistia com a CADH e a necessidade delas serem excluídas do ordenamento jurídico estatal no caso *Barrios Altos vs. Peru* de 2001. O caso tratou do fato de que, no Peru, foi concedida anistia geral aos militares e outros agentes estatais que haviam cometido violações a direitos humanos entre 1980 e 1995, por meio de duas leis (leis nº 26479 e nº 26492). Nesse contexto, o entendimento da Corte se baseou na impossibilidade de uma lei que pretenda impedir a investigação e a sanção dos responsáveis por violações graves de direitos humanos ser compatível com a CADH.

setembro de 1973, aos 42 anos de idade.¹⁰⁶ Almonacid era casado com a sra. Elvira del Rosario Gómez Olivares, com quem teve três filhos, e era militante do Partido Comunista.¹⁰⁷

A execução de Almonacid ocorreu no contexto da ditadura militar chilena. Conforme três informes oficiais sobre a situação do Chile entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1990,¹⁰⁸ houve o golpe militar que instaurou o estado de sítio, correspondente a um estado de guerra.¹⁰⁹ Em seguida, ocorre uma repressão generalizada, como política de Estado, às pessoas que o regime considerava como opositores, por meio de uma prática massiva e sistemática de fuzilamentos e execuções sumárias cometidas por agentes do Estado, por vezes assistidos por civis.¹¹⁰ Em 18 de abril de 1978, o governo do regime militar chileno emitiu o Decreto-lei 2.191, mediante o qual concedeu anistia a todos os delitos cometidos entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, com algumas exceções constantes do art. 3º do decreto.¹¹¹

No que se refere às investigações e ao processamento dos responsáveis, restou provado que o Poder Judiciário chileno (i) aplicou o *sobreseimiento*,¹¹² no âmbito da justiça penal comum, em setembro de 1974;¹¹³ (ii) designou como competente a justiça militar para julgar o caso,

¹⁰⁶ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. par. 82.8.

¹⁰⁷ Além de professor de ensino básico e candidato a diretor do partido e secretário provincial da *Central Unitária de Trabajadores* e dirigente sindical do Magistério (SUTE).

¹⁰⁸ Informe da *Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Informe sobre qualificação de vítimas de violações de direitos humanos e da violência política da *Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación* e o Informe da *Comisión Nacional sobre prisión política y tortura*.

¹⁰⁹ Decretado por meio do Decreto Lei nº 5 de 22 de setembro de 1973.

¹¹⁰ Além dessas práticas, também foram cometidas torturas, violações sexuais, privações arbitrárias de liberdade em locais à margem da lei, desaparecimentos forçados, entre outras violações aos direitos humanos. A época mais violenta de todo o período corresponde aos primeiros meses do governo e as vítimas dessas violações foram funcionários de destaque do governo deposto e conhecidas figuras de esquerda, militantes, dirigentes políticos, sindicais, estudantis (ensino médio e superior), indígenas e representantes de organizações de base e movimentos sociais.

¹¹¹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. par. 82.10.

¹¹² A decisão de *sobreseimiento* implica na liberação do acusado e uma espécie de suspensão do processo, podendo este ser retomado na hipótese de haver nova prova.

¹¹³ As investigações sobre o assassinato de Almonacid tiveram início em 3 de outubro de 1973, no *Primer Juzgado Del Crimen de Rancagua*, chegando à *Corte de Apelaciones de Rancagua*, a qual, por fim, em 4 de setembro de 1974, determinou o *sobreseimiento temporal* da causa.

em 1993 e 1994,¹¹⁴ (iii) aplicou o *sobreseimiento* no âmbito da justiça penal militar, com fundamento na extinção da responsabilidade penal em virtude do Decreto-lei 2.191 que estabeleceu a anistia, em 1997¹¹⁵ e (iv) após a apresentação de diferentes recursos, determinou o arquivamento do processo por extemporaneidade, no âmbito da Corte Suprema de Justiça, em 1998.¹¹⁶

Em momento posterior ao regime ditatorial, a família de Almonacid recebeu reparações simbólicas e pecuniárias¹¹⁷ por meio da Comissão de Verdade e Reconciliação no âmbito da qual foi elaborado um informe, publicado pela presidência em 1991, em que foram reconhecidas as graves violações aos direitos humanos cometidas nesse período.

Por fim, quanto à lei de anistia, ficou comprovado haver diferentes projetos de lei em trâmite na casa legislativa chilena, porém nenhum adotado até a data da sentença da Corte IDH, 26 de setembro de 2006.¹¹⁸

¹¹⁴ Em 1992 a esposa de Almonacid solicitou a reabertura do inquérito. O *Primer Juzgado Del Crimen de Rancagua* acolheu o pedido, decidiu pelo afastamento do *sobreseimiento temporal* e procedeu à tomada de testemunho pessoal dos dois suspeitos do crime, srs. Manuel Segundo Castro Osorio e Raúl Hernán Neveu Cortesi. O juiz responsável, em decisões de fevereiro e junho de 1993 e abril de 1994, se declarou incompetente para conhecer a causa e determinou o envio para a *Fiscalía Militar y de carabineros de San Fernando*, o que foi recusado pela *Corte de Apelaciones*. Em setembro de 1996, a Justiça Militar (*Segundo Juzgado Militar*) requisitou a competência para si com fundamento na qualidade de servidores ativos dos processados ao tempo do crime. Com a negativa do *Primer Juzgado Del Crimen* em relação à solicitação da Justiça Militar, restou estabelecido o conflito de competência perante a Corte Suprema de Justiça, que determinou a competência da Justiça Militar.

¹¹⁵ Em 28 de janeiro de 1997, o *Segundo Juzgado Militar* concedeu o benefício do *sobreseimiento* total e definitivo pela aplicação desse decreto lei de anistia.

¹¹⁶ Em fevereiro de 1997, a sra. Gómez Olivares apresentou recurso à *Corte Marcial*, que, em março de 1998, confirmou a decisão da instância inferior. A sra. Gómez Olivares, em abril de 1998, apresentou *recurso de casación* em relação à última sentença. No mesmo mês, a Corte Suprema de Justiça decidiu pelo não seguimento do recurso por ser extemporâneo e, em novembro do mesmo ano, determinou o arquivamento do processo. Apesar dessas características do caso *Almonacid vs. Chile*, foi observado pela Corte IDH que nos últimos anos o Poder Judiciário Chileno não tem aplicado o Decreto-lei 2.191.

¹¹⁷ O Estado homenageou a vítima, batizando uma rua e uma vila com o nome “Luis Almonacid” e “Professor Luis Almonacid”, respectivamente, além de incluir seu nome no *Memorial Del Cementerio General de Santiago*. A sra. Gómez Olivares recebeu indenização em 1992 e recebe pensão mensal a qual tem direito vitalício assim como benefícios em matéria de saúde. Os filhos do casal receberam reparação pecuniária e em matéria educacional, tendo cursado até o nível superior, através de bolsas de estudo.

¹¹⁸ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. par. 82.24.

2. A análise jurídica

Na análise específica sobre a configuração da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, a Corte IDH delimitou o objeto de seu pronunciamento no seguinte sentido: determinar se o Estado cumpriu com suas obrigações gerais estabelecidas nos arts. 1.1 e 2º da CADH, ao manter em vigência o Decreto Lei nº 2.191, posteriormente à ratificação da CADH por parte do Chile, e verificar se a aplicação desse decreto constitui uma violação dos direitos consagrados nos arts. 8º e 25 da CADH em relação aos arts. 1.1 e 2º da mesma, em prejuízo das supostas vítimas.¹¹⁹

Dessa forma, o tribunal procedeu a analisar se o homicídio de Almonacid constituía crime contra a humanidade e a possibilidade de esses crimes serem anistiados, averiguando posteriormente se o Decreto Lei nº 2.191 previa a anistia de crimes contra a humanidade e se o Decreto e a aplicação deste, pelo Poder Judiciário, violava a CADH.

A análise da Corte IDH nesse caso procedeu, primeiramente, ao exame quanto à caracterização ou não do homicídio de Almonacid Arellano como crime contra a humanidade. O Tribunal concluiu que os elementos para a caracterização do homicídio de Almonacid como crime contra a humanidade estavam presentes¹²⁰ e embasou essa conclusão em duas principais questões: a conceituação de crime contra a humanidade do Tribunal de Nuremberg como costume internacional¹²¹ e o entendimento do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Yugoslávia no caso *Prosecutor v.*

¹¹⁹ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. par. 90.

¹²⁰ Id. par. 104

¹²¹ O Estatuto de Nuremberg teve grande importância por estabelecer os elementos desse delito de forma categórica em seu art. 6.c, entendendo como crimes contra a humanidade: “(...) assassinato, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos cometidos contra a população civil antes da guerra ou durante a mesma [e] a perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos na execução dos crimes de competência deste Tribunal ou que tenham relação com os mesmos, constituindo ou não violação da legislação interna do país onde são perpetrados.” (tradução livre). Além disso, esses Princípios de Direito Internacional, constantes do Estatuto de Nuremberg e das sentenças desse Tribunal, foram confirmados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 11 de dezembro de 1946, por meio da Resolução 95 (I), e posteriormente adotados em documento específico pela mesma Assembleia Geral em 21 de novembro de 1947, por meio da Resolução 177 (II).

*Dusko Tadic.*¹²² E, por fim, ressaltou que o ataque sistemático ocorrido contra setores da população civil, a partir do ano de 1973, no Chile, constituiu violação de norma imperativa do Direito Internacional, por que a proibição do cometimento de crimes contra a humanidade é norma de *ius cogens*.¹²³ Posteriormente, a Corte IDH analisou a possibilidade de o homicídio da vítima ser anistiado ou não, lembrando novamente o significado dos crimes contra a humanidade¹²⁴ e concluiu pela impossibilidade de tais crimes serem anistiados com base no entendimento consolidado no Direito Internacional¹²⁵

A partir dessas conclusões iniciais, a Corte IDH reiterou que são inadmissíveis as disposições legais de anistia e de prescrição que resultem na exclusão da responsabilidade, como declarado pela primeira vez no caso *Barrios Altos vs. Peru*, e que o Estado não pode escusar-se da obrigação de investigar, processar e sancionar os responsáveis por violações de direitos

¹²² CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. par. 96. Nesse caso, o Tribunal Penal para a Ex-Yugoslávia decidiu pela responsabilidade penal individual com base na existência de somente um ato cometido por um perpetrador no contexto de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil. Com base nesse julgamento, a Corte IDH reconheceu que os crimes contra a humanidade incluem o cometimento de homicídio e outros atos desumanos, cometidos em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil, e que portanto, basta somente um ato, dentre os considerados na tipificação do delito para que ele esteja configurado.

¹²³ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. par. 99.

¹²⁴ “são sérios atos de violência que causam dano aos seres humanos ao atingir [os bens] mais essenciais para eles: sua vida, sua liberdade, seu bem-estar físico, sua saúde e sua dignidade. São atos desumanos que, por sua extensão e gravidade, vão além dos limites toleráveis para a comunidade internacional, que deve exigir sua punição. Mas os crimes contra a humanidade também transcendem o indivíduo, (...) o que caracteriza o crime contra a humanidade é o conceito de humanidade como vítima.”.¹²⁴[tradução livre] (*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. par. 105)

¹²⁵ O tribunal salienta que o Direito Internacional, desde a adoção da Resolução 3 (I) de 13 de fevereiro de 1946, pela Assembleia Geral da ONU, sobre extradição e punição de crime de guerra, determina que os responsáveis por esses crimes sejam punidos. Além disso cita que, na Resolução 2583 (XXIV) de 1969 da Assembleia Geral da ONU, foi estabelecido o entendimento de que a investigação rigorosa dos crimes de guerra e contra a humanidade e a punição de seus responsáveis são importantes para prevenir esses crimes, proteger os direitos humanos, fomentar a confiança e a cooperação entre os povos e contribuir para a paz e segurança internacional. Também demonstra que a Resolução 3074 (XXVIII) de 1973, adotada na Assembleia Geral da ONU, estabelece as obrigações relativas aos crimes de guerra e contra a humanidade de investigar, encontrar os responsáveis, processá-los, julgá-los e, se cabível, puni-los. No mesmo sentido, a Corte ressaltou que as Resoluções 827 e 955 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, junto aos Estatutos dos Tribunais para a Ex-Yugoslávia e para Ruanda, contém a obrigação de todos os Estados das Nações Unidas cooperarem nas investigações e processamento de pessoas acusadas do cometimento de graves violações do Direito Internacional e assim, também de crimes contra a humanidade

humanos, decorrentes de crimes contra a humanidade, com base em uma lei de anistia de forma a violar as obrigações contidas na CADH.¹²⁶

No terceiro momento, a Corte avaliou se o decreto chileno nº. 2.191 determinou a anistia desse crime e se há violação da CADH pela manutenção da vigência dessa norma. Ao proceder a essa análise, a Corte IDH concluiu que o Decreto 2.191 determina a anistia do crime contra a humanidade de assassinato,¹²⁷ conduzindo à ausência de defesa da vítima e à impunidade desses tipos de delitos, demonstrando ser incompatível com a letra e o espírito da CADH, e gerando uma violação *per se* da Convenção uma vez que, independentemente de ser fiel ao ordenamento interno, essa lei anistiou os graves crimes contra o Direito Internacional cometidos pelo regime militar.¹²⁸

Por fim a Corte IDH procedeu à verificação sobre a possibilidade de a aplicação dessa norma pelas autoridades judiciais resultar na violação dos direitos consagrados nos arts. 8.1 e 25 da CADH. Conforme a análise do Tribunal, a aplicação do decreto lei de anistia resultou na interrupção das investigações, no arquivamento do inquérito e na impunidade dos responsáveis pela morte de Almonacid, impedindo os familiares de exercerem o direito de serem ouvidos por um tribunal competente, independente e imparcial, através de um recurso efetivo e adequado que reparasse as violações cometidas contra seu ente querido e que lhes permitisse conhecer a verdade¹²⁹, motivo pelo qual entendeu que o Estado chileno não observou a obrigação do art. 1.1 da CADH e incorreu na

¹²⁶ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. par. 112 e 113.

¹²⁷ O referido decreto determina anistia de delitos ocorridos entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, excetuando alguns crimes em seu art. 3º, dentre os quais não é encontrado o crime contra a humanidade de assassinato, e tampouco outros crimes de extrema gravidade como a tortura, o genocídio e o desaparecimento forçado.

¹²⁸ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. par. 118, 119 e 120. Com relação à vigência do decreto de anistia, o Estado argumentou que o Poder Judiciário chileno não o tem aplicado desde 1998. Quanto a esse argumento, a Corte IDH determinou expressamente que isso não é suficiente para resultar no cumprimento do art 2 da CADH porque a existência desse Decreto-lei configura uma violação *per se* da CADH e porque o entendimento jurisprudencial dos tribunais nacionais poderia se modificar no tempo, voltando a aplicar tal decreto.

¹²⁹ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. par. 126.

violação dos art.s 8.1 e 25 em relação a sra. Elvira del Rosario Gómez Olivares e de Alfredo, Alexis e José Luis Almonacid Gómez,¹³⁰ por terem sofrido denegação de justiça¹³¹.

Nesse momento, a Corte IDH afirma o dever do Poder Judiciário, a partir do entendimento de que o Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de qualquer de seus órgãos que dê origem a violações de direitos humanos, estabelecendo que o “*Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”¹³². (grifo nosso)

E adiciona que “[e]n esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹³³.

Isto porque o tribunal entende que a referida obrigação do art. 2 da CADH, de adequação do ordenamento jurídico às obrigações nela contidas, é uma obrigação legislativa que tem também a finalidade de facilitar a função do Poder Judiciário para que este, como aplicador da lei, tenha opções claras para resolver o caso concreto.¹³⁴ Ainda, não obstante o anterior, havendo uma falha do Poder Legislativo em suprimir, ou não adotar, leis incompatíveis com a CADH, conforme o art. 2 da CADH, o Poder Judiciário permanece vinculado pelo dever de garantia constante do art. 1.1 da CADH, devendo verdadeiramente abster-se de aplicar qualquer norma incompatível com a CADH.¹³⁵ É dizer e reafirmar que o Estado está vinculado por meio de todas as formas pelas quais se manifesta, inclusive pelo Poder que aplica o Direito vigente, devendo este incorporar à sua atividade jurisdicional a aplicação da CADH e de sua interpretação pela

¹³⁰ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y uotros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. par. 128.

¹³¹ Id. par. 160.

¹³² Id. par.124.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Id.123.

¹³⁵ Ibid.

Corte IDH, uma vez que esta é, conforme art. 62.3 da CADH, intérprete última desse instrumento.

Esta é a primeira vez que a Corte IDH afirma essa obrigação do Poder Judiciário que, posteriormente, foi consolidada em sua jurisprudência.

B) O Caso *La Cantuta vs. Peru*

O Caso *La Cantuta vs. Peru* é julgado pela Corte IDH pouco mais de dois meses após o julgamento do caso *Almonacid Arellano vs. Chile* e é a primeira oportunidade em que a Corte reitera seu entendimento relativo ao dever de exercer do “controle de convencionalidade” entre a legislação nacional e a CADH do Poder Judiciário estatal, consolidando seu entendimento. Este caso refere-se também a atos das forças armadas por meio da prática sistemática de violações de direitos humanos; a violação das garantias judiciais, durante um período ditatorial e a ausência de adequação do ordenamento jurídico interno à CADH, devido à existência e aplicação da lei de anistia.

Entretanto, esse caso reveste-se de certa peculiaridade porque a lei de anistia peruana já havia sido analisada pela Corte IDH no caso *Barrios Altos vs. Peru*, o que motivou a análise da responsabilidade internacional do Estado em relação, também, a algumas determinações do Tribunal nesse primeiro caso.

1. Fatos do caso

Conforme se depreende da sentença deste caso, a ditadura militar no Peru foi marcada por violações sistemáticas de direitos humanos, especialmente nos períodos de 1983-1984 e 1989 a 1992, que envolveram desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais, como reconhecido

pela *Comisión de la Verdad y Reconciliación* do Peru.¹³⁶ Durante o trâmite desse caso, o Estado peruano, considerando a decisão anterior da própria Corte IDH no *Caso Barrios Altos*, apresenta reconhecimento de responsabilidade internacional parcial, em relação às imputações formuladas pela CIDH e pelos representantes das vítimas.¹³⁷ Nesse sentido, perante a Corte IDH, houve o reconhecimento de todos os fatos narrados na demanda da CIDH, o reconhecimento parcial em relação aos pedidos, porém, houve a contestação quanto às conseqüências jurídicas relativas a alguns dos fatos narrados, o que, por sua vez, foi o objeto de análise do Tribunal.

Conforme os fatos alegados pela Comissão e reconhecidos pelo Estado, houve o seqüestro e desaparecimento forçado de um professor e dez estudantes, ocorridos na Universidad Nacional de Educación “Enrique Guzmán y Valle” – La Cantuta, em Lima, na madrugada de 18 de julho de 1992, cometidos por autoridades do Exército peruano, enquanto havia a presença e o controle militar da zona de localização da universidade.¹³⁸

O Estado acatou sua responsabilidade pelo desrespeito às garantias judiciais durante as investigações iniciais (ainda no período ditatorial), realizadas por meio da atuação dos tribunais militares, do Congresso da

¹³⁶ CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. parr. 80.1 e 80.2. A prática sistemática violatória dos direitos humanos foi favorecida pela situação geral de impunidade, propiciada e tolerada pela ausência de garantias judiciais e ineficácia das instituições judiciais, que se produziu por meio da adoção de leis, declinação de competência investigativa à justiça militar, destituição de vários magistrados e membros do Ministério Público, em todos os níveis, pelo Poder Executivo e a promulgação e aplicação das leis de anistia. Ainda, foi possível verificar o reconhecimento da existência de tal contexto pelas instituições nacionais, como por exemplo, no âmbito do Poder Judiciário, por meio de sentenças e resoluções no âmbito de investigações e processos acerca dos fatos do presente caso que incorporam com clareza as características do contexto e a participação e responsabilidade do chama “grupo colina” e de ocupantes de altos cargos do governo nos fatos tratados.

¹³⁷ CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. parr. 37-40. Conforme os fatos alegados pela Comissão e reconhecidos pelo Estado, houve o seqüestro e desaparecimento forçado do professor Hugo Muñoz Sánchez e dos estudantes Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa. Foi também incontroversa a ocorrência da execução de Armando Richard Amaro Córdor, Roberto Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Juan Gabriel Mariños Figueroa, Luis Enrique Ortiz Perea e Bertila Lozano Torres, cujos cadáveres foram posteriormente encontrados, assim como o desaparecimento forçado, que subsistiu até a data da sentença, de Dora Oyague Fierro, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas e Hugo Muñoz Sánchez.

¹³⁸ CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. parr. 2 e 40.

República e por decisão da Corte Suprema.¹³⁹ Além disso, foi confirmada a aprovação das leis de anistia n° 26.492 e n° 26.479 e houve o reconhecimento do fato de a sentença da Corte IDH, no caso *Barrios Altos vs. Peru*, ter caráter geral, além de terem sido confirmados os fatos relativos a novas investigações (posteriores ao ano 2000).¹⁴⁰

2. Análise jurídica

Com base nesses fatos o Estado peruano assumiu a responsabilidade por seus atos ao longo de 14 anos, que geraram violação aos seguintes direitos protegidos pela CADH: art 4° (direito à vida), art. 5° (direitos a integridade pessoal), art. 3° (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), art. 7° (direito à liberdade pessoal), art. 8° (garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial) da CADH, todos em conexão com o art. 1.1 do mesmo tratado¹⁴¹

Entretanto, o Estado afirmou discordar da CIDH no que se refere às pretensões quanto à sua responsabilidade internacional em relação a garantias judiciais e proteção judicial, no período entre o final do ano 2000 e até o momento de sua defesa perante a Corte IDH, e em relação à adoção de medidas para o sobrestamento das leis de anistia.¹⁴²

Quanto à sentença emitida pela Corte IDH no caso *Barrios Altos*, em 14 de março de 2001, restam provados fatos que demonstravam a ausência de seu cumprimento.¹⁴³ Além disso, surgiram controvérsias sobre

¹³⁹ Id. par. 40. Ainda, foi reconhecida a existência do Grupo Colina, cujos membros participaram do presente caso, como grupo ligado ao serviço nacional de inteligência que operava com conhecimento da Presidência da República e do Comando do Exército, para cumprir uma política de Estado consistente na identificação, controle e eliminação daquelas pessoas suspeitas de pertencerem a grupos contrários ao regime Fujimori, mediante execuções extrajudiciais indiscriminadas, assassinatos seletivos, desaparecimentos forçados e torturas.

¹⁴⁰ CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. par. 40.

¹⁴¹ Id. par. 41.

¹⁴² Id. par. 44.

¹⁴³ Id. par. 66, 70 e 80.62-64. Fatos como: a ausência de execução da decisão emitida em 16 de outubro de 2001 pela Sala Plena da CSJM que declarou nulas as sentenças que aplicavam a lei de anistia para que alguns militares fossem responsabilizados;¹⁴³ o reconhecimento, em 15 de julho de 2004, pelo CSJM da coisa julgada, relativa ao caso La Cantuta na Justiça Militar, negando o pedido de nulidade do processo, que se deferido, permitiria o processamento de alguns acusados na justiça penal comum;¹⁴³ fatos noticiados ao Ministério Público no ano 2000, com inquérito sob

violações de garantias processuais e de proteção judicial, que resultam na impunidade dos responsáveis por violações de direitos humanos e também quanto a medidas a serem tomadas para que o Estado torne as leis de anistia formalmente ineficazes e inaplicáveis, conferindo certeza jurídica, por meio da supressão de seu ordenamento jurídico, além da determinação do alcance dos danos aos familiares das vítimas desse período, para que sejam devidamente reparadas.¹⁴⁴

A Corte IDH, ao delimitar o objeto de sua análise neste caso, declarou que havia cessado a controvérsia acerca dos fatos do caso¹⁴⁵ e, no que se refere às questões de direito, que havia cessado totalmente a controvérsia em relação às violações dos arts. 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal) e 7 (direito à liberdade pessoal), todos em relação ao art. 1.1, e, parcialmente, em relação aos arts. 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial), em relação ao art. 1.1.¹⁴⁶ Isso porque o Estado não reconheceu a responsabilidade internacional por violação do art. 2 (adequação do ordenamento jurídico interno) e por violação dos arts. 8 e 25, no que se refere à alegada falta de diligência estatal para uma investigação séria, imparcial, efetiva e com duração razoável do processo para o esclarecimento dos fatos ocorridos e a sanção dos autores.¹⁴⁷ O Estado tampouco admitiu o dever de reparar na forma elaborada pela CIDH.¹⁴⁸

A Corte IDH procedeu, então, à verificação das alegadas violações aos arts. 8 e 25,¹⁴⁹ em relação às supostas vítimas e seus familiares, no que

número 2000-01, até a data da sentença permanecem sob investigação;¹⁴³ em 3 de janeiro de 2006, por meio da nota diplomática nº 6/85, foram apresentados pedidos de extradição em relação a doze pessoas, entre elas o ex-presidente Alberto Fujimori, que gerou procedimento de extradição perante a Corte Suprema de Justiça do Chile.

¹⁴⁴ CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. par. 45.

¹⁴⁵ Id. par. 51.

¹⁴⁶ Id. par. 52.

¹⁴⁷ Id. parr. 53 e 54.

¹⁴⁸ Id. par. 55.

¹⁴⁹ Ao analisar as supostas violações dos arts. 8 e 25 da CADH, a Corte IDH aborda os fatos sob as seguintes perspectivas: investigações iniciais pela justiça comum e seguinte declinação de competência à justiça militar; novas investigações e processos no âmbito da justiça comum; e obrigações derivadas do Direito Internacional, em matéria de cooperação interestatal, para a

se refere às alegações não reconhecidas pelo Estado e às alegações de descumprimento das obrigações contidas no art. 2 da CADH, separadamente.¹⁵⁰ Nessa análise, o Tribunal declarou a violação do art. 8.1 e 25, em relação ao art. 1.1 da CADH,¹⁵¹ com base no entendimento de que não houve acesso a um recurso idôneo e com duração razoável, para investigar, processar e, eventualmente, responsabilizar os suspeitos, revelar a verdade sobre os fatos ocorridos, mesmo havendo algumas medidas judiciais e de caráter diplomático para a extradição de processados, pelo fato de a Justiça Militar, que não cumpria os *standards* de competência, independência e imparcialidade ter julgado os acusados, decidindo pelo *sobreseimiento* de alguns militares, condenação de outros e aplicando também a lei de anistia.¹⁵²

Além disso, a Corte também considerou as novas investigações, ocorridas após o ano de 2001, e concluiu que a Justiça Militar continuou obstaculizando investigações e o eventual processamento e sanção de todos os responsáveis na Justiça Comum¹⁵³ assim como reiterou seus entendimentos constantes das sentenças dos *casos Barrios Altos vs. Peru* e *Almonacid Arellano vs. Chile* no sentido de que os dispositivos legais, como leis de anistia, previsões de prazos prescricionais, de incidência do instituto da coisa julgada e do princípio *non bis in idem*, que impeçam a

investigação e eventual extradição de supostos responsáveis em casos de graves violações de direitos humanos.

¹⁵⁰ CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. par. 58.

¹⁵¹ Id. par.159 e 161. A Corte IDH reiterou que, tendo em vista o contexto de violações sistemáticas e a gravidade dos crimes cometidos, crimes contra a humanidade cuja proibição é parte do *ius cogens*, a obrigação estatal de investigar, processar e sancionar adquire intensidade e importância especiais. (par. 157)

¹⁵² CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. par.143. Foi a Corte Suprema peruana a instância que decidiu o conflito de competência em favor da Justiça Militar. E assim, as investigações e a tramitação dos processos relativos a esse caso, a ocorrerem somente na Justiça Militar, entre 1994 e 2001.

¹⁵³ Isso sob o argumento de não haver execução das sentenças que readquiriam seus efeitos após a decisão do *Caso Barrios Altos*, não haver denúncia contra suspeitos que se beneficiaram de *sobreseimientos* no foro militar, e por ter sido negado o pedido de nulidade de um processo na Justiça Militar perante o CSJM, em 2004, após a sentença do *caso Barrios Altos*, sob o argumento da coisa julgada.

responsabilização por graves violações de direitos humanos, são inadmissíveis.¹⁵⁴

Ao analisar a violação do art. 2º, a Corte IDH considera os fatos e as práticas estatais em seu conjunto para verificar se as leis de anistia continuam gerando obstáculos a investigações, processamento e punição dos responsáveis, e assim, determinar ou não a existência de violação do art. 2 da CADH, no presente caso.¹⁵⁵

Procedendo à análise sobre a suposta violação do art. 2 da CADH, a Corte IDH também tomou como base as suas decisões no *Caso Barrios Altos* e no *Caso Almonacid Arellano*, e reiterou que a lei de anistia é incompatível com a CADH, constituindo uma violação *per se* a ao instrumento.¹⁵⁶

Nessa avaliação, a Corte IDH delimitou a controvérsia existente, referindo-se (i) à produção ou não de efeitos pelas leis de anistia peruanas após a sentença do caso *Barrios Altos*; (ii) e se positiva, se esse fato viola a CADH, (iii) se negativo, se a existência das leis continua constituindo violação à CADH e se, portanto, o Estado deveria adotar outras medidas.¹⁵⁷

O Tribunal estabeleceu que, para cumprir sua obrigação em relação ao art. 2 da CADH, com relação às leis de anistia, o Estado peruano deveria proceder à supressão das mesmas e reiterou seu entendimento, presente na sentença do caso *Almonacid Arellano*, de que

“El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos

¹⁵⁴ CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. par.152 e 153.

¹⁵⁵ Id. par.175. A Corte IDH expõe seu entendimento, firmado no caso *Barrios Altos vs. Peru*, sobre as leis de anistia desse país, analisa o caráter geral da obrigação de adequação do ordenamento jurídico interno do Estado à CADH e sua interpretação consolidada quanto às obrigações específicas dela resultantes, e a relação da violação do art. 2 com a obrigação geral constante do art. 1.1 da CADH nesse contexto.

¹⁵⁶ Id. par.167 a 169.

¹⁵⁷ Id. par.169.

internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.”¹⁵⁸

Por fim, nessa análise, a Corte IDH reitera seu entendimento em relação ao dever de “controle de convencionalidade”, como obrigação que recai sobre o Poder Judiciário estatal, e afirma, como na sentença do caso *Almonacid Arellano*, que:

“(...) La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”¹⁵⁹

Uma vez retomados esses entendimentos, a Corte IDH procedeu à verificação da violação desse dispositivo, o que determinou ser feito com base nos fatos e práticas do Estado em seu conjunto.¹⁶⁰ Para tanto, o tribunal considerou que houve: medidas de caráter geral, baseadas na decisão do caso *Barrios Altos*; ¹⁶¹ houve decisões pontuais nas quais foram reiteradas a inaplicabilidade e ineficácia das leis da anistia, das regras de prescrição do direito de ação penal, do reconhecimento da coisa julgada e do início de novas investigações penais; ¹⁶² houve decisões do tribunal constitucional peruano que negaram procedência a recursos de *amparo*, ¹⁶³ fundamentados nas leis de anistia e no princípio *non bis in idem*; ¹⁶⁴ a existência de normas que permitem a incorporação das decisões

¹⁵⁸ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. par. 123-125; *Caso La Cantutav vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. par.173.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. par.175.

¹⁶¹ *Id.* par.178 e179.

¹⁶² *Id.* par.180.

¹⁶³ remédio constitucional, previsto em muito países latino-americano, para a garantia de direitos previstos constitucionalmente, que já não sejam protegidos por outros remédios, como hábeas corpus, hábeas data.

¹⁶⁴ CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. par.182.

internacionais de forma diretamente aplicável e executável no âmbito interno, por parte do Poder Judiciário e dos órgãos essenciais à administração da justiça ; ¹⁶⁵ o reconhecimento, pelo tribunal constitucional peruano, da obrigação de aplicar o direito internacional e a jurisprudência dos órgãos internacionais a que o Estado peruano seja vinculado, assim como o acatamento do tribunal, em outras decisões, do efeito vinculante das sentenças da Corte IDH, inclusive de casos em que o Peru não seja parte, sobre todo o poder público nacional, incluindo a si próprio. ¹⁶⁶

Entretanto, a Corte IDH, reafirmou o dever de o Estado, por meio do Poder Judiciário, exercer o “controle de convencionalidade” entre a lei de anistia e a CADH, mas concluiu que o Estado suprimiu os efeitos gerados pelas leis de anistia, ¹⁶⁷ uma vez que não foi comprovado que as leis de anistia tenham sido aplicadas em inquéritos e processos penais ou que tenham impedido o início de outras investigações e processos relacionados a esses fatos desde 2001, após a sentença do caso *Barrios Altos* e a decisão do CSJM. ¹⁶⁸ Assim, o Tribunal declarou que, apesar de o Estado ter violado o art. 2 da CADH, em relação aos outros direitos analisados no presente caso, no período em que as leis de anistia foram aplicadas, não restou provado que, posteriormente à sentença do caso *Barrios Altos* e até então, o Estado tivesse descumprido a obrigação contida nesse dispositivo, porque adotou medidas pertinentes para suprimir os efeitos que as leis de anistia geraram, em algum momento. ¹⁶⁹

C) O Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro e outros). Vs. Perú*

Este caso envolveu duzentas e cinquenta e sete vítimas afetadas diretamente pela violação aos art. 8º (garantias judiciais), 25 (direito à

¹⁶⁵ Id. par.183.

¹⁶⁶ Id. parr.184 e 185.

¹⁶⁷ Id. par.186.

¹⁶⁸ Id. par.188.

¹⁶⁹ Id. par.189.

proteção judicial), 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2 ° (dever de adotar disposições de direito interno), no contexto de tomada do poder, no Peru, pela ditadura militar, em que as vítimas perderam seus postos de trabalho no Congresso Nacional.

1. Fatos do caso

Os fatos deste caso ocorreram logo após a transição do governo democrático peruano ao governo ditatorial de Alberto Fujimori, depois de formado o “*Congreso Constituyente Democrático*”, por resolução da Assembléia Geral da OEA, em junho de 1991, devido à instabilidade presente no país.¹⁷⁰

O Congresso estabelecido, apesar de reafirmar o conteúdo da Constituição peruana de 1979, deixou vigentes diversos decretos expedidos pelo governo, dentre eles, o Decreto Lei n°. 25418, que instituiu o “*Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional*” e o Decreto Lei n° 26540 (art. 9),¹⁷¹ os quais impediam o ajuizamento de remédios constitucionais, como o recurso de amparo, para questionar seus efeitos, criando situações isentas de controle jurisdicional.¹⁷²

Nesse contexto, em novembro de 1992, mil cento e dez funcionários e servidores do Congresso Nacional peruano foram despedidos, dentre os quais as duzentas e cinquenta e sete vítimas deste caso. Esse fato ocorreu por decisão da presidência da “*Comisión*

¹⁷⁰ Em 28 de Julho de 1990, Fujimori assumiu a presidência do Peru em conformidade com a Constituição de 1979 pelo período de 5 anos. Em abril de 1992, Fujimori torna público o “*Manifiesto a la Nación*”, no qual determina a dissolução do *Congreso de la Republica* e anuncia reformas na administração pública e no Poder Judiciário, instituindo o chamado “*Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional*”. (*Caso La Cantuta Vs. Peru*, parr. 89.1 e 89.2)

¹⁷¹ Decreto Lei n° 25640 de 21 de julho de 1992, art. 9º: *No procede la acción de amparo dirigida a impugnar directa o indirectamente la aplicación del presente Decreto Ley*. Além desse dispositivo, a Resolução 1239-A-CACL (art. 27) da “*Comisión Administradora del Patrimonio del Congreso de la República*” também vedou o ajuizamento do amparo pelas vítimas desse caso.

¹⁷² CORTE IDH. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007. parr. 82.2 e 82.4.

Administradora del Patrimonio del Congreso de la República”, formada pelo *Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional* de Fujimori.¹⁷³

Os trabalhadores recorreram à via administrativa para impugnar as resoluções emitidas pela “*Comisión Administradora del Patrimonio del Congreso de la República*” durante o processo de “reorganização” em que foram demitidos, utilizando-se de “*recurso de reconsideración*” perante o Presidente do chamado “*Congreso Constituyente Democrático*” e do “*recurso de apelación*”, que foram todos negados, sem análise de mérito. Posteriormente, lhes foram dirigidas resoluções que declararam improcedentes os meios impugnatórios em única instância. Por fim, em setembro de 1994, quando algumas das vítimas apresentaram solicitação de declaração de nulidade das resoluções que determinaram sua demissão, receberam a resposta, emitida pelo chamado *Congreso Constituyente Democrático*, de que era inadmissível o trâmite de novos recursos após a declaração de improcedência dos recursos impugnativos.¹⁷⁴

Em março de 1995, a maioria dos trabalhadores ajuizou uma ação de amparo no *Vigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima*. O juízo determinou que os trabalhadores fossem restituídos aos cargos que

¹⁷³ CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentença de 24 de novembro de 2006. par. 89.13. A “*Comisión Administradora del Patrimonio del Congreso de la República*” foi constituída pelo “*Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional*” mediante o Decreto Lei nº 25438, em abril de 1992 (89.7) Em julho de 1992, foi emitido Decreto Lei nº 25640 que autorizou a execução do processo de racionamento de pessoal do “*Congreso de la República*”. (89.9) O referido decreto estabeleceu que esse processo de racionamento deveria ser concluído no dia 6 de novembro, conforme o “*Proceso de Evaluación y Selección de Personal*” a ser realizado pela Comissão Administrados, mediante exames de qualificação. Determinou ainda que os trabalhadores aprovados ocupariam “*en estricto orden de méritos, los cargos previstos en el nuevo Cuadro de Asignación de Personal del Congreso*” e que os reprovados ou que não se apresentassem para o concurso seriam despedidos por causa da “reorganización” e somente receberiam os benefícios sociais estabelecidos em lei. As vítimas do presente caso foram demitidas com base nessas duas hipóteses.

¹⁷⁴ A decisão completa foi: “(...) habiéndose declarado en forma individual la improcedencia de los recursos impugnativos planteados por el aludido grupo de ex – servidores, por encargo de la más alta instancia administrativa del Congreso Constituyente Democrático, resulta, en consecuencia, inadmisibile el trámite de nuevos recursos impugnativos respecto de los mismos actos administrativos” Resolução nº 840-94-CCD/G.RRHH Duas das vítimas também apresentaram recursos na via “*contenciosa administrativa*” para decretar a nulidade das referidas resoluções. Entretanto, a *Corte Superior de Justicia de Lima* declarou que as ações eram infundadas, em novembro de 1993 e dezembro de 1997. (*Caso Boyce e outros Vs. Barbados* .par. 89.29)

ocupavam ao momento em que foram dispensados.¹⁷⁵ Em fevereiro de 1996, a *Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima*, após apelação interposta pelo Procurador Público do Poder Legislativo, reformou a sentença, por considerar que as ações estavam fora do prazo estabelecido pela lei, já que não era necessário o esgotamento das vias prévias, pois o art. 27 da Resolución n° 1239-A-CACL determinava que não caberiam recursos contra as resoluções expedidas pela *Comisión Administradora del Patrimonio del Congreso*, declarando improcedentes as ações de amparo ajuizadas pelos trabalhadores¹⁷⁶ Depois de alguns trabalhadores ajuizarem recurso extraordinário perante o Tribunal Constitucional, em novembro de 1997 o Tribunal Constitucional determinou a manutenção da decisão da *Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima*.¹⁷⁷

A Corte IDH também ressaltou que, como já verificado em casos anteriores por ela julgados, houve um período entre 1997 e 2000, em que houve a destituição de alguns magistrados da Corte Suprema peruana. Nesse período, confirma a Corte IDH, que o Tribunal Constitucional ficou desarticulado e incapacitado de exercer adequadamente sua jurisdição, principalmente no que se refere ao controle de constitucionalidade, e assim, o exame de adequação constitucional da conduta do Estado, tendo sua independência e imparcialidade impossibilitadas.¹⁷⁸

Os fatos do presente caso encontram-se inseridos em um contexto histórico em que ocorreram diversas demissões irregulares no setor público, o que foi reconhecido pelo próprio Estado a partir do ano 2001, ao aprovar leis e tomar decisões administrativas para rever as demissões coletivas e possibilitar aos trabalhadores demitidos irregularmente a reivindicação de seus direitos.¹⁷⁹ Todo esse contexto gerou uma situação generalizadas de

¹⁷⁵ CORTE IDH. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007. par. 89.22.

¹⁷⁶ Id. parr. 89.25 e 121.

¹⁷⁷ Id. par. 89.28.

¹⁷⁸ Id. par. 89.27.

¹⁷⁹ CORTE IDH. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007. par. 108. A Corte afirma: “Entre esas medidas destacan la Ley No. 27487 de 21 de junio de 2001, que

ausência de garantias e ineficácia das instituições judiciais para que fosse devidamente tratadas as violações como a do presente caso.

2. Análise jurídica

Ao analisar as possíveis violações dos art. 8º e 25 em relação aos arts. 1.1 e 2 da CADH, a Corte IDH verifica se no contexto interno, e segundo a legislação aplicada, as supostas vítimas puderam determinar a via adequada para buscar garantir seus direitos e se nos processos internos foi garantido um verdadeiro acesso à justiça, conforme os *standards* previstos na CADH, para a análise da matéria litigiosa.¹⁸⁰ Para tanto, o Tribunal observa as faculdades discricionárias, que os Estados seguramente gozam para remover seus funcionários, reorganizar instituições e gerir seus órgãos na linha do interesse público, porém, ressalta que esse exercício não pode ocorrer à margem do respeito às garantias do devido processo e da proteção judicial, sem os quais tornam-se arbitrários.¹⁸¹

Assim, deve-se considerar que havia três vias pelas quais as vítimas poderiam reclamar seus direitos: a via administrativa, no próprio Congresso; a via contenciosa administrativa e a via judicial, por meio de recurso de amparo.¹⁸²

Dessa forma a Corte IDH se pronunciou acerca dessas possibilidades e afirma que, em relação à via administrativa do Congresso Nacional, algumas das supostas vítimas tentaram-na sem sucesso, e afirmou que não era possível analisar devidamente essa possibilidade e o que havia acontecido, pela falta de elementos, inclusive quanto à necessidade de

dispuso la conformación de Comisiones Especiales para revisar los ceses colectivos realizados en el marco de procedimientos de evaluación de personal; una de éstas fue la Comisión Especial encargada de revisar los ceses colectivos del personal del Congreso , aunque no comprendiera en sus conclusiones a las presuntas víctimas de este caso . Además, fue creada una “Comisión Multisectorial” que estaría encargada, *inter alia*, de evaluar la viabilidad de las sugerencias y recomendaciones contenidas en los informes finales elaborados por las Comisiones Especiales, y fue promulgada la Ley No. 27586 para implementar sus recomendaciones .”

¹⁸⁰ CORTE IDH. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007. par. 107 e 110.

¹⁸¹ CORTE IDH. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007. par. 110.

¹⁸² *Id.* 111.

esgotar esse trâmite administrativo, antes de utilizar a via judicial.¹⁸³ Quanto à impugnação perante os tribunais internos da jurisdição contencioso-administrativa, procurada por alguns trabalhadores, tampouco restou clara a viabilidade e a idoneidade dessa instância judicial para que as supostas vítimas pudessem impugnar sua demissão, o que impossibilita ao Estado alegar esta via como um recurso efetivo que satisfaça sua obrigação internacional nesse sentido.¹⁸⁴

Por fim, a Corte IDH observa que a proibição de ajuizamento de amparo, constante de decretos nacionais que constituíam normas de aplicação imediata, resultou na impossibilidade *a priori* de os cidadãos impugnarem qualquer efeito de tais decretos que entendessem prejudiciais a seus direitos, propiciando um ambiente de desproteção e insegurança jurídica. Dessa forma, conclui que tal limitação normativa, em uma sociedade democrática, não pode ser considerada uma limitação válida ao direito real e efetivo ao acesso à justiça, o qual, conforme os art. 8º e 25 da CADH, não pode ser restringido nem derogado.¹⁸⁵

Analisando o trâmite das ações de amparo descrito dos fatos, a Corte concluiu que nem a Corte Superior nem o Tribunal Constitucional consideraram o mérito da questão levada ao Poder Judiciário e às instâncias administrativas. O Tribunal concluiu, dos fatos provados, que os tribunais superiores peruanos negaram os recursos por questões de admissibilidade, sem, entretanto, fundamentar sua decisão no referido art. 9 do Decreto Lei nº 25640, embasando-as no descumprimento de prazo para o ajuizamento da ação. Apesar de o Estado ter alegado que, se respeitado o prazo, os tribunais superiores teriam acatado a decisão de primeira instância por constituir controle difuso de constitucionalidade, a Corte IDH não vislumbra provas do reconhecimento de tal controle pelo Tribunal

¹⁸³ Id. par. 112.

¹⁸⁴ Id. par. 116.

¹⁸⁵ CORTE IDH. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007. par. 119 e 120. O tribunal citou outros casos, em que explicitou esse entendimento quanto ao direito ao acesso à justiça: *Caso Goiburú y otros*. Sentença de 22 de setembro de 2006. par. 131; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. par. 126.

Constitucional naquele período, inclusive porque, naquele momento, o Poder Judiciário não gozava de total e absoluta independência em relação ao governo, o que impedia que os magistrados fizessem o controle difuso de constitucionalidade em desfavor de decretos governamentais.¹⁸⁶

Dessa forma o Tribunal reiterou seu entendimento quanto à obrigação de o Estado disponibilizar um recurso efetivo, não somente formalmente previsto, mas idôneo, nos termos do art. 25 da CADH, assim como seu entendimento de que remédios constitucionais, como o hábeas corpus e o amparo, são garantias judiciais indispensáveis para a proteção de vários direitos que não podem ser restringidos nem suspensos, conforme o art. 27.2 da CADH¹⁸⁷ e que servem para preservar a legalidade em uma sociedade democrática.¹⁸⁸

E por fim, reafirmou o dever das instâncias judiciais de exercer não somente o controle de constitucionalidade, mas também o “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a CADH, determinando que este deve ser exercido *ex officio*, respeitadas as regras de competência e normas processuais existentes. A Corte IDH ressalta que essa obrigação

¹⁸⁶ CORTE IDH. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007. par. 121 e 127. A Corte observa, entretanto, que todo procedimento no âmbito interno deve ocorrer de acordo com amplas garantias judiciais, inclusive formalidades que devem ser observadas para acessá-los e assim, os Estados podem e dever estabelecer critérios de admissibilidade para os recursos internos.

¹⁸⁷ Art. 27.2 da CADH:

Artigo 27. Suspensão de garantias

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

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

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

¹⁸⁸ CORTE IDH. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007. par. 123; *Caso López Álvarez*. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. par. 92; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Sentença de 25 de novembro de 2005. par. 112; *Caso Acosta Calderón*. Sentença de 24 de junho de 2005. par. 90.

estatal recai sobre os magistrados por que estes também estão submetidos à CADH, para que velem por seu efeito útil, impedindo que este perca força pela aplicação de leis contrárias ao texto, ao objeto e ao fim da CADH.¹⁸⁹

D) O Caso *Boyce e outros vs. Barbados*

O caso *Boyce e outros vs. Barbados* reveste-se de especial importância por tratar da questão da pena de morte obrigatória, ainda prevista no ordenamento jurídico de alguns Estados, além de tratar de dispositivos legais e constitucionais do Estado em conflito com a CADH e de uma decisão da instância judicial hierarquicamente superior de Barbados.

1. Fatos do caso

Nesse caso, as supostas vítimas: Boyce, Joseph, Atkins e Huggins foram condenadas à pena de morte em conformidade com o art. 2º da *Ley de Delitos contra la Persona* de 1994 de Barbados,¹⁹⁰ não restando controvérsia judicial quanto a esse fato e, tampouco, quanto ao fato de a legislação de Barbados impor pena de morte obrigatoriamente para todas as pessoas culpáveis do delito de homicídio. É certo que as vítimas não foram executadas, mas tiveram conhecimento da decisão judicial que determinou a imposição da pena de morte pelos delitos que haviam cometido pelo *Consejo Privado de Barbados*.¹⁹¹

Os dispositivos de Direito interno que são relevantes para esse caso, além do mencionado art. 2º da *Ley de Delitos contra la Persona*, também incluem o art. 26 da Constituição de Barbados que determina:

¹⁸⁹ CORTE IDH. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007. par. 128

¹⁹⁰ O art. 2º a de lei estabelece que: Cualquier persona condenada por homicidio será sentenciada a, y sufrirá, la muerte.

¹⁹¹ O *Consejo Privado de Barbados* é um órgão ligado ao Poder Executivo que tem a função de recomendar a aplicação da pena de morte em Barbados.

Nada de lo que se incluya en una ley escrita ni lo que se realice conforme a ella será considerado inconsistente con las disposiciones de los artículos 12 al 23 siempre que dicha ley – (a) sea una ley (en este artículo, referido a "ley existente") que fue promulgada antes del 30 de noviembre de 1966 y que ha continuado siendo parte de la legislación de Barbados desde ese entonces [...]

Deve-se ressaltar, para a análise desse caso, que, em 2004, essa questão quanto a limitação à proteção judicial foi tratada pelo órgão superior na hierarquia judicial de Barbados, o *Comité Judicial del Consejo Privado*, no caso denominado *Boyce y Joseph vs. La Reina*. A decisão desse órgão foi de que os tribunais nacionais não podiam declarar o art. 2º da *Ley de Delitos contra la Persona*, incompatível com disposição constitucional interna que veda o tratamento desumano e degradante,¹⁹² tendo em vista a previsão do art. 26, da mesma Constituição.

2. Análise jurídica

A controvérsia estabelecida refere-se à possibilidade de a imposição obrigatória da pena de morte ser contrária aos seguintes dispositivos da CADH: art. 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 25 (direito à proteção judicial), art. 2º (dever de adotar disposições de direito interno) e art. 1.1 (obrigação de respeitar os direitos).

O entendimento da Corte IDH, nesse caso, foi de que se a *Ley de Delitos contra la Persona* de Barbados, em seu art. 2º, permite que um cidadão seja submetido a um processo judicial no qual não são consideradas as características particulares do acusado, nem as circunstâncias específicas do delito e sua participação, esta contraria a proibição quanto à privação arbitrária da vida e não limita a aplicação da pena de morte aos delitos mais graves, impondo-a, automaticamente, em casos de homicídio. Por este motivo, o Tribunal concluiu que esta

¹⁹² Art. 15.1 da Constituição de Barbados.

disposição de Direito interno violou o art. 4 (direito à vida)¹⁹³ da CADH em prejuízo de Boyce, Joseph, Huggins e Atkins.¹⁹⁴

Posteriormente, a Corte IDH procedeu à averiguação sobre a possibilidade de a *Ley de Delitos contra la Persona* de Barbados, art. 2º, que regula a pena de morte, e a chamada cláusula de exclusão da Constituição de Barbados, constante de seu art. 26,¹⁹⁵ serem incompatíveis com a CADH.

O art. 2º da *Ley de Delitos contra la Persona* de Barbados estabelece que: *Cualquier persona condenada por homicidio será sentenciada a, y sufrirá, la muerte*. Nesse sentido, o Tribunal considerou que, pelo fato de o art. 2º violar o direito à vida, protegido no art. 4º da CADH, como ele próprio concluiu primeiramente, também viola o art. 2º da CADH, mesmo que as vítimas não tenham sido executadas, porque este dispositivo consiste, como já tratado anteriormente, na obrigação geral de

¹⁹³ O artigo 4 (direito à vida) da CADH dispõe que:

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.

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.

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

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

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.

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.

¹⁹⁴ CORTE IDH. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007. parr. 62, 63 e 71. O Tribunal reafirmou que, ao interpretar a questão da pena de morte, já observou que o art. 4.2 da CADH permite a privação do direito à vida por meio da aplicação da pena de morte nos países em que ela ainda não foi abolida e que portanto, a pena de morte não é *per se* uma violação à CADH, mas que a CADH fixa limitações à sua aplicação. Assim, conforme estabelecido em alguns precedentes, como os casos *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago* e *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, a pena de morte somente pode ser aplicada a crimes comuns graves e não aos crimes políticos; a pena deve ser individualizada conforme as características do delito, a participação e culpabilidade do acusado, além do direito a algumas garantias processuais. A Corte IDH afirma que as terminologias “arbitrariamente” e “pelos delitos mais graves” sinalizam a incompatibilidade da aplicação obrigatória da pena de morte com a CADH, uma vez que prevê, de modo indiscriminado, a pena de morte, para condutas que podem ser muito diferentes. (parr. 50 e 51)

¹⁹⁵ O art. 26 da Constituição de Barbados dispõe que: Nada de lo que se incluya en una ley escrita ni lo que se realice conforme a ella será considerado inconsistente con las disposiciones de los artículos 12 al 23 siempre que dicha ley – (a) sea una ley (en este artículo, referido a "ley existente") que fue promulgada antes del 30 de noviembre de 1966 y que ha continuado siendo parte de la legislación de Barbados desde ese entonces [...].

adotar disposições de Direito interno para garantir a implementação da CADH e porque houve a aplicação desse dispositivo.¹⁹⁶

A Corte concluiu que o referido art. 26 da Constituição não permite que as leis existentes anteriormente a sua aprovação se submetam a uma análise de constitucionalidade,¹⁹⁷ excluindo-as desse processo, mesmo quando tal análise tenha o propósito de averiguar se a legislação viola os direitos humanos. Isto significa, conforme ressalta a Corte IDH, que o art. 2º da *Ley de Delitos contra la Persona*,¹⁹⁸ que viola a CADH, não pode ter sua constitucionalidade impugnada no âmbito interno, porque é anterior à Constituição vigente.¹⁹⁹

Nesse caso, a Corte IDH observou que a análise do *Comité Judicial del Consejo Privado* baseou-se, exclusivamente, nos dispositivos constitucionais nacionais, sem que fossem consideradas as obrigações do Estado, derivadas da CADH e da jurisprudência da Corte IDH. A conclusão alcançada pelo Tribunal foi de que, em contrariedade à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que veda a possibilidade de os Estados alegarem dispositivos de Direito interno para descumprir suas obrigações internacionais, o Estado alegava a impossibilidade de modificar sua legislação e aplicava uma norma violatória da CADH. Assim o Tribunal conclui que o art. 26 da Constituição representa a negação do direito de exigir proteção judicial a todos os cidadãos e, principalmente, às vítimas. Dessa forma, declara que, à luz de sua jurisprudência, o art. 26 da constituição impede a análise judicial do art 2º da *Ley de Delitos contra la Persona*, que por sua vez é violatória do direito a não ser privado

¹⁹⁶ CORTE IDH. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007. par. 71. A Corte afirmou que o Estado violou de forma direta e mais de uma vez o art. 2º da CADH em relação às vítimas, primeiramente, por tê-lo vigente em seu ordenamento jurídico e, em segundo lugar, por tê-lo aplicado nos processos referentes às vítimas. (par.73)

¹⁹⁷ A Constituição de Barbados foi promulgada em 30 de novembro 1966.

¹⁹⁸ A promulgação da *Ley de Delitos contra la Persona* ocorreu em 1868.

¹⁹⁹ CORTE IDH. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007. par. 75.

arbitrariamente da vida e, assim, que o Estado violou os art. 1.1, 4.1, 4.2 e 25.1 da CADH.²⁰⁰

Nesse contexto, a Corte IDH reafirmou mais uma vez o dever de o Poder Judiciário exercer o “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas e a CADH, levando também em conta a jurisprudência da Corte IDH.²⁰¹ A Corte, nesse sentido, reitera que a análise do *Comité Judicial del Consejo Privado* não poderia ter sido restrita em relação à constitucionalidade da norma em questão, mas também da “convencionalidade” da mesma, afirmando que: “*los tribunales de Barbados, incluso el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención*”.

A reafirmação desse dever, voltado às instâncias judiciais dos Estados, e a afirmação citada, que é explícita ao afirmar que o tribunal nacional competente deve “decidir” sobre a “convencionalidade” da legislação interna, corrobora, mais uma vez, com o entendimento de que essas instâncias devem ter a CADH e a jurisprudência da Corte IDH como constantes fontes do Direito, no exercício de sua atividade jurisdicional.

²⁰⁰ Id. par. 80.

²⁰¹ Id. par. 78.

Conclusão

A evolução do entendimento quanto à conceituação e à competência do exercício do “controle de convencionalidade” é explícita, quando analisados os pronunciamentos do Juiz Sergio García Ramirez e o *standard* consolidado pela Corte IDH. Verifica-se, assim, um verdadeiro salto no entendimento acerca dessa atribuição da função jurisdicional, uma vez que este passa da constatação quanto à competência contenciosa da Corte IDH de exercer o “controle de convencionalidade”, à sua afirmação como dever do Estado e, especificamente, dos magistrados e tribunais.

Por isso, pode-se afirmar duas conseqüências básicas desse caminho percorrido: (i) a determinação de um dever específico de parte da estrutura estatal, o Poder Judiciário, o que é positivo porque identifica o tipo de agente, aproximando-o da obrigação do Estado e confere a ele carga de responsabilidade compatível com a função que exerce na sociedade; assim como (ii) a determinação expressa da necessidade e da obrigação de se fazer um a espécie de “controle de convencionalidade”, considerada a impossibilidade e a inadequação do trâmite de infinitos casos no sistema interamericano.

Ambas conseqüências têm caráter prático e corroboram com o que foi desenvolvido nesse trabalho acerca da função primordial exercida pelo Poder Judiciário e da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Quanto à primeira conseqüência, a determinação de uma obrigação específica do Poder Judiciário é fundamental, uma vez que este é o órgão estatal competente para a tutela judicial dos direitos e, assim, deve promover a permeabilização do ordenamento jurídico interno aos *standards* internacionais em matéria de direitos humanos.²⁰² Enquanto ao que se refere

²⁰² Cançado Trindade ressalta as conseqüências positivas da aplicação das normas dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Poder Judiciário nacional, o que chama de “função ‘ampliada’ de administração de justiça”, e assim afirma que: “Uma primeira é (...) o aprimoramento da administração interna da justiça; uma segunda é uma maior aproximação entre os Estados, já não pela predominância clássica dos contatos entre poderes executivos com seu apego quase

à segunda conseqüência, a constatação da necessidade de se exercer uma espécie de “controle de convencionalidade”, pelos magistrados nacionais, deriva do princípio da subsidiariedade dos órgãos internacionais de proteção e da noção de que a implementação de direitos é uma questão primordialmente doméstica.

Ainda, a relação dialética entre Direito Interno e Direito Internacional, assim como o entendimento quanto à relevância da função exercida pelo Poder Judicial fundamentam-se no texto normativo da CADH, porque este impõe as obrigações gerais de garantia constantes dos arts. 1.1 e 2º. Nesse sentido, considerada a interpretação endereçada a esses dispositivos pela Corte IDH, é inegável o diálogo entre o Direito Internacional e o Direito interno para o cumprimento da obrigação do art. 2º de adotar medidas para a adequação do ordenamento interno à CADH, assim como é imprescindível a aplicação dos *standards* de direitos humanos para que, conforme o art. 1.1, o estado garanta, por meio de todas as estruturas do poder público, o livre e pleno exercício dos direitos e liberdades.

É possível afirmar a adoção de posturas voltadas à maior proteção do ser humano por alguns Estados do continente americano. Verificam-se casos em que o Estado demandado perante a CIDH ou a Corte IDH assume a responsabilidade que lhe foi imputada, e propõe-se a reparar as vítimas e implementar as decisões, assim como há Estados, já mencionados, que acatam o dever específico de “controle de convencionalidade”, e há indícios de comunicação mais fluida entre os órgãos do sistema interamericano e os órgãos do Poder Judiciário nacional de estados latino-americanos.

Nesse sentido, García-Sayán ressalta a importância da forma como alguns aparatos judiciais nacionais têm “nacionalizado” e desenvolvido os

instintivo ao dogma da soberania exclusiva, mas também pelos contatos internacionais dos poderes judiciários, beneficiando-se assim do conhecimento mútuo das realidades jurídicas internas dos Estados; e uma terceira é a atuação coordenada dos tribunais internos sob os tratados de direitos humanos, em matérias por estes regidas, a despeito das variações nos distintos ordenamentos jurídicos internos, propiciando um certo grau de uniformidade na aplicação das normas dos referidos tratados.” (Cançado Trindade. vol.I. p. 532 e 533)

preceitos substantivos de direitos humanos e como têm aplicado e interpretado os precedentes das sentenças da Corte IDH, os quais são obrigatórios, como ressaltado nesse trabalho.²⁰³

Portanto, pode-se constatar que, hoje, é possível falar-se em uma tendência de abertura internacional em matéria de direitos humanos, através do processo de reconhecimento constitucional da normativa internacional e do diálogo entre os órgãos internacionais e o Poder Judiciário nacional, como ressaltado nesse trabalho. Entretanto, é certo que ainda há um caminho a ser percorrido. Portanto, deve-se valorizar decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que estabeleçam *standards* com o potencial de transformação interna que, por exemplo, se verifica no dever de “controle de convencionalidade”.

²⁰³ GARCÍA-SAYÁN, DIEGO. Op. Cit., p. 347.

BIBLIOGRAFIA

Doutrina

ABREGU, Martin. La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción. In: ABREGÚ, MARTIN et al.. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 3- 32.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. 640 p.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. 429 p.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. 509 p.

DULITZKY, Ariel. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: um estúdio comparado. In: ABREGÚ, MARTIN et al.. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 33 –77.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 2ª ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999. 786p.

GARCÍA-SAYÁN, DIEGO. “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”. In: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo 1979-2004*. Corte Interamericana de Direitos Humanos: 2005. p. 323-384.

KRSTICEVIC, Viviana. Reflexiones sobre la Ejecución de las Decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. In: CEJIL. *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: jurisprudência, normativa y experiências nacionales*. San José, CR.:CEJIL, 2007. p. 15-112.

JURISPRUDÊNCIA

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Reservas a la Convención sobre el Genocidio*. Opinião Consultiva. Recueil 1951.

CORTE IDH. *Asunto de Viviana Gallardo e outras*. Resolução do Presidente de 15 de julho de 1981.

_____. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte*. Opinião Consultiva OC-1/82 de 24 de setembro de 1982.

_____. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*. Opinião Consultiva OC-9/87 de 6 de outubro de 1987.

_____. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988.

_____. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Sentença de 20 de janeiro de 1989.

_____. *Responsabilidad Internacional por expedición e aplicación de leis violatorias da Convención Americana*. Opinião Consultiva OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994.

_____. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Sentença de 14 de setembro de 1996.

_____. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Sentença de 29 de janeiro 1997.

_____. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentença de 12 de novembro de 1997.

_____. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentença de 17 de setembro de 1997.

_____. *Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru*. Sentença de 30 de maio de 1999.

_____. *Caso Cesti Hurtado Vs. Peru*. Sentença de 29 de setembro de 1999.

_____. *Caso Duran y Ugarte*. Sentença de 16 de agosto de 2000.

_____. *Caso La Ultima Tentación de Cristo*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001.

_____. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 14 de março de 2001.

_____. *Caso Cantos Vs. Argentina*. Sentença de 28 de novembro de 2002.

_____. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003.

_____. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros Vs. Trinidad e Tobago*. Sentença de 21 de junho de 2002.

_____. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia*. Sentença de 5 de julho de 2004.

_____. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentença de 2 de julho de 2004.

_____. *Caso Carpio Nicolle e outros Vs. Guatemala*. Sentença de 22 de novembro de 2004.

_____. *Caso Masacre de Mapiripán*. Sentença de 15 de setembro de 2005.

_____. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colômbia*. Sentença de 12 de setembro de 2005.

_____. *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Sentença de 25 de novembro de 2005.

_____. *Caso Acosta Calderón*. Sentença de 24 de junho de 2005.

_____. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentença de 31 de janeiro de 2006.

_____. *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentença de 1º de julho de 2006.

_____. *Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai*. Sentença de 22 de setembro de 2006.

_____. *Caso La Cantuta Vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006.

_____. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentença de 24 de novembro de 2006

_____. *Caso Ximenes Lopes*. Sentença de 4 de julho de 2006.

_____. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006.

_____. *Caso López Álvarez*. Sentença de 1 de fevereiro de 2006.

_____. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007.

_____. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentença de 21 de novembro de 2007.

_____. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentença de 6 de agosto de 2008.

Voto Concorrente do juiz Sergio García Ramírez na Sentença do *Caso Miran Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de novembro de 2003.

Voto Concorrente do juiz Sergio Garcia Ramirez na Sentença do *Caso Tibi vs. Ecuador* de 7 de setembro de 2004.

Voto Arrazoadado do juiz Sergio García Ramírez na Sentença do *Caso López Álvarez vs. Honduras* de 1º de fevereiro de 2006.