

Heloisa Fernandes Câmara  
Antonio Carlos Gonçalves Filho  
(Orgs.)

# Intervenções em Direitos Humanos

atuação do

# CCONS

CENTRO DE ESTUDOS DA CONSTITUIÇÃO



O Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFPR e, nele, o Centro de Estudos da Constituição (CCONS), tem, ao longo da última década, produzido conhecimento crítico, reflexivo e aplicado, por meio de pesquisa teórica e empírica, nos seus respectivos campos de saber. As/Os professoras/es e pesquisadoras/es, e suas orientandas/os são os sujeitos responsáveis pela realização desta desafiadora tarefa que é fazer pesquisa de excelência e responsabilidade social na área do Direito, sempre na fronteira entre as Ciências humanas e as Ciências Sociais Aplicadas (para usar as classificações das agências de fomento). Somos cientes de que nossa produção de conhecimento só acontece porque estamos em uma instituição como a Universidade Federal do Paraná e, nela, a Faculdade de Direito, seu Programa de Pós-Graduação, isto é, uma instituição pública, suportada majoritariamente pelo orçamento público e, mesmo com o descaso e desmantelamento que lhe acomete, nos últimos anos, ela persevera, com resiliência, resistência e criatividade. Como diz Leminski “Isso de querer ser exatamente aquilo que a gente é ainda vai nos levar além”.



## **INTERVENÇÕES EM DIREITOS HUMANOS**

O presente trabalho foi realizado com apoio da  
Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES)  
Código de Financiamento 001

*This study was financed in part by the  
Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES)  
Finance Code 001*

O presente trabalho foi realizado com apoio do  
Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná  
(PPGD–UFPR)

*This work was supported by the  
Federal University of Paraná's Postgraduate Program in Law (PPGD–UFPR)*

# INTERVENÇÕES EM DIREITOS HUMANOS

ATUAÇÃO DO CENTRO DE ESTUDOS DA CONSTITUIÇÃO

Organizadores

**Heloisa Fernandes Câmara**  
**Antonio Carlos Gonçalves Filho**

Colaboradoras

**Melina Girardi Fachin**  
**Vera Karam de Chueiri**

Fichas

**Alcebiades Meireles Meneses**  
**Ana Paula Cardoso Almeida**  
**Angélica Pavelski Cordeiro Schaitza**  
**Bárbara Antunes Goldman**  
**Igor Maestrelli Zarnicinski**  
**Isabella Louise Traub Soares de Souza**  
**Muriel Brenna Volz**



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

**Revisão:** Marcos Messerschmidt



A Editora Fi segue orientação da política de distribuição e compartilhamento da Creative Commons Atribuição-Compartilhável 4.0 Internacional [https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

CÂMARA, Heloisa Fernandes; GONÇALVES FILHO, Antonio Carlos. (Orgs.).

Intervenções em Direitos Humanos: atuação do Centro de Estudos da Constituição [recurso eletrônico] / Heloisa Fernandes Câmara; Antonio Carlos Gonçalves Filho (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

563 p.

ISBN: 978-65-5917-462-1

DOI: 10.22350/9786559174621

**Disponível em:** <http://www.editorafi.org>

1. Direitos Humanos; 2. Constituição; 3. Pesquisa; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# SUMÁRIO

<b>I</b>	<b>9</b>
<b>A PROPÓSITO DA PRODUÇÃO DE CONHECIMENTO, DA INSERÇÃO SOCIAL DO CONHECIMENTO E DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL PELO CONHECIMENTO: INTERVENÇÕES DO CENTRO DE ESTUDOS DA CONSTITUIÇÃO/CCONS</b>	

<b>II</b>	<b>18</b>
<b>À GUIA DE INTRODUÇÃO: ALGUMAS NOTAS SOBRE O <i>CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL</i></b>	

## **PARTE 1 CORTES INTERNACIONAIS: INTERVENÇÕES**

<b>1</b>	<b>27</b>
<b>POVO INDÍGENA XUCURU VS. BRASIL</b>	
<b>2</b>	<b>87</b>
<b>AMICUS CURIAE - CORTE IDH – IMPEACHMENT</b>	
<b>3</b>	<b>200</b>
<b>OPINIÃO CONSULTIVA SOLICITADA PELA COLÔMBIA À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A REELEIÇÃO PRESIDENCIAL INDEFINIDA</b>	

## **PARTE 2 CORTES NACIONAIS: INTERVENÇÕES**

<b>1</b>	<b>303</b>
<b>ADPF 153</b>	
<b>2</b>	<b>340</b>
<b>AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5543</b>	


**3** **388**  
**AC NA AÇÃO DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**  
**PROPOSTA PELA ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL - ADPF 709**

**4** **467**  
**ADPF 635**

**5** **504**  
**RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 86305/RS (2017/0157170-3) MEMBROS POVO**  
**INDÍGENA KAIGANG**

**III** **561**  
**CONSIDERAÇÕES FINAIS: O ETERNO CONSTRUIR CAMINHOS DOS DIREITOS**  
**HUMANOS OU COMO TEMOS QUE ANDAR ESCECIALMENTE QUANDO NÃO HÁ**  
**CAMINHO**





## **A PROPÓSITO DA PRODUÇÃO DE CONHECIMENTO, DA INSERÇÃO SOCIAL DO CONHECIMENTO E DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL PELO CONHECIMENTO: INTERVENÇÕES DO CENTRO DE ESTUDOS DA CONSTITUIÇÃO/CCONS**

*Vera Karam de Chueiri*

O Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFPR e, nele, o Centro de Estudos da Constituição (CCONS), tem, ao longo da última década, produzido conhecimento crítico, reflexivo e aplicado, por meio de pesquisa teórica e empírica, nos seus respectivos campos de saber. As/Os professoras/es e pesquisadoras/es, e suas orientandas/os são os sujeitos responsáveis pela realização desta desafiadora tarefa que é fazer pesquisa de excelência e responsabilidade social na área do Direito, sempre na fronteira entre as Ciências humanas e as Ciências Sociais Aplicadas (para usar as classificações das agências de fomento).

Criado a partir da experiência do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia, este constituído em 2010, o CCONS foi desejado, pensado e criado para reunir e coordenar as pesquisas realizadas nos demais núcleos do PPGD/UFPR, cujas agendas eram comuns, como o Núcleo de Pesquisa em Direito e Política (DIRPOL), o Núcleo de Pesquisa em Direito Administrativo, Urbanístico, Ambiental e Desenvolvimento (PRO POLIS), o Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos (NESIDH) e o Núcleo de Estudos em Direito, Espaço e Política (LABÁ). Tal iniciativa de reunir estes cinco núcleos de pesquisa e estudos das áreas de Direito do Estado, Direitos Humanos e

Democracia do PPGD/UFPR se deu, efetivamente, em outubro de 2017, por ocasião do IV Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, ocorrido em Curitiba, nas dependências da UFPR, e de lá para cá os respectivos núcleos desenvolvem suas pesquisas em constante diálogo, muitas vezes em parceria de um com o outro ou de todos como, de fato, deve ser um centro de estudos e pesquisas. A forma de um centro de estudos e pesquisas é determinante para o tipo de reflexão e de conhecimento ali forjados. Isto porque a pesquisa se realiza tanto de forma individual quanto coletiva, compartilhando teorias e práticas distintas e exercitando diálogos a partir dos respectivos campos disciplinares e nas suas fronteiras.

A diversidade de pesquisadoras/es, de agendas, assim como seus pontos de convergência, o compromisso com a democracia e a Constituição são os fatores estruturantes do CCONS. Em sua organização, teve e tem como orientação a relação entre ensino, pesquisa e extensão que traduzem as atividades desenvolvidas nas universidades, especialmente nas públicas, no Brasil. Em um contexto em que estas realizam mais de 95% de pesquisa do país, o CCONS, desde seu início, tem trabalhado com o propósito de que sua produção científica em Direito, nas áreas específicas em que atua, conjugue produção (pesquisa), reprodução (ensino) e intervenção (extensão) do e pelo conhecimento com o ensino e a extensão.

Os resultados das pesquisas do CCONS e seus desdobramentos podem ser identificados nas dissertações de mestrado, teses de doutorado, publicações de artigos científicos, capítulos de livros, livros, organização de eventos científicos e intervenções na sociedade. Ou seja,

a produção e a socialização do conhecimento, por meio das pesquisas realizadas, manifestam-se em formas diversas.

As intervenções na sociedade vinculam as pesquisas à extensão, isto é, o conhecimento produzido se aplica para mudar e melhorar a vida das pessoas em sociedade e, aqui, coloco luz sobre estas atividades, especialmente sobre as que foram realizadas (eu diria, *performed*) pelo CCONS, mesmo quando este era apenas uma ideia e um desejo, e os núcleos de pesquisa e de estudo atuavam, ora por si e ora em colaboração.

Foram (e têm sido) várias pesquisas, precedidas de estudos, sucedidas de publicações, que resultaram em ações do CCONS. Me refiro, especificamente, às intervenções como *amicus curiae* em diversas ações que fazem o controle de constitucionalidade, em opiniões consultivas nas cortes de Direitos Humanos e no controle de convencionalidade. A propósito, o CCONS está presente na ADPF 153 que tem como objeto questionado a Lei da Anistia de 1979; na ADPF 635, que tem como objeto a questionado a letalidade da ação policial; na ADPF 709, que tem como objeto questionado a omissão do governo federal no combate à pandemia em relação aos povos indígenas, com o risco de genocídio de diversas etnias; na ADI 5543, que tem como objeto questionado a proibição de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens; no caso submetido à Corte IDH acerca de reeleição presidencial indefinida; no caso submetido à Comissão IDH acerca dos juízos jurídicos- políticos (*Impeachment*); no caso submetido à Corte IDH acerca do povo indígena Xucuru; no caso submetido à Corte IDH do assassinato do jornalista brasileiro Vladimir Herzog e no recurso interposto no HC 86305, no caso do povo indígena Kaingang.

Qual o sentido de um Centro de Pesquisa e Estudos atuar como *amigo da corte* em ações constitucionais ou ações do sistema interamericano de Direitos Humanos? Não se trata de um, mas de muitos sentidos, a começar pela relevância dos casos enfrentados, a especialidade do CCONS e seu compromisso com o constitucionalismo democrático. A premissa do conhecimento produzido no e pelo CCONS é de um constitucionalismo aberto, dialógico e plural, que mobiliza os sujeitos e suas necessidades concretas no espaço das instituições e na rua.

Na ADPF 153, foi sustentada a inconstitucionalidade da Lei da Anistia, ao estendê-la e aplicá-la aos agentes do Estado que mataram, torturaram e fizeram desaparecer todos e todas que, de alguma maneira, se opuseram à ditadura civil- militar, instituída pelo golpe de 31 de março de 1964. Tal lei jamais poderia ter sido recepcionada pela Constituição brasileira, na medida em que a contraria em diversos sentidos, ao ofender os princípios democrático, republicano e da dignidade humana. Na audiência pública da ADPF 635, foi reforçada a necessidade de maior controle externo da atividade policial. Embora a Constituição tenha previsto esta atribuição para o Ministério Público, a prática tem sido a de controles fracos, o que aumenta a impunidade e mantém o ciclo de letalidade policial. Na ADPF 709, cujo pedido de ingresso como *amicus curiae* não foi ainda se quer deferido, foi argumentado que a omissão do poder público no combate à pandemia da COVID 19 tem afetado de maneira desigual os povos indígenas, em razão da sua maior vulnerabilidade, relativamente ao contágio, e da sua dependência das políticas públicas de saúde, as quais têm sido ineficientes e desatentas diante das especificidades destes povos.

Assim, o grau elevado de contágio e a má prestação do serviço público de saúde têm levado ao extermínio de várias etnias. Na ADI 5543, foi sustentado que a portaria n.158/2016 da ANVISA, que proibia a doação de sangue de homens que fizeram sexo com outros homens, atentava contra a dignidade humana, a igualdade e promovia discriminação por orientação sexual, a qual é vedada pela Constituição brasileira.

Nos casos em que o CCONS atuou junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, argumentou-se em favor do controle de convencionalidade por entender-se que o mesmo é medida necessária e que não mitiga a soberania nacional ou a autoridade das Cortes Constitucionais, no caso brasileiro, do STF. Isto porque as Cortes internacionais não são revisoras das decisões estatais e muito menos instância recursal. À Corte Interamericana cabe fazer o controle de convencionalidade, para aferir a existência, ou não, da responsabilidade internacional do Estado-parte por descumprimento de disposições constantes na Convenção de que o Estado é signatário.

Em cada um dos casos em que o CCONS atuou, partiu-se da premissa de que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é fundamental para as democracias constitucionais, como por exemplo, a brasileira, na proteção e manutenção de tais direitos, em circunstâncias que os mesmos estão sendo sistematicamente violados pelo Estado e as respostas internas a tais violação têm sido insuficientes, negligentes e inconsequentes.

O percurso do CCONS passa pela construção de parcerias de pesquisa que ajudam a fomentar a sua atuação. Nesse sentido, destaco algumas das parcerias internacionais como a que se estabeleceu com a Universidade de Externado, na Colômbia, mais precisamente com o

Departamento de Direito Constitucional da Faculdade de Direito, a qual tem sido constante, por meio de eventos organizados, de publicações e da atuação direta junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como no *amicus curiae* sobre reeleição presidencial indefinida. Igualmente importante, a parceria com a *Loyolla Law School*, por meio da participação anual no Colóquio de Direito Constitucional e de eventos aqui organizados PPGD/UFPR, com a participação de professores de lá. Também, a parceria com a *Università degli Studi di Palermo*, por meio de intercâmbio de professores, eventos e publicações das e nas duas instituições. Todos os pesquisadores do CCONS, desde os seus fundadores aos mais recentes, têm experiência em redes de pesquisa internacional.

As parcerias internacionais mostram que não há conflito entre o local e o global, mas, sim, a comunhão de esforços e a formação de redes de pesquisa para melhor compreender os arranjos democráticos-constitucionais e defendê-los, quando for o caso, diante dos ataques internos e externos. Isto também demonstra que a produção de conhecimento com parceiros internacionais permite análises comparadas interessantes e necessárias.

Entre as instituições nacionais, o CCONS está em projetos diversos com Centros e Núcleos de Pesquisa de diversas faculdades de direito como a da USP, UERJ, PUCRJ, UFRJ, UNB, UFMG, PUCMG, UNICAP, entre outras, mantendo uma agenda de pesquisas, de encontros e discussão dos seus resultados, por meio de eventos e publicações. Arrisco dizer que a pesquisa nas áreas em que o CCONS atua, por meio dessas trocas ou intercâmbios com outras instituições e centros, tem resultado em produtos de excelência.

Por fim, relato a experiência do CCONS no projeto de pesquisa acerca da COVID-19, o qual concorreu a um edital interno da UFPR para pesquisa em torno da pandemia e que envolveu e mobilizou todos os seus pesquisadores e pesquisadoras e suas respectivas redes nacionais e internacionais. O projeto dedicou-se a inventariar as decisões judiciais, em âmbito federal e estadual, tomadas pelos respectivos agentes institucionais em função deste estado de coisas excepcional e emergencial. Ainda, a verificar as medidas tomadas na esfera internacional, especialmente junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sobretudo em relação às medidas sanitárias protetivas das comunidades indígenas no Brasil. Por fim, o projeto também dedicou-se a pesquisar as omissões das instituições de governos tanto na esfera federal, quanto na estadual (Paraná) e municipal (Curitiba), ou seja, o que não foi feito (e deveria ter sido pelas instituições de governo, notadamente, a União, o Estado do Paraná e o município de Curitiba) para combater a pandemia. Isto porque conhecer as decisões e as não decisões é fundamental para poder acessá-las, compreendê-las e manejá-las, de forma a orientar as ações no enfrentamento e combate da pandemia. Tais decisões tratam de matérias diversas, entretanto, nosso propósito foi inventariá-las com vistas aos impactos causados no direito público e nas pessoas, e grupos de pessoas, afetadas pela pandemia da COVID- 19.

A pesquisa teve como premissa as dificuldades que situações pandêmicas geram por afetarem a estabilidade e regularidade do direito, o qual passa ser urgente, emergencial e excepcional. Na fronteira entre o estável, o regular, o emergencial e o excepcional, a pesquisa observou se o Direito gerou aquilo que quer combater, ou seja,

legalidades oportunistas que excedem o razoável e o tolerável, colocando em risco a segurança jurídica, o devido processo, a legalidade e a democracia.

Este projeto de pesquisa contou com o conjunto de pesquisadores do CCONS, que trabalharam, individual e coletivamente, contou também com as estagiárias/os do projeto, parceiros externos como o Instituto Federal do Paraná, a Ouvidoria Externa da Defensoria Pública do Paraná, e outras redes de pesquisa, como a da Escola de Saúde Pública da USP.

Ressalto que, paralelamente às ações e intervenções do CCONS, houve (e continua havendo) o fortalecimento das redes de pesquisas que vinculam o CCONS a outras instituições e centros de pesquisa das mais prestigiadas universidades nacionais e internacionais, conforme anteriormente apontei. O ano de 2020 e este ano, mesmo com as dificuldades impostas pela pandemia e pelo ensino remoto, o CCONS organizou um número expressivo de eventos como seminários, mesas redondas, palestras, entre outros, com convidados nacionais e internacionais, envolvendo todas as suas e seus integrantes: professoras/es, alunas/os de doutorado, mestrado e graduação.

Reitero que a pesquisa conjuga ação individual e coletiva e, atualmente, mais do que em outros tempos, pelas possibilidades trazidas pela tecnologia digital, as redes de pesquisa ficaram mais facilitadas. A distância física não significa, necessariamente, um impedimento para compartilhar conhecimentos e práticas, como também, a ubiquidade passou de potência a ato. Com isso queremos enfatizar a nossa “pegada”, isto é, a nossa “marca”, nosso traço.



Somos cientes de que nossa produção de conhecimento só acontece porque estamos em uma instituição como a Universidade Federal do Paraná e, nela, a Faculdade de Direito, seu Programa de Pós-Graduação, isto é, uma instituição pública, suportada majoritariamente pelo orçamento público e, mesmo com o descaso e desmantelamento que lhe acomete nos últimos anos, ela persevera, com resiliência, resistência e criatividade. Como diz Leminski “Isso de querer ser exatamente aquilo que a gente é ainda vai nos levar além”.



## **À GUIA DE INTRODUÇÃO: ALGUMAS NOTAS SOBRE O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL**

*Melina Girardi Fachin*

O novo cenário formado pela catarse do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos exige um alargamento da perspectiva do Direito Constitucional tradicional. Embora o Estado, com base nas constituições nacionais, tenha a responsabilidade primordial pela realização dos direitos, a crescente importância do diálogo entre os diferentes planos de proteção para a plena realização dos direitos é um fenómeno irreversível e particularmente notável da nossa contemporaneidade constitucional.

Este movimento contemporâneo aproxima os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais; e assim, o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos aproximam-se cada vez mais. Com isso, ambos se ressignificam dentro de um discurso transnacional, que se forma em torno da força expansiva do princípio de dignidade humana.

Já não existe mais - se é que um dia existiu - um único lugar constitucional, senão uma rede complexa, plural e mestiça de reconhecimento de experiências constitucionais e cooperação para alcançar objetivos constitucionais comuns, entre eles os direitos humanos como um dos principais. Assim, esta nova espacialidade pública é estruturada em torno do princípio *pró-pessoa*. Colocou o ser humano - concreto e situado - no centro da proteção constitucional, afastando-se do sujeito abstrato da modernidade; com foco nas vítimas

encarnadas que experimentam a fome, o medo, o ódio, o preconceito, a violência e a subjugação, que são, muitas vezes, o anverso do discurso constitucional dos direitos.

Na relação entre o constitucionalismo interno e o direito internacional, ressignificam-se as estruturas e o pluralismo surge como a moldura deste novo espaço, como propõe Walker. A nível interno, não se reconhece unicamente a autoridade estatal na definição do significado da constituição, como as experiências recentes do constitucionalismo na Bolívia e no Equador propõem. No plano internacional, transcendendo as antigas discussões entre monismo e dualismo (que parecem ter pouco sentido neste cenário) pretende-se conceber diferentes ordens sem hierarquia, mas integradas numa coexistência que se reforce mutuamente, formando uma paisagem transconstitucional heterárquica, múltipla e, portanto, robustecida. Forma-se, assim, uma rede com diferentes níveis, que se nutrem e se limitam mutuamente, daí a expressão multinível de Pernice.

Evidentemente, a intenção não é simplesmente transplantar as ideias europeias de pluralismo e multinível para o contexto latino-americano, mas, aproveitando o seu potencial de expansão, adaptá-las para maximizar a protecção dos direitos humanos no contexto das dificuldades estruturais que a região enfrenta. Neste sentido de expansão, outros movimentos apontam na mesma direcção, como o a emergência do *um ius commune latino-americano* apontado por Bogdandy, Morales e Piovesan.

Assim, a nossa concepção do constitucionalismo multinível baseia-se na perspectiva de que os direitos humanos são entendidos como processos abertos, ativos e concretos que visam ampliar os espaços

constitucionais contemporâneos e redimem a promessa de proteção ainda não realizada, sobretudo na periferia do constitucionalismo mundial. Neste novo domínio da espacialidade, a importância dos diálogos entre os diferentes planos de proteção dos direitos humanos é particularmente notável e requer uma relação entre os constitucionalismos locais e o direito internacional dos direitos humanos.

Em nosso contexto regional tem, nestes diálogos, um papel especial o sistema interamericano de direitos humanos pelo seu potencial transformador, em atenção às peculiaridades e especificidades das lutas por direitos e justiça na América Latina.

Na experiência brasileira, os casos submetidos ao sistema interamericano têm um impacto significativo na reforma das leis e políticas públicas de direitos humanos, permitindo progresso interno significativo. Em matéria de gênero isto é muito eloquente já que os casos denunciam um padrão específico de violência que chega às mulheres: violência baseada no gênero capaz de causar morte, lesões ou sofrimento físico, sexual ou psicológico às mulheres, seja no domínio público ou privado. Estes casos de violência denunciam parâmetros institucionais de discriminação e exigem a luta contra a impunidade, sublinhando o dever do Estado de investigar, processar e punir os responsáveis, com apoio central na Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e erradicar a violência contra as mulheres.

Como exemplo, merece destaque o caso de Maria da Penha Maia Fernandes: as tentativas violentas de seu parceiro, inclusive tentativa de assassinato, levaram-na à paraplegia irreversível. Depois de quinze anos o acusado ainda estava livre, utilizando sucessivos recursos

processuais contra a decisão de condenação dos jurados populares. Em 2001, numa decisão sem precedentes, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos declarou o caso admissível e condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando ao Estado, entre outras medidas, "interromper a tolerância estatal e o tratamento discriminatório em relação à violência doméstica contra as mulheres no Brasil".

Foi a primeira vez que um caso de violência doméstica levou à condenação de um país sob o sistema interamericano de proteção de direitos humanos, com impactos não só no Brasil, mas em toda a região. Em cumprimento da decisão da CIDH, o Estado brasileiro adotou a Lei No. 11340/2006, que estabelece mecanismos para deter e prevenir a violência doméstica e familiar contra as mulheres e determina o pagamento de uma indenização à vítima. No entanto, o que fica claro no Relatório 2018 da CIDH é que este caso continua a ser considerado pela Corte como parcialmente cumprido.

A propósito, nem o relatório da Comissão, nem a lei por si só tem o poder de mudar a realidade endêmica da violência doméstica no Brasil e na nossa região, mas há - neste diálogo com o sistema interamericano - progressos internos no que respeita ao recrudescimento face às violências de gênero que, muitas vezes, em contextos nacionais marcados por uma cultura machista e violenta contra mulheres, não avançaria. Estes parâmetros de proteção - decorrentes da espacialidade multinível - permitiram compensar os défices nacionais, fomentar os progressos nos quadros legislativos e nas políticas públicas de direitos humanos, bem como prevenir retrocessos e retrocessos no regime de

proteção dos direitos, bem como empoderar os atores sociais na luta pelos direitos e pela justiça.

Deste exemplo, fica demonstrado que o objetivo desta catarse é ampliar e melhorar a proteção dos direitos humanos, com base numa lógica plural, complexa, impura e mista, sempre no interesse das pessoas protegidas e dos seus direitos. *O fortalecimento de um discurso coerente mas plural se soma à proteção tanto do sistema internacional quanto dos sistemas nacionais, já que se reforçam mutuamente em apoio do princípio pró-pessoa.*

É certo que novos diálogos dentro dos velhos canais institucionais de poder frustram os efeitos transformadores que se pretendiam originalmente. Assim, o constitucionalismo multinível, ao mesmo tempo que contribui para maximizar a proteção dos direitos, permite também a revisão do próprio conceito da Constituição, do Direito Constitucional e das suas instituições fundamentais. À luz deste contexto multinível, lança-se o desafio de repensar, reformular e reinventar o papel dos constitucionalismos locais e sistemas internacionais para, através de uma ação articulada, integrada e coordenada, contribuir para o fortalecimento dos direitos humanos.

Nesta base, floresceu o direito constitucional multinível, caracterizado por intercâmbios constitucionais que estão essencialmente impregnados de diálogos diferentes experiências com o fim de gerar um impacto transformador e ampliativo da proteção dos direitos no cenário regional.

Falar de diálogo já não é uma novidade nem uma faculdade, é uma condição que o estado atual do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos nos impôs com as cláusulas abertas,

o controle de convencionalidade, a expansão do bloco de constitucionalidade, entre outros. Estes diálogos abrem espaços num ambiente multinível, caracterizado simultaneamente pela constitucionalização, internacionalização e humanização, em torno de uma constituição aberta e porosa, radicalmente centrada nos direitos humanos e na prevenção do sofrimento humano.

A Constituição imprimiu seu próprio caráter constitucional às normas internacionais de direitos humanos, e ali promoveu uma guinada axiológica humanista. Por essa rota, não apenas ampliou o bloco de constitucionalidade, como também permitiu a oxigenação do texto constitucional por meio da adoção de cláusula de abertura (art. 5.º, § 2.º) que permita constantemente renovar o sistema. É este parágrafo uma cláusula de abertura – um vaso comunicante que traz para dentro do sistema constitucional o direito internacional dos direitos humanos em fecundo diálogo.

No nosso caso não é apenas uma faculdade, mas um dever instituído pelo comando constitucional e pelos comandos internacionais de direitos humanos que o Estado Brasileiro faz parte. É uma condição que o atual estado da arte do direito constitucional e do Direito internacional dos direitos humanos nos colocam.

Tradicionalmente, sobre a influência deste modelo legal e normativo de diálogos, o enfoque constitucional tem como tema a recepção das normas internacionais em matéria de direitos humanos e a internalização das decisões internacionais que tem relação direta com o chamado controle de convencionalidade. Em que pese reconhecermos sua importância, não nos parece que deva ser este o enfoque central do constitucionalismo multinível.

Os sentidos dos diálogos aqui tomados são mais amplos; marcados pelas trocas e integração argumentativa livre entre os intérpretes e aplicadores do direito, pautados nos compartilhamentos constitucionais, assumindo contornos mais abertos e, portanto, mais democráticos porque não dependem apenas de um espaço estatal-institucional. Não se restringem apenas ao campo normativo e também ao âmbito jurisprudencial. Portanto, não se trata apenas de um diálogo entre juízes ou Cortes como aponta parte da doutrina e grande parte da produção teórica neste sentido. Também, mas não só.

O diálogo entre ordenamentos jurídicos que compartilhem uma realidade material semelhante é produtivo e pode, ao mesmo tempo, (i) aprender com a prática estrangeira; (ii) aprimorá-la e complementá-la em prol do fortalecimento dos direitos na região. De realidades conexas decorrem problemas semelhantes e respostas correlatas.

A fim de exemplificar, pode-se colacionar as tantas razões de *amici curiae* apresentadas pelo Núcleo de Constitucionalismo e Democracia, Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos e do Centro de Estudos da Constituição, todos vinculados à Universidade Federal do Paraná. Com base na premissa de um constitucionalismo aberto, dialógico e plural que se pauta pelo diálogo entre Cortes e pelos empréstimos constitucionais, a fim de colocar as pessoas e suas necessidades concretas no centro dos interesses jurídicos tutelados, é que os referidos *amici curiae* estruturaram-se.

Rompe-se, assim, na lição de Marcelo Neves, com o constitucionalismo provinciano ou mesmo uma espécie de colonialismo dialógico jurisdicional. Há, assim, uma frutífera abertura da cena constitucional estatal ao ambiente interamericano de proteção de



direitos humanos; não como algo exógeno, mas como um elemento apropriado como dele constitutivo.

Não se trata de uma instância recursal ou de reforma dos judiciários internos, mas sim da premissa que o direito interno e o direito internacional confluem na proteção do ser humano. Neste influxo é que se propõe um direito constitucional multinível, aberto, plural, inter cruzado e comparado, que potencializa tensões e ambivalências que, ao invés de nocivas, devem ser vistas como catalizadoras de proteção. Esta compreensão que se encontra espalhada na publicação que segue.

Esperamos que encontrem aqui uma boa leitura!

Curitiba, 2º inverno pandêmico, 2021.

# **PARTE 1**

## **CORTES INTERNACIONAIS: INTERVENÇÕES**

# 1

## POVO INDÍGENA XUCURU VS. BRASIL

### FICHA

<b>Ano de realização</b>	2017
<b>Caso</b>	Povo Indígena Xucuru vs. Brasil
<b>Tema</b>	Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas.
<b>Partes</b>	1. Povo Indígena Xucuru representados pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos (Regional Nordeste), Gabinete de Assessoria jurídica das Organizações Populares (GAJOP) e Conselho Indigenista Missionário (CIMI) 2. Brasil
<b>Autores da peça</b>	<b>1. Núcleo de Estudos em Sistemas Internacionais de Direitos Humanos (NESIDH)</b> , coordenado pela Profa. Dra. Melina Girardi Fachin, com auxílio dos alunos Ananda Puchta Hadah, Débora Dossiaty, Guilherme Ozório Santander e Giulia Bolzani. <b>2. Clínica de Direitos Humanos - Human Rights Research and Education Centre da Universidade Ottawa</b> , sendo coordenada nessa atividade pelo Prof. Salvador Herrencia Carrasco com a equipe de investigação sobre Empresas e Direitos Humanos na América Latina da Clínica membros nessa atividade: Jordi Feo, Elyane Lacasse, Tessa Morris e Andrea Tolentino. Ainda, contou com apoio dos Professores John Packer e Penelope Simons. <b>3. Fundação para o Devido Processo (DPFL)</b> , representado pelo seu oficial sênior Daniel Cerqueira. <b>4. Rede de Cooperação Amazônica</b> , representada por Luís Donisete Benzi Grupioni

### CONTEXTO

O caso tem como tema central a violação ao direito à propriedade do povo indígena Xucuru devido à falta de demarcação e titulação de suas terras, com uma demora de mais de 16 anos do processo administrativo de demarcação e concessão de título de propriedade.

Diante da demora infundada, os representantes dos demandantes recorreram ao Sistema Interamericano através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que em relatório de mérito de número 44/15, publicado em julho de 2015, reconheceu as violações alegadas pelos demandantes. Entre as referidas violações, estão o direito à propriedade presente no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), além do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5º da CADH, em conexão aos artigos 1.1 e 2. Ainda, foi alegado também violação às garantias e proteção judicial, consagrados nos artigos 8.1 e 25 da referida Convenção.

Considerando as alegações, a Corte deveria analisar se a demora nos processos administrativos, referentes à obtenção de título de terra e propriedade, foi ou não ato violatório dos direitos fundamentais desses povos e, em que medida, o direito à propriedade dos povos e comunidades tradicionais trata-se de um direito humano básico.

## **RESUMO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS**

A argumentação apresentada divide-se em cinco partes, para além da introdução, contexto e conclusões. Em primeiro lugar, aborda-se a questão da terra e sua disputa, explicando-se o contexto no qual os povos indígenas encontravam até o momento no Brasil.

Ainda nesse capítulo os autores abordaram, para além do contexto trágico, todo o processo para demarcação de terra no Brasil, levando em conta os procedimentos e os responsáveis por tais atividades no poder Executivo Federal. Concluindo a contextualização sobre o acesso à terra por comunidades tradicionais, os autores mencionam a questão do consentimento prévio, livre e informado como um direito das

comunidades tradicionais e que o país, como signatário da Convenção 169 da OIT, deveria pôr em prática. O caso “Raposa Serra do Sol”, que é pautado pelo debate a respeito do Direito à Consulta, também é mencionado e analisado.

Em seguida, discutem-se os marcos universais de proteção aos povos indígenas, que abordam a questão de demarcação e acesso à terra. Destacam-se a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Convenção 160 da OIT, que prevê direitos como a não discriminação e à liberdade. Por fim, a Relatoria Especial da ONU para Povos Indígenas, na qual há o reconhecimento da importância dos títulos de terras como forma de assegurar o pleno exercício de direitos dos povos indígenas.

No capítulo seguinte, a partir de uma perspectiva regional, foi evidenciado o posicionamento da CIDH a respeito do debate de demarcação e destacado o relatório de mérito no Caso Povo Yanomami vs. Brasil, em que a CIDH entendeu ser crucial a garantia da terra aos povos tradicionais, como forma de permitir ao máximo o usufruto dos recursos naturais.

No quarto capítulo, os autores abordaram os parâmetros, no âmbito da proteção universal aos direitos humanos, relativos à demarcação, negociação e titulação de terras. Neste sentido, destacaram os entendimentos da Relatora Especial da ONU para povos indígenas, como também do Comitê de Peritos para aplicação de Convenções e Recomendações (CEACR), da importância da participação das comunidades indígenas no processo de titulação e demarcação de terra, cumprindo-se assim com os princípios regentes em Cartas e Convenções da ONU.

No último capítulo da peça, os autores analisam jurisprudências constitucionais de outros Estados, destacando-se os casos concretos das

Cortes superiores da Austrália e Nova Zelândia, na qual o vínculo histórico com a terra era relevante, além da Corte superior canadense, no qual a política de reconciliação do Estado com os seus povos tradicionais foi o grande destaque.

## **CONCLUSÕES**

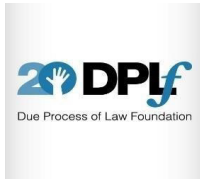
Os autores concluem que deve ser declarada a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelo atraso injustificado na demarcação do território indígena Xucuru, e pelo incumprimento dos deveres de prevenção e garantia, no que se refere à invasão de suas terras por terceiros e a falta de regularização das mesmas.

## **RECOMENDAÇÕES**

Os peticionários solicitam que o Estado Brasileiro seja responsabilizado internacionalmente por violar o direito à propriedade coletiva e pela falta de proteção e garantias judiciais. Ainda, foi demandado à Corte Interamericana que determine ao Brasil que: a) abstenha-se de tomar medidas que impliquem em mais retrocessos aos direitos dos povos tradicionais e retire de pauta a PEC 215, então em trâmite no Congresso Nacional; b) realize controle de convencionalidade sobre os atos administrativos e legislativos referentes à demarcação de terras; c) adote as medidas necessárias para implementar as recomendações contidas no Relatório da Comissão Nacional da Verdade referentes à adoção de uma política de reconhecimento, demarcação e titulação de terras.

## **ATUALIZAÇÕES**

Em fevereiro de 2018, a Corte publicou sentença condenando o Estado Brasileiro por unanimidade por violação aos artigos 8.1, 25 e 21, todos em conexão ao artigo 1.1 da CADH. O Estado brasileiro, no entanto, não foi condenado em relação à obrigação de adotar disposições de direito interno, em conexão com o artigo 21 da CADH, nem sobre violação ao direito de integridade pessoal (artigo 5.1 conectado ao 1.1). Quanto às reparações, a Corte solicitou que o direito à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru fosse garantido de forma imediata e efetiva, tendo-se estabelecido prazo não superior a 18 meses para domínio pleno e efetivo do território pelo povo Xucuru.



## **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

### **Caso Povo Indígena Xucuru v. Brasil Amicus Curiae**

#### **“Jurisprudência Internacional e Comparada sobre Reconhecimento, Demarcação e Titulação de Territórios Indígenas”**

**Curitiba, Ottawa e Washington, D.C.**

**4 de abril de 2017**

**Das instituições que assinam o amicus curiae:**

**Clínica de Direitos Humanos - Human Rights Research and Education Centre, Universidade de Ottawa**

A Clínica de Direitos Humanos é uma iniciativa do Human Rights Research and Education Centre da Universidade de Ottawa que, por meio de uma abordagem interdisciplinar, procura: (i) fortalecer a proteção dos direitos humanos através da investigação, capacitação e assistência técnica sobre a implementação de parâmetros de direitos humanos; (ii) fomentar o desenvolvimento de capacidades e prestar recomendações para que as políticas públicas contenham um enfoque de direitos humanos; e (iii) promover o estudo de direitos humanos no Canadá.

Página Web: <http://cdp-hrc.uottawa.ca/>

#### **Informação de contato:**

Salvador Herencia Carrasco

Diretor- Clínica de Direitos Humanos

Human Rights Research and Education Centre, Universidade de Ottawa E-mail:

[shere045@uottawa.ca](mailto:shere045@uottawa.ca)



### **Fundação para o Devido Processo / Due Process of Law Foundation (DPLF)**

DPLF é uma organização não governamental com sede em Washington, D.C., que se dedica à promoção do Estado de Direito e dos direitos humanos na América Latina, através da investigação aplicada, alianças estratégicas com atores da região e atividades de incidência. Sua finalidade é alcançar o pleno respeito ao Estado de Direito e aos direitos humanos, a partir do conhecimento e aplicação das normas e parâmetros internacionais.

Página Web: [www.dplf.org](http://www.dplf.org)

**Informação de contato:** Daniel Lopes Cerqueira Oficial de Programa Sênior

Due Process of Law Foundation E-mail: [dcerqueira@dplf.org](mailto:dcerqueira@dplf.org)

### **Núcleo de Estudos em Sistemas Internacionais de Direitos Humanos (NESIDH) da Universidade Federal do Paraná (UFPR)**

Com sede em Curitiba, Paraná, e coordenado pela Professora Doutora Melina Girardi Fachin, o NESIDH é composto por alunos da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFPR, bem como pesquisadores voluntários. Seus principais objetivos são: i) a formação acadêmica e profissional de seus membros na temática do Direito Internacional dos Direitos Humanos; ii) o diálogo permanente com organizações da sociedade civil que necessitem de auxílio na seara dos direitos humanos; iii) a consolidação da cultura dos direitos humanos no Brasil.

Página Web: <https://www.facebook.com/neshid/>

#### **Informação de contato:**

Melina Girardi Fachin

Professora Adjunta e Coordenadora do NESIDH - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

E-mail: [melinafachin@gmail.com](mailto:melinafachin@gmail.com)

### **Rede de Cooperação Amazônica - RCA**

A RCA tem como missão promover a cooperação e troca de conhecimentos, experiências e capacidades entre organizações indígenas e indigenistas, para fortalecer a autonomia e ampliar a sustentabilidade e o bem-estar dos povos indígenas no Brasil. A RCA é constituída por 13 organizações: AMAAIAC, Apina, ATIX, CIR, FOIRN, Hutukara, OGM, OPIAC, Wyty-Catê, CPI-AC, CTI, Instituto Iepé e ISA.

Página web: [www.rca.org.br](http://www.rca.org.br)

#### **Informação de contato:**

Luis Donisete Benzi Grupioni Secretário-Executivo

Rede de Cooperação Amazônica

E-mail: [luisdonisete@institutoiepe.org.br](mailto:luisdonisete@institutoiepe.org.br)

**CRÉDITOS**

Este *amicus curiae* foi elaborado para a Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Clínica de Direitos Humanos - Human Rights Research and Education Centre da Universidade de Ottawa, a Fundação para o Devido Processo, o Núcleo de Estudos em Sistemas Internacionais de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná e a Rede de Cooperação Amazônica.

Salvador Herencia Carrasco coordenou as pesquisas realizadas pela equipe de investigação sobre Empresas e Direitos Humanos na América Latina da Clínica de Direitos Humanos, Human Rights Research and Education Centre da Universidade de Ottawa. Jordi Feo, Elyane Lacasse, Tessa Morris e Andrea Tolentino participaram como assistentes de investigação e construíram ativamente a argumentação aqui exposta. A Professora Penelope Simons e o Professor John Packer prestaram assistência e assessoria.

Daniel Cerqueira, Oficial de Programa Sênior da Fundação para o Devido Processo (DPLF), participou na redação, assistência e assessoria ao *amicus curiae*.

Melina Girardi Fachin coordenou a investigação dos acadêmicos e pesquisadores vinculados ao Núcleo de Estudos em Sistemas Internacionais de Direitos Humanos – NESIDH, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Os alunos Ananda P. Hadah, Débora Dossati, Guilherme Ozório Santander e Giulia Bolzani construíram ativamente a argumentação aqui exposta. Em especial, Guilherme Ozório Santander e Giulia Bolzani, colaboraram com a tradução e revisão final do *amicus curiae*.

Luís Donisete Benzi Grupioni, da Rede de Cooperação Amazônica, prestou assistência e assessoria durante a elaboração do *amicus curiae*.

## **I. RESUMO DO CASO**

O caso versa sobre a violação do direito à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru em consequência (i) da demora de mais de dezesseis anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais; e (ii) da demora, ainda vigente, na regularização total dessas terras e territórios, de maneira que o mencionado povo indígena possa exercer pacificamente seus direitos fundamentais.

Outrossim, o caso se relaciona com a violação dos direitos às garantias e à proteção judiciais, em consequência do descumprimento do prazo razoável no mencionado processo administrativo, assim como da demora em resolver ações civis iniciadas por pessoas não indígenas em relação à parte das terras ancestrais do povo indígena Xucuru.

Decorrido o procedimento previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante, “Convenção Americana”), bem como no Estatuto e no Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante, “CIDH” ou “Comissão”) esta adotou, aos 28 de julho de 2015, o Relatório de Mérito 44/15, relacionado ao Caso 12.728 (Povo Indígena Xucuru), onde conclui que:

1. O Estado do Brasil violou o direito à propriedade consagrado no artigo XXIII da Declaração Americana e no artigo 21 da Convenção Americana, assim como o direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, com relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em prejuízo do povo indígena Xucuru e seus membros, e

2. O Estado do Brasil violou os direitos às garantias e proteção judiciais consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, com relação ao artigo 1.1 da mesma em prejuízo do povo indígena Xucuru e seus membros.

Com a submissão do Caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante, “Corte IDH” ou “Corte Interamericana”) está instada a decidir se:

- 1) houve violação do direito à propriedade coletiva do povo Xucuru pela demora de sete anos no processo de reconhecimento de seu território;
- 2) houve violação do direito à propriedade coletiva pela falta de regularização total de seu território ancestral desde 1998;
- 3) houve violação dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial vinculadas com a mesma demora no processo administrativo de reconhecimento;
- 4) houve violação dos direitos à integridade pessoal dos membros do povo indígena Xucuru – desde 10 de dezembro de 1998 – como consequência das anteriores violações e da consequente impossibilidade de exercer pacificamente o direito à propriedade coletiva sobre suas terras e territórios ancestrais;
- 5) houve violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial – desde 10 de dezembro de 1998 – na decisão de ações civis interpostas por ocupantes não indígenas sobre partes do território ancestral.

Como declarado pela CIDH, o presente caso oferece à Corte Interamericana a oportunidade de aprofundar sua jurisprudência relativa à propriedade coletiva dos povos indígenas sobre suas terras e territórios ancestrais. A Corte poderá manifestar-se sobre as características que deve ter um procedimento de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação dessas terras e territórios, com especial ênfase na necessidade de que tais procedimentos não se dilatam injustificadamente. Além disso, o caso permitirá à Corte aprofundar alcance e conteúdo da obrigação de regularizar as terras e territórios ancestrais.

A presente peça de *amicus curiae* busca contribuir com a solução do caso, apresentando observações acerca do procedimento administrativo de demarcação de terras no Brasil e sobre o exercício de consulta prévia neste país. Para tanto, divide-se o restante desta peça em diferentes partes. A primeira esclarece o que diz a legislação brasileira sobre o procedimento de demarcação, em especial em relação aos prazos legais para que o procedimento atinja seu fim. A segunda descreve como o Brasil tem se desincumbido da obrigação convencional de consultar previamente aos povos indígenas, ante decisões estatais suscetíveis de afetar diretamente os direitos e interesses de tais povos. Na terceira e quarta partes desta peça, descrevem os parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre os direitos territoriais dos povos indígenas, com especial ênfase nos antecedentes do Sistema Universal e da Comissão Interamericana. Finalmente, a quinta parte analisa os principais precedentes das altas cortes do Canadá, Austrália e Nova Zelândia sobre a matéria.

## **II. DEMARCAÇÃO DE TERRAS E TERRITÓRIOS INDÍGENAS NO BRASIL PREÂMBULO: O CENÁRIO DA TRAGÉDIA INDÍGENA BRASILEIRA**

Nos últimos anos, o desrespeito aos povos indígenas tem se agravado no Brasil, acirrando conflitos em todo o país. Esta realidade é resultado de políticas e decisões de sucessivos governos que se eximiram de cumprir as medidas de proteção dos territórios indígenas, quilombolas e das comunidades tradicionais, negligenciando, ademais, os recursos naturais que neles se encontram. Iniciativas de lei e outras propostas defendidas por deputados, senadores e ministros de Estado, todos ligados à defesa

do latifúndio para o agronegócio, do uso de armas e da evangelização dos povos indígenas, só contribuem para esse contexto de retrocessos da política indigenista.

Alguns desses políticos, notadamente vinculados ao Partido Social Cristão (PSC), Partido Progressista (PP) e Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), ficaram conhecidos por discursos de racismo, ódio e incitação à violência contra povos indígenas e quilombolas. Esse tema foi objeto de vasta análise pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, que realizou missão em 2016 para levantar a situação dos direitos humanos dos povos indígenas nos estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul - origem da maioria desses parlamentares. O Conselho Nacional de Direitos Humanos identificou um padrão de violações e conflitos exacerbados, travados por políticos que têm como bandeira a negação dos direitos indígenas, o que se repete em diversas regiões do país, notadamente, Sul, Nordeste e Centro-Oeste<sup>1</sup>.

O órgão responsável pela promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas de todo o território nacional é a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), órgão que sofre com a falta de orçamento e pessoal. Possui atualmente 2.142 funcionários e, conforme o Instituto de Estudos Socioeconômicos, o total de cargos autorizados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é de 5.965.<sup>22</sup> Mesmo diante desta situação, o atual governo já afirmou que a FUNAI

---

<sup>1</sup> Ver: <http://www.plataformadh.org.br/2016/08/15/relatorio-de-missao-que-investigou-violacoes-de-direitos-da-populacao-indigena-no-sul-e-apresentado-no-cndh/>

<sup>2</sup> BARCELOS, Iuri; BARROS, Ciro. **A Funai pede socorro**. *Carta Capital*, 23 jun. 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-funai-pede-socorro>

precisará se adequar à política de corte de gastos com diminuição de cargos e unidades administrativas.<sup>33</sup>

Uma de suas atribuições é acompanhar e encaminhar os procedimentos de demarcação. Todavia, foi expedida a polêmica portaria de nº 80 de 2017<sup>44</sup> que determina a criação de um Grupo Técnico Especializado – GTE, composto por representantes da FUNAI, da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade, Secretaria Especial de Direitos Humanos, e consultores jurídicos, o qual auxiliaria o Ministério da Justiça e Cidadania no que diz respeito à declaração e demarcação de terras indígenas. Ou seja, todo o protagonismo do órgão especializado, bem como o diálogo com as comunidades tradicionais – etapas fundamentais do processo de consulta prévia, livre e informada – foram negligenciados e agora se mostram inexistentes.

Em janeiro de 2017, a Casa Civil da Presidência da República nomeou como presidente da FUNAI um pastor evangélico que trabalhou em missão evangelizadora de indígenas. Além disso, para dirigir a área de promoção ao desenvolvimento sustentável do órgão indigenista, que inclui tanto o acompanhamento de processos de licenciamento ambiental de grandes obras, como toda a área de desenvolvimento sustentável e serviços sociais, nomeou um militar, também evangélico.<sup>55</sup> Mais recentemente, no mês de fevereiro, o Governo Federal indicou para o Ministério da Justiça, o Deputado

---

<sup>33</sup> SOUZA, Oswaldo Braga de. **Temer ameaça fragilizar Funai e dificultar demarcações de terras indígenas**. *Instituto Socioambiental*. 30 nov. 2016. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/temer-ameaca-fragilizar-funai-e-dificultar-demarcacoes-de-terras-indigenas>

<sup>44</sup> Cite-se também a portaria 68/2017, revogada após intensa pressão de órgãos vinculados à defesa dos índios, que previu a criação do GTE, em estrutura semelhante, sob o argumento de agilizar os procedimentos demarcatórios

<sup>55</sup> Ver: <http://amazoniareal.com.br/governo-temer-nomeia-pastor-a-presidente-da-funai-e-inclui-um-general-do-exercito-na-equipe-ambos-do-psc/>

Osmar Serraglio, do PMDB, que, como Ministro, terá a FUNAI sob sua jurisdição.

O novo ministro, diretamente ligado às bancadas ruralistas e evangélicas do Congresso Nacional, foi o relator da Proposta de Emenda Constitucional 215 (PEC 215) na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, cujo objetivo é transferir do Executivo para o Legislativo a palavra final sobre demarcações de territórios indígenas, quilombolas e unidades de conservação ambiental. Trata-se da maior ameaça aos direitos indígenas desde a aprovação do atual texto constitucional, em outubro de 1988. Sua aprovação implicaria a inviabilização de novas demarcações, criando ampla insegurança jurídica, inclusive para as terras já demarcadas. Ainda, referendaria a tese do “marco temporal”, segundo a qual os índios que não estivessem ocupando seu território na data da promulgação da Constituição Federal, não teriam direito a reivindicar seu reconhecimento e demarcação pelo Estado brasileiro.

Cabe aqui mencionar que em sua mais recente visita ao Brasil, em março de 2016, a Relatora sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (ONU), Victoria Tauli-Corpuz, confirmou a existência de retrocessos institucionais, de garantias legais e administrativas no que tange aos critérios para a demarcação de territórios indígenas. Segundo a relatora, os povos indígenas do Brasil enfrentam riscos mais graves do que em qualquer outro tempo desde a adoção da Constituição Federal, em outubro de 1988.<sup>6</sup> As preocupações expressadas pela relatora foram confirmadas recentemente, com a elaboração, por parte do atual governo, de novas

---

<sup>6</sup> Ver: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/documentos/country-reports/154-report-brazil-2016>



regras para a demarcação de terras indígenas e a devolução de processos administrativos de demarcação de territórios que se encontravam em fase final de reconhecimento.

Menos da metade da população autodeclarada indígena no Brasil reside em terras oficialmente reconhecidas.<sup>7</sup> Muitas destas aguardam os processos demarcatórios que, em sua maioria, encontram-se em andamento nos órgãos estatais competentes.

Dados oficiais do Estado Brasileiro, ainda que escassos, haja vista a ausência de diligência estatal para com estas comunidades, demonstram que a taxa de mortalidade infantil é duas vezes mais alta dentre grupos indígenas (26,35 mortes para cada mil nascimentos). A ausência de condições mínimas de vida digna em seus territórios contribui para aumentar a lista de mortes evitáveis. Registre-se, a título exemplificativo, o comunicado recente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos externando preocupação com a violência contra a população indígena no Brasil.<sup>8</sup>

Nesse sentido, em tempos de crescente intolerância e aversão ao outro, é fundamental resguardar o direito dos grupos vulneráveis. O Estado Brasileiro peca não apenas pela omissão, pois não protege a população indígena de forma adequada, – sendo o povo Xucuru um exemplo emblemático – como também pela perversa concessão de títulos a proprietários da indústria do agronegócio, em detrimento da titularidade ancestral dessas terras.

---

<sup>7</sup> Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *O Brasil Indígena*. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-Dez/pdf-brasil-ind.pdf>

<sup>8</sup> A CIDH manifesta sua preocupação com os altos índices de atos de violência contra as comunidades indígenas Guarani-Kaiowá, especialmente no estado de Mato Grosso do Sul, e urge o Estado brasileiro a que investigue esse assassinato de maneira imediata e com a devida diligência para julgar e punir os responsáveis e evitar sua repetição." Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/089.asp>

## II.1 CATEGORIAS DE TERRAS INDÍGENAS

O diploma legislativo que mais extensamente trata da situação jurídica dos indígenas no Brasil, estabelecendo o Estatuto do Índio, qualifica três categorias distintas de terras indígenas: aquelas ocupadas ou habitadas pelos silvícolas; as áreas reservadas; e as terras de domínio das comunidades indígenas.<sup>9</sup>

A primeira classe de terras indígenas (terras ocupadas) se refere àquelas “tradicionalmente ocupadas” por estas populações, na dicção da Constituição Federal de 1988. Segundo seu art. 231, trata-se de uma ocupação segundo os usos, costumes e tradições indígenas, bastando, portanto, o mero fato da posse permanente nesta qualidade para que a terra seja considerada indígena e para que recaiam sobre ela as seguintes consequências jurídicas:

[...] propriedade da União, inalienável e indisponível; a posse permanente do próprio grupo; o usufruto exclusivo dos índios; o direito às riquezas naturais; a proibição de ser o grupo removido do local; o direito de serem consultados e a participar dos benefícios de exploração dos recursos hídricos, inclusive energéticos, e da pesquisa e lavra das riquezas minerais; a declaração de nulidade absoluta de todos os títulos eventualmente existentes [...]. Os direitos que advêm destas consequências são imprescritíveis e indisponíveis.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Brasil. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Art. 17. Diário Oficial da União. 21 dez. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm)

<sup>10</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 130.

A segunda espécie de terras indígenas (áreas reservadas) faz referência às terras que são originariamente propriedade da União e que são posteriormente cedidas, por afetação ou destinação, à posse indígena, a fim de recompensar, aldear, sitiar ou recuperar índios. Após a transmissão, essas terras assumem todas as características jurídicas das terras indígenas, em que pese já se tenha afirmado que “o conceito de terras reservadas oscilou entre dar proteção, integrar como cidadão, aldear para reprimir”.<sup>11</sup>

Por fim, a terceira espécie de terras indígenas refere-se àquelas de domínio destes povos, adquiridas por qualquer uma das formas de aquisição de propriedade definidas pela lei civil<sup>12</sup>, bem como aquelas adquiridas por usucapião indígena.<sup>13</sup> Nesta hipótese, resta cristalino que as terras de domínio indígena são inapropriáveis por qualquer outro que não seja o próprio grupo ou comunidade, atribuindo caráter coletivo à propriedade.

## **II.2 PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS NO BRASIL**

Já regulado por cinco decretos anteriores, o processo de demarcação de terras indígenas é, atualmente, estabelecido pelo Decreto 1775/96. Em seu primeiro artigo, o Decreto estabelece que o objeto deste procedimento são as terras definidas no artigo 17, inciso I da Lei 6001/73 e as do artigo 231 da Constituição Federal.

Da referida normativa, decorrem em sete etapas sucessivas no processo demarcatório: estudos de identificação, aprovação da

---

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> Brasil. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da União. 21 dez. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)

<sup>13</sup> *Idem.*

FUNAI, contestações, declarações dos limites da terra indígena, demarcação física, homologação e registro.<sup>14</sup>

Primeiro, nomeia-se um antropólogo com reconhecida qualificação para elaborar estudo antropológico em prazo determinado. Este estudo vai basear o trabalho do grupo técnico especializado, que deve averiguar a natureza etnohistórica, jurídica, sociológica, ambiental e cartográfica da terra. O grupo será preferencialmente composto por integrantes dos quadros da FUNAI e contará com a coordenação de um antropólogo, e, ao final, elaborar-se-á um relatório circunstanciado que será remetido à FUNAI.

Esse relatório deve passar pela aprovação do presidente da FUNAI, que em 15 dias publicará sua síntese no Diário Oficial da União e do Estado correspondente, além de edital na Prefeitura local (ou dos locais) em que se situam as terras indígenas.

Desde o início do processo até 90 dias após a publicação no Diário, qualquer interessado pode se manifestar, apresentando suas razões, com toda documentação probatória cabível, a fim de expor defeitos no relatório ou requerer indenização. Apresentada a contestação, o órgão indigenista possui o prazo de 60 dias, após os 90 referidos, para apresentar parecer e enviar o processo ao Ministro da Justiça.<sup>15</sup>

Recebido o processo pelo Ministro da Justiça, abre-se o prazo de 30 dias para o órgão decidir entre declarar os limites e determinar a

---

<sup>14</sup> INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Como é feita a demarcação hoje?** Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/como-e-feita-a-demarcacao- hoje>

<sup>15</sup> Esta fase do procedimento é duramente rechaçada por Souza Filho, que, citando Pontes de Miranda, argumenta no sentido de que as contestações, além de serem inúteis por quase sempre não interferirem no resultado final da demanda, não possuem fundamento jurídico. Para os doutrinadores, até mesmo os títulos de propriedade registrados antes da Constituição de 1934, desde que à data da promulgação houvesse posse silvícola, são totalmente ineficazes. "O registro de propriedade é título de propriedade sem uso e sem fruição", por força do parágrafo sexto do artigo 231 da Constituição Federal. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 153

demarcação, requerer diligências ou desaprovar o procedimento, nos termos do art. 2º, § 10:

I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.<sup>16</sup>

Se a demarcação for determinada e os limites da área forem demarcados (já nesta fase ou após novas diligências), deve-se proceder à demarcação física pela FUNAI, enquanto será realizado o reassentamento de eventuais ocupantes não-índios pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA. Na sequência, o Presidente da República promoverá a homologação do procedimento mediante decreto.

Por fim, dentro do prazo de 30 dias, a terra demarcada e homologada deve ser registrada no cartório de Registro de Imóveis da respectiva comarca e na Secretaria de Patrimônio da União.

Os prazos legislativos são, entretanto, considerados impróprios e a demora administrativa na implementação das demarcações é uma constante, traduzindo-se, no mais das vezes, em inação estatal – o que autoriza o acesso ao Sistema Interamericano, nos termos do art. 46, 2, 'c' da Convenção Americana.

---

<sup>16</sup> BRASIL. **Decreto nº. 1.775**, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1775.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm)

Justamente, como reflexo da política desfavorável aos direitos territoriais dos povos indígenas, verifica-se uma paralisia institucional no processo de demarcação de terras indígenas no país. Essa paralisia pode ser melhor expressa em números, como o aumento da violência e mortes de lideranças indígenas e ativistas em direitos humanos.

Em que pese a Constituição ter delimitado um prazo de cinco anos, contados a partir de sua promulgação, para que o Poder Executivo realizasse a demarcação das terras indígenas, transcorridos 28 anos, de um total de 1.061 terras indígenas, 361 foram registradas, 13 homologadas, 62 declaradas, 38 identificadas, 164 a identificar, 334 sem providência, 48 reservadas/dominiais, 6 com restrição e 5 GTs constituídas no estado do Mato Grosso do Sul como Terra Indígena.<sup>1717</sup>

Por mais que o descumprimento do prazo definido não acarrete em nenhuma consequência jurídica ao órgão, deve-se considerá-lo a fim de que as demarcações ocorram em prazo razoável, por serem fatores essenciais para a sobrevivência física e cultural dos índios. O desrespeito aos prazos vertido nos dados acima é injustificável e representa violação à Convenção Americana, no que tange às garantias judiciais dos membros das comunidades, conforme entendimento da Corte Interamericana nos casos Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai e Comunidade Sawhoyamaya vs. Paraguai, em que os prazos de mais de uma década foram considerados irrazoáveis.<sup>1818</sup>

---

<sup>17</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Relatório “Violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2014”**, p. 45. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/mapa-da-violencia-contra-os-povos-indigenas/relat.pdf>

<sup>18</sup> “Desta maneira, este Tribunal considera que, apesar da demonstrada complexidade do procedimento administrativo de reivindicação de terras no presente caso, as atuações das autoridades estatais competentes não foram compatíveis com o princípio do prazo razoável”. Corte IDH. Caso da Comunidade Indígena Yaxye Axa Vs. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C n.º 125, par. 89.

De um universo de mais de 400 pedidos de demarcação de terras feitos à FUNAI, há um número incerto de solicitações não processadas; 114 terras indígenas que aguardam a conclusão de estudos e aprovação pela FUNAI; 38 terras indígenas que aguardam a Portaria Declaratória do Ministério da Justiça; 72 terras indígenas que já foram estudadas, delimitadas, declaradas e aguardam a mera ratificação presidencial por Decreto de Homologação. De outro plano, 17 terras i

a regularização. Todo o fluxo dos procedimentos de reconhecimento territorial e demarcatório está sob moratória por parte do atual governo, que, para manter sua base no Congresso Nacional, retarda e negocia direitos indígenas em troca de apoio parlamentar.

Nas 562 terras indígenas já regularizadas, há preocupação com a falta de proteção (esbulhadores, madeireiros e garimpeiros) e com a ameaça de grandes impactos causados por empreendimentos realizados em desacordo com as obrigações internacionais. De acordo com a FUNAI, tramitavam em 2015 mais de 3.000 processos de licenciamento ambiental com a sua participação.

Desde 2012, não houve avanço significativo nas medidas de reforma agrária e ordenamento territorial para a proteção de terras indígenas, especialmente fora da chamada “Amazônia Legal”. O aumento de discursos inflamados de autoridades públicas<sup>19</sup> e parlamentares contrários à demarcação de terras indígenas fortaleceu iniciativas para alterar procedimentos de demarcação pelo Ministério

---

<sup>19</sup> Notadamente discursos e falas da ex-Ministra da Casa Civil Gleisi Hoffman em 2012 no Congresso Nacional, juntamente com discursos do ex-Advogado-Geral da União Luis Adams, da Senadora e ex-Ministra da Agricultura Kátia Abreu e ex-Ministra do Meio Ambiente Izabella Teixeira.

da Justiça <sup>20</sup>; fomentou conflitos e ataques a comunidades indígenas; alimentou argumentos para a negação de outros direitos humanos, como à saúde e educação, devido à falta de regularização fundiária das terras; propiciou elevação da insegurança jurídica, dando respaldo para mais de uma centena de propostas anti-indígenas pela retirada de direitos constitucionais, tal como a já referida PEC 215.

No mesmo período, aumentaram os ataques contra as comunidades indígenas. Inúmeras reintegrações de posse em favor de ocupantes não-indígenas foram cumpridas com uso desmedido de força policial, resultando inclusive em morte de indígenas.<sup>21</sup> Ao invés da investigação e punição dos responsáveis pelos atos de violência<sup>22</sup>, várias lideranças foram perseguidas, sujeitadas a procedimentos criminais<sup>23</sup> e presas.<sup>24</sup> Nenhum caso foi resolvido pelas “mesas de diálogo” do Ministério da Justiça, evidenciando o viés de barganha política e assimétrica em torno dos direitos fundamentais dos povos indígenas.<sup>25</sup>

Entre 2012 e 2014, foram registrados pelo menos 251 assassinatos de indígenas em todo o país, sendo mais de 40% dos casos

---

<sup>20</sup> Ver: <http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/ministro-aceita-discutir-consulta-sobre-mudanca-em-demarcacao-dizem-liderancas-indigenas> e [http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo\\_id=7291&action=read](http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=7291&action=read)

<sup>21</sup> Oziel Terena foi morto na reintegração de posse de área incidente na terra indígena Buriti/MS (2013). Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,terena-e-baleado-em-novo-conflito-noms,1038837>

<sup>22</sup> Mobilizações e ataques contra comunidades indígenas, fomentados por políticos e autoridades locais, foram reportados ao Conselho Nacional de Direitos Humanos por terem ocorrido em 2015 nos municípios de Guaíra/PR e Vicente Dutra/RS.

<sup>23</sup> Caso relatado ao Conselho Nacional de Direitos Humanos sobre a prisão em 2016 do cacique da aldeia Boa Vista/PR dias antes do cumprimento de ordem de reintegração de posse contra a comunidade indígena. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/relatorio-do-gt-sobre-direitos-dos-povos-indigenas-da-regiao-sul-1>

<sup>24</sup> Em 2015, pelo menos sete lideranças Tupinambá foram mortas na Bahia, além da prisão do Cacique Babau em circunstâncias duvidosas em 2014 e 2016. Ver: [http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo\\_id=8648&action=read](http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=8648&action=read)

<sup>25</sup> Ver <https://mobilizacaoanacionalindigena.wordpress.com/tag/mesa-de-dialogo/>



no Mato Grosso do Sul. Em 2016, foram pelo menos três ataques armados às comunidades de Kurusu Ambá, Taquara e Caarapó.<sup>26</sup>

Dentre as preocupações mais latentes, já apontadas pelo anterior Relator Especial da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas<sup>27</sup>, e reiteradas no âmbito do mecanismo de Exame Periódico Universal da ONU em 2008<sup>28</sup> e 2012<sup>29</sup>, e pela atual Relatora da ONU em 2016, estão a paralisação dos processos de demarcação de terras indígenas e a ameaça de mudanças das previsões constitucionais para fragilizar e, até, reverter demarcações.<sup>30</sup>

### **II.3 DIREITO À CONSULTA E AO CONSENTIMENTO PRÉVIO, LIVRE E INFORMADO NO BRASIL**

O direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI) foi consagrado na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (doravante Convenção 169/OIT) como ferramenta para a superação do paradigma integracionista vigente até o final da década de 80. Dispõe que os sujeitos interessados deverão ser consultados pelos governos sempre que forem previstas medidas administrativas ou legislativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

O direito à CCPLI recebeu proteção jurídica nacional com a ratificação da Convenção 169/OIT no dia 20 de junho de 2002<sup>31</sup>, e que

---

<sup>26</sup> Nesse caso, o Ministério Público Federal concluiu pelo envolvimento de 12 fazendeiros diretamente no ataque armado e na formação de milícia para atacar à comunidade indígena. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2016/agosto/fazendeiros-sao-presos-por-envolvimento-em-ataque-a-indigenas-em-caarapo-ms>

<sup>27</sup> ONU. A/HRC/12/34/Add.2, 26 Aug. 2009. Disponível em: <http://unsr.jamesanaya.org/country-reports/report-on-the-situation-of-human-rights-of-indigenous-peoples-in-brazil-2009>

<sup>28</sup> ONU. A/HRC/8/27

<sup>29</sup> ONU. A/HRC/21/11

<sup>30</sup> Ver também Projeto de Lei 1606/2015 apensado ao PL1218/2007.

<sup>31</sup> BRASIL. **Decreto Legislativo nº 143/2002**. Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/documento/135>

entrou em vigor em 25 de julho de 2003.<sup>32</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante também “CADH”), vigente no Brasil desde 25 de setembro de 1992<sup>33</sup>, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assinada em 2007, assim como a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2016, localizam, igualmente, a CCPLI no rol dos direitos humanos fundamentais para povos indígenas e tribais. Por disporem sobre direitos humanos, as citadas Convenções foram incorporadas à legislação brasileira na qualidade de normas supraleais, possuindo aplicabilidade imediata, como tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal (STF).<sup>34,34</sup>

No plano jurisprudencial, a Corte IDH, mediante interpretação evolutiva do artigo 21 da CADH, definiu o direito à CCPLI como “princípio geral do Direito Internacional”<sup>35</sup> A jurisprudência do SIDH reforçou a necessidade dos Estados realizarem processos de consulta especiais e diferenciados, com respeito à organização social de cada povo ou comunidade tradicional.<sup>36</sup>

No mesmo sentido, os tribunais brasileiros, em diversas oportunidades, já reconheceram o direito à CCPLI em casos envolvendo povos indígenas, comunidades quilombolas e tradicionais.<sup>37</sup> Nada

---

<sup>32</sup> BRASIL. **Decreto Executivo nº 5051/2004**. Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#/documento/136>

<sup>33</sup> BRASIL. **Decreto nº 678/1992**

<sup>34</sup> Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008.

<sup>35</sup> Corte IDH. Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador. Sentença Serie C nº 245 de 27 de junho de 2012.

<sup>36</sup> *Idem*, p.49.

<sup>37</sup> Embora a Convenção nº 169/OIT empregue a expressão “povos indígenas e tribais”, preferimos utilizar “povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais” por ser mais adequado à realidade brasileira. No item 2, “A”, discutiremos a pertinência das comunidades quilombolas e dos povos e comunidades tradicionais na categoria “povos tribais”.

obstante, algumas contradições no âmbito do Poder Judiciário brasileiro podem ser destacadas, notadamente: a) as limitações colocadas ao referido direito no caso Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal (STF); e b) o uso do instrumento da Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela que termina por converter projetos ou empreendimentos mal planejados em fatos consumados, sem a possibilidade de consulta.

### **O CASO RAPOSA SERRA DO SOL E O DIREITO À CONSULTA**

O STF, máxima instância em matéria constitucional no Brasil, pronunciou-se sobre o direito à consulta no caso da ação popular da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Esse caso é considerado o *leading case* no Brasil em matéria de direitos dos povos indígenas.<sup>38</sup> O caso tratava essencialmente da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol em Roraima, mas acabou por abordar outros direitos, como, por exemplo, o direito à CCPLI. Em suma, o tribunal reconheceu a legalidade da demarcação da terra indígena em sua totalidade, bem como a nulidade de todos os títulos incidentes na área, em razão do caráter originário dos direitos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas. No entanto, a decisão também relativizou o direito dos índios ao usufruto exclusivo dos recursos naturais disponíveis em seus territórios. Estabeleceu um conjunto de “salvaguardas” ou “condicionantes” da decisão que não se compatibiliza

---

<sup>38</sup> Ementa do acórdão disponível em: [http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/15451/material/Acordao\\_S\\_TF\\_-\\_Pet.\\_3388\\_-\\_Raposa\\_Serra\\_do\\_Sol.pdf](http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/15451/material/Acordao_S_TF_-_Pet._3388_-_Raposa_Serra_do_Sol.pdf)

com o direito constitucional ao usufruto exclusivo dos povos indígenas sobre seus territórios, nem com o direito supralegal à CCPLI.<sup>39</sup>

Com a publicação do acórdão, seguiu-se a dúvida se as salvaguardas estipuladas teriam efeitos vinculantes para todos os casos de direitos indígenas (ou seja, eficácia *erga omnes*) ou se estariam restritos às partes do caso concreto julgado (eficácia *inter partes*). O Ministério Público Federal e organizações indígenas apresentaram embargos de declaração<sup>40</sup> argumentando que algumas das salvaguardas violavam direitos previstos na Constituição e na Convenção 169/OIT (especialmente, o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e o direito à CCPLI).

Em 2013, o STF decidiu sobre os embargos de declaração, considerando que as condicionantes previstas são vinculantes apenas quanto às partes envolvidas no processo.<sup>41</sup> Sendo assim, de acordo com o STF, os juízes e tribunais podem decidir de maneira diversa em outros casos. No entanto, a decisão declarou também que o acórdão embargado ostenta elevada força moral, por se tratar de pronunciamento da mais alta Corte do país, e exige, desta forma, elevado ônus argumentativo para a tomada de decisão que eventualmente a contrarie. Na prática, trata-se da criação de norma de vocação abstrata, a ser aplicada, *em princípio*, a todos os casos de demarcação de terras indígenas.

No que diz respeito à CCPLI, no caso Raposa Serra do Sol, o STF entendeu que não se trata de um direito absoluto, podendo ser

---

<sup>39</sup> YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. **Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio**. Revista Direito GV, vol. 6, p.145, jun. 2010.

<sup>40</sup> Recurso processual que tem como finalidade solucionar obscuridade, omissão ou contradição de decisão judicial (Código de Processo Civil, artigo 535)

<sup>41</sup> Decisão disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/122>

excepcionado quando confrontado com outros bens constitucionais relevantes. Estimou, por exemplo, que operações militares não gerariam a obrigação de consulta aos povos afetados.

Ainda sobre as condicionantes para o caso Raposa Serra do Sol, o STF decidiu que: o usufruto das riquezas do solo, rios e lagos poderia ser relativizado diante de “relevante interesse público”; que o usufruto não abrangeria os recursos hídricos e os potenciais energéticos, nem pesquisa e lavra de riquezas minerais; admitiu a possibilidade de instalação de bases, unidades e postos militares, sem consulta aos povos indígenas envolvidos; bem como a possibilidade da atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal, também independentemente de consulta aos povos indígenas; e, finalmente, que o usufruto exclusivo dos índios sobre seus territórios não impediria a instalação de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, inclusive sem qualquer processo de consulta. No entanto, não fica claro se o entendimento do STF no que tange à CLPI dentro das condicionantes do caso Raposa Serra do Sol constitui diretrizes gerais aplicáveis a outros casos ou não.

Desta forma, apesar de reconhecer o caráter obrigatório da CCPLI no país, o precedente do caso Raposa Serra do Sol desconsidera o *corpus iuris* internacional aplicável, sobretudo ao excetuar as operações militares da obrigação de consultar, e ao não prever os casos em que é exigida a obrigação adicional do consentimento prévio, como será explanado durante o texto.

## **SUSPENSÃO DE LIMINAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E O DIREITO DE CONSULTA**

Em que pesem as decisões judiciais que reconhecem a exigibilidade do direito à CCPLI, em casos envolvendo impactos por empreendimentos ou projetos de governo, o instrumento processual da Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela (doravante, SLAT) vem sendo utilizado para suspender decisões que ordenam a realização de consultas a povos indígenas afetados por empreendimentos ou projetos de governo. Nesses casos, geralmente ordena-se em primeira instância a suspensão das autorizações ambientais de tais projetos até que se cumpra o requisito da CCPLI. Contudo, tais decisões costumam ser suspensas por meio de pronunciamentos de tribunais superiores que acolhem os argumentos do governo, no sentido de classificar os empreendimentos como estratégicos para a ordem econômica do país, de forma a garantir a continuidade do projeto em desrespeito ao direito à CCPLI.

A SLAT permite ao presidente de um tribunal suspender a execução de sentenças e liminares assinadas por juízes de instância inferior para evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.<sup>42</sup> As decisões em SLAT permanecem vigentes até o trânsito em julgado de decisão no processo principal, sem a necessária coerência ou justificativa de se evitar grave lesão social. Na prática, em casos envolvendo grandes empreendimentos, a Suspensão de Liminar

---

<sup>42</sup> “Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.” In: BRASIL. **Lei Federal nº 8.437 de 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm)

converte projetos mal planejados em fatos consumados sem a possibilidade de realização da CCPLI, o que configura uma verdadeira negação de acesso à justiça das comunidades afetadas.

Destaca-se que a SLAT é um instrumento processual de uso exclusivo de pessoa jurídica de direito público, fato que gera desequilíbrio entre as partes envolvidas na controvérsia judicial. Estudo recente demonstrou que, no universo das ações judiciais referentes às hidrelétricas previstas para a bacia do rio Tapajós, “as liminares [contrárias ao Estado] demoraram em média 160,3 dias para serem decididas, enquanto as decisões em Suspensão de Liminar [favoráveis] apenas 3,9 dias”.<sup>43</sup> Estes e outros aspectos foram apresentados à Comissão Interamericana durante a audiência “*Situação do direito ao acesso à justiça e a suspensão de decisões judiciais (ação de suspensão de segurança) no Brasil*”, em 28 de março de 2014.<sup>44</sup>

## **TENTATIVA DE REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE CONSULTA PARA MEDIDAS ADMINISTRATIVAS**

Em 2010, organizações indígenas e quilombolas<sup>45</sup> denunciaram o Estado brasileiro à Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio da Central Única dos Trabalhadores (CUT), por descumprimento sistemático da obrigação de consultar. Em meio a pressões da sociedade civil e à inclusão do Brasil na lista preliminar da OIT, o

---

<sup>43</sup> *Idem*, p. 3.

<sup>44</sup> Vídeo da audiência está disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PSRkh1ZFwsw>

<sup>45</sup> Segundo o Decreto 4887/2003, que regulamenta artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, são consideradas comunidades quilombolas “os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”.

governo brasileiro tomou a iniciativa de constituir, em 27 de janeiro de 2012, um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) com o objetivo de elaborar proposta de regulamentação administrativa do direito à consulta prévia.<sup>46</sup> Isto porque um dos argumentos do governo para o não cumprimento adequado da implementação do direito à consulta era a falta de uniformização de procedimentos e orientações que traduzissem administrativamente o direito normatizado na Convenção 169/OIT. Em resposta a este argumento, representantes indígenas, quilombolas, de comunidades tradicionais, juristas e representantes do Ministério Público Federal já haviam se posicionado pela aplicabilidade imediata da CCPLI, independentemente de regulamentação, visto que a Convenção 169/OIT trata de direitos supralegais de aplicabilidade imediata, como já explanado.

Em 16 de julho de 2012, a Advocacia Geral da União (AGU) – órgão que tem a incumbência de defender juridicamente a administração pública federal e a defesa dos direitos coletivos indígenas – editou a Portaria 303/AGU.<sup>47</sup> Essa Portaria incorporou todas as condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol como orientação geral para a atuação restritiva da AGU em outros casos referentes à demarcação de territórios indígenas. Embora a Portaria não tenha *status* de lei, ela reflete o posicionamento institucional da AGU e acaba por restringir diversos direitos indígenas à medida que limita a linha de defesa pelos Procuradores Federais nos casos judiciais.

Com a publicação da Portaria, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) anunciou a saída do movimento indígena do processo

---

<sup>46</sup> Portaria que constituiu o Grupo está disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/115>

<sup>47</sup> Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/416>



de diálogo sobre uma possível regulamentação do direito à consulta, alegando a inexistência de boa-fé por parte do Governo que, com tal atitude, se contradizia na defesa dos direitos territoriais indígenas.<sup>48</sup> Nesse contexto, a APIB exigiu a revogação da Portaria nº. 303 como condição indispensável para retomar a participação nos trabalhos do GTI. Em que pese tais manifestações, e apesar das recorrentes Resoluções expedidas pela Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI)<sup>49</sup> recomendando a revogação desta norma, a Portaria nº 303 continua vigente, gerando danos aos direitos dos indígenas à CCPLI sobre as bases do que se definiu pelo STF no caso Raposa Serra do Sol.

Entre 2013 e 2014, o processo de consulta sobre a regulamentação do direito de consulta seguiu sem a participação dos representantes indígenas. Em dezembro de 2014, foi consolidada uma proposta de regulamentação administrativa que se limitava a dispor parâmetros para as comunidades quilombolas. Não se sabe, ao certo, se a proposta será publicada ou arquivada. Segundo informações do governo,<sup>50</sup> a proposta seguiu para avaliação dos Ministros da Secretaria Geral da Presidência da República, da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, do Ministério do Desenvolvimento Agrário e do Ministério da Cultura. A proposta de regulação, todavia, vem sendo bastante criticada pelos sujeitos interessados, tanto em razão de falhas procedimentais em sua elaboração<sup>51</sup> (insuficiente participação dos

---

<sup>48</sup> Disponível em: <http://www.consultaprevia.org/#!/documento/166>

<sup>49</sup> Ver <http://www.funai.gov.br/index.php/cnpi1>. As resoluções estão disponíveis em: <http://www.funai.gov.br/index.php/cnpi1/informativo?start=1#>. São elas: Resoluções n.º 1/2012, n.º 2/2013, n.º 1/2016

<sup>50</sup> Obtidas através do Serviço de Informação ao Cidadão.

<sup>51</sup> \*300. Los Estados también tienen la obligación general de consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas que les pueden afectar directamente, particularmente en relación con la reglamentación legal de los procedimientos de consulta. El cumplimiento del deber de consultar a los pueblos indígenas y tribales sobre la definición del marco legislativo e institucional de la consulta previa, es una de las medidas especiales requeridas para promover la participación de los pueblos indígenas

interessados e transformação, sem aviso prévio, de reuniões supostamente informativas em momentos de tomada de decisões) quanto em razão do conteúdo da proposta (limitação das garantias previstas nos documentos internacionais).<sup>52</sup>

As críticas à *forma* da regulamentação evidenciam que os desafios para implementar o direito à consulta vão além do seu mero descumprimento. Em muitos casos, são realizadas pretensas consultas, mas que não observam os padrões internacionais normatizados e resultando em processos que não garantem autonomia e poder de decisão aos povos interessados.

Mais do que uma mera regulamentação de direito ou uniformização de procedimentos de CCPLI entre os órgãos federais e povos interessados, em detrimento das especificidades destes, é necessário que haja um entendimento por parte do Estado brasileiro do espírito e do alcance prático de uma consulta realizada de boa-fé e conforme estabelece a Convenção 169/OIT.

Em um estudo publicado em dezembro de 2016 pela Rede de Cooperação Amazônica e a Fundação para o Devido Processo, foram analisadas as principais dificuldades para que o Estado brasileiro incorpore a obrigação de consultar os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais sobre decisões que possam afetar seus direitos, principalmente aquelas relacionadas com o território e com o usufruto de seus recursos naturais. O relatório descreve inúmeros casos emblemáticos que tornam evidente o fato de que medidas administrativas e legislativas tomadas sem a realização de CCPLI

---

en la adopción de las decisiones que les afectan directamente” (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONUA/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, par. 67).

<sup>52</sup> Ver [http://www.dplf.org/sites/default/files/direito\\_a\\_consultaprevia\\_no\\_brasil\\_dplf-rca-3.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/direito_a_consultaprevia_no_brasil_dplf-rca-3.pdf)

implicam violações a direitos territoriais e à livre-determinação, dentre outros direitos essenciais.<sup>53</sup>

Do ponto de vista legislativo, destaque-se a Proposta de emenda à Constituição nº. 215, que retira do Poder Executivo a última palavra quanto à demarcação das terras indígenas e a transfere ao Legislativo, prevendo, dentre outras medidas: **(i)** proibição às ampliações de terras já demarcadas; **(ii)** previsão de indenização dos proprietários nas áreas demarcadas em todas as hipóteses; **(iii)** fixação da data de 5 de outubro de 1988 (entrada em vigor da Constituição) como “marco temporal” para definir as terras ocupadas por indígenas e quilombolas. Ou seja, as populações indígenas não terão direito à terra se não a ocupavam até 1988 – ou se nela encontravam-se impedidas de estar.

Do ponto de vista administrativo, noticiou-se que o Ministério da Justiça estaria finalizando uma proposta para alterar o procedimento administrativo de demarcação de Terras Indígenas, atualmente regido pelo Decreto 1.775/1996, sem nenhum tipo de consulta prévia com os povos indígenas do país. Órgãos de imprensa nacional que tiveram acesso à minuta da proposta noticiaram que a proposta de regulamentação inclui, entre outros pontos preocupantes:

1. A substituição do direito à terra por compensação em casos de reassentamento ou despejo. *In literis*, o projeto de decreto do Ministério da Justiça consagra “o direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente (...)”;
2. A proposta cria outra instância de decisão sobre as demarcações, retirando competências da FUNAI, inserindo no processo vários órgãos que desconhecem as demandas indígenas ou defendem interesses contrários. A introdução de novos

---

<sup>53</sup> Ver [http://www.dplf.org/sites/default/files/direito\\_a\\_consultaprevia\\_no\\_brasil\\_dplf-rca-3.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/direito_a_consultaprevia_no_brasil_dplf-rca-3.pdf)

procedimentos tornaria praticamente inviável a conclusão dos processos demarcatórios (já bastante demorados), além de oferecer pretextos para paralisá-los administrativa e judicialmente; e

3. A revisão de limites de terras já demarcadas que, por qualquer motivo inclusive por mora ou omissão do próprio Estado, não tenham sido ainda registradas na Secretaria de Patrimônio da União (SPU) e em cartório, subordinando-as aos novos procedimentos previstos no decreto e anulando etapas já cumpridas.

Nas palavras da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, “o Ministério da Justiça elaborou um decreto que inviabiliza cerca de 600 Terras Indígenas em processo de demarcação ou reivindicadas. Se posto em prática, o documento dá um prazo de 90 dias para que até terras indígenas já demarcadas sejam contestadas por “interessados”. É um ataque frontal aos direitos indígenas”, declarou a organização.<sup>54</sup>

Apesar da reação negativa de vários setores da sociedade brasileira a essa proposta, em janeiro de 2016 o Ministério de Justiça emitiu a Portaria nº. 68/2017, em seguida revogada também sob fortes manifestações contrárias do movimento indígena, de especialistas e do Ministério Público Federal, entre outras razões, por acatar a tese do marco temporal. Esta foi substituída pela Portaria nº. 80/2017, a qual cria um grupo técnico para analisar os processos de demarcação preparados pela FUNAI. Dado seu nítido caráter de fazer prevalecer decisões de natureza política sobre conclusões eminentemente técnicas que fundamentam o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação de terras indígenas, elaborado no âmbito da Fundação Nacional do Índio, essa nova portaria segue na linha do enfraquecimento do órgão indigenista federal, atualmente com o pior orçamento de sua história, e consiste numa forte concessão do

---

<sup>54</sup> Ver: <http://amazonia.org.br/2017/01/processo-de-demarcacao-de-terras-indigenas-pode-ser-modificado/comment-page-1/>

Governo Federal à bancada parlamentar anti-indígena. Em nenhum momento, o governo dialogou com o Conselho Nacional de Política Indigenista – CNPI, instância ligada ao próprio Ministério da Justiça, descumprindo seu dever à consulta prévia, livre e informada.

### **III. MARCO GLOBAL SOBRE DIREITOS TERRITORIAIS DOS POVOS INDÍGENAS**

O direito dos povos indígenas à demarcação de suas terras e à CCPLI sobre temas que lhes são atinentes, possuem marco legal no âmbito global de proteção dos direitos humanos, para além da regulamentação regional e local sobre a matéria.

As Nações Unidas adotaram uma série de parâmetros que dizem respeito à proteção dos povos indígenas. A Declaração da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas consolidou esses parâmetros, bem como os trabalhos de órgãos especializados como o Conselho de Direitos Humanos, Comitês de Direitos Humanos e a Relatoria Especial sobre o Direito dos Povos Indígenas têm promovido o escopo dessas disposições. Referida Declaração prevê direitos e liberdades como autodeterminação (artigo 3º) e não discriminação (artigo 46.3), previstos em tratados vinculantes de direitos humanos, dos quais alguns podem ser considerados como direito costumeiro internacional.

Além do dever dos Estados de efetivar consulta que possibilite consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas quando da realização de projetos legislativos ou administrativos que de alguma maneira possam impactar em suas vidas<sup>55</sup>, nos termos do artigo 18 do mencionado documento, deve ser efetivado por meio de

---

<sup>55</sup> *Idem*, artigo 19.

procedimentos e representação consoantes com as próprias instituições decisórias das comunidades.

Especificamente quanto ao direito à demarcação das terras indígenas, a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial das Nações Unidas, dispõe acerca do “*direito de qualquer pessoa, tanto individualmente como coletivamente, à propriedade*”.<sup>56</sup>

Como concretização específica dos comandos citados, a Convenção 169/OIT<sup>57</sup> – incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em abril de 2004 pelo Decreto 5.051 – em seu artigo 6º, aponta diretrizes a serem seguidas pelos Estados a fim de possibilitar a consulta e participação dos povos indígenas visando à obtenção de seu prévio consentimento. O artigo 7º da Convenção preceitua que, dentre o direito de escolhas dos povos indígenas, está o de preferir “*terras que ocupam ou utilizam de alguma forma*”, o que, adiante se demonstrará, não está sendo respeitado pelo Estado brasileiro.

A Declaração da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas e Convenção 160/OIT estabeleceram os direitos dos povos indígenas ao próprio desenvolvimento, como também o direito de fruir de suas terras, territórios e outros recursos de acordo com suas prioridades e decisões. A dimensão coletiva do direito à terra, territórios e outros recursos é intrinsecamente ligada ao direito coletivo de autodeterminação, não discriminação, integridade cultural e desenvolvimento.

Em 2008, o Comitê de Especialistas na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT (doravante “CEACR”) apontou que a

---

<sup>56</sup> ONU. Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, 1968.

<sup>57</sup> OIT. Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais, 1989.

regularização de títulos de terras é um dos grandes desafios impostos aos povos indígenas. A CEACR também sublinhou que o envolvimento dos povos indígenas nesse processo seria um elemento essencial na garantia da igualdade e paz social através da inclusão e do diálogo.<sup>58</sup>

Na mesma linha, a Relatoria Especial da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas reconheceu a importância de títulos de terra para assegurar que povos indígenas tenham a segurança de um título legal e vinculante que lhes permita exercer seus direitos. No mesmo documento, a Relatoria Especial da ONU enumerou os componentes mínimos que devem ser observados no processo de demarcação e titulação de terras indígenas: (i) identificação da área e direitos que correspondem à comunidade indígena ou tribal, ou grupos de comunidades, em consideração; (ii) resolução de conflitos sobre usos e reivindicações; (iii) delimitação e demarcação; e

(iv) emissão de título ou outro documento apropriado que descreva claramente a natureza do direito ou direitos e terras ou recursos.<sup>59</sup>

Mister citar que o relatório do grupo de trabalho da Revisão Periódica Universal de 2012<sup>60</sup> devido à violação aos direitos e mecanismos acima expostos, recomendou ao Brasil a conclusão de processos de demarcação em curso e o aprimoramento do procedimento de consulta aos povos indígenas, nos termos da

---

<sup>58</sup> ILC, 98th Session, 2009, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A).

*“Given the enormous challenges facing indigenous and tribal peoples today, including regularization of land titles, health and education, and the increased exploitation of natural resources, the involvement of the indigenous and tribal peoples in these and other areas which affect them directly, is an essential element in ensuring equity and guaranteeing social peace through inclusion and dialogue”*

<sup>59</sup> *Idem*, par. 36

<sup>60</sup> United Nations. *Universal Periodic Review 2012*, Human Rights Council, A/HRC/21/11, pars. 119.162-119.169.

Convenção 169/OIT, a partir da promoção de debates internos.<sup>61</sup> Ainda, recomendou a conclusão de processos de demarcação em curso, pendentes de resolução, objetiva que visa o presente caso perante a Corte Interamericana.

Além dos marcos legais acima colacionados, em 2010 a Relatora sobre os Direitos dos Povos Indígenas demonstrou preocupação com a realização de alguns processos de consulta, apontando inclusive a violência sofrida por comunidades.<sup>62</sup> Ademais, em 2016, concluiu a Relatora Especial pela ausência de procedimento de consulta em relação a medidas que afetam diretamente aos povos indígenas.<sup>63</sup>

#### **IV. ENTENDIMENTO DA CIDH SOBRE DEMARCAÇÃO DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS**

O Brasil é um dos países que apoiou a adoção da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.<sup>64</sup> Esta reconhece as injustiças históricas que vitimaram os povos indígenas das Américas e prescreve, em seu artigo 5º, o direito coletivo à manutenção do território ancestral a que pertencem, bem como quanto aos recursos ali existentes.

Seu artigo 25 elenca os diversos direitos e garantias dos povos indígenas relacionados à terra, território e seus recursos: (i) o direito a manter e reforçar seu relacionamento espiritual, cultural e material

---

<sup>61</sup> Vê-se nas recomendações da RPU: “119.165. Conclude pending demarcation processes, in particular related to the Guaraní Kaiowá (Norway).”

<sup>62</sup> UNITED NATIONS. Report by the special rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people. Human Rights Council, A/HRC/15/37/Add.1, pars. 46-64.

<sup>63</sup> United Nations. Addendum – Mission to Brazil of Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous people. Human Rights Council. A/HRC/33/42/Add.1, par. 64.

<sup>64</sup> Adotada em 15 de julho de 2016 em sessão plenária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.



com a terra; (ii) o direito à própria terra tradicionalmente apropriada, ocupada, ou de outra forma utilizada ou adquirida; (iii) o direito de apropriarem-se, usarem, desenvolverem e utilizarem a terra, território e recursos que possuem pela razão da propriedade, uso ou ocupação tradicionais, bem como as adquiridas de outra forma; (iv) o dever dos Estados reconhecerem e protegerem tais terras, territórios e recursos, respeitando-se os costumes, tradições, e os sistemas de apropriação da terra dos povos indígenas interessados; (v) e, ainda, o direito ao reconhecimento legal das variadas modalidades de formas de apropriação da terra, territórios e recursos, de acordo com os sistemas legais nacionais e instrumentos internacionais, assim como o dever dos Estados estabelecerem regimes apropriados para tal reconhecimento, demarcação e titulação efetiva.

Desde a emissão do Relatório sobre o Mérito no caso dos Povos Yanomami contra o Brasil, em 1985, a Comissão Interamericana vem ampliando o núcleo do direito dos povos indígenas de obterem a demarcação das suas terras e territórios. Considera um aspecto de importância fundamental para os povos indígenas e o efetivo gozo de seus direitos humanos o vínculo que esses possuem com a terra e os recursos naturais.<sup>65</sup>

O direito à propriedade comunal protege a conexão dos povos indígenas com os territórios que habitam e os recursos naturais que usufruem.<sup>66</sup> A Comissão vem declarando, de maneira consistente, que os povos indígenas e tribais possuem um direito de propriedade comunal sobre as terras que usam e ocupam tradicionalmente, e que

---

<sup>65</sup> CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, par. 1054.

<sup>66</sup> CIDH. Informe de seguimiento – Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, par. 156.

este direito tem seu caráter regido em função das modalidades do uso e da posse consuetudinária da terra.<sup>67</sup> A propriedade territorial indígena é uma forma de propriedade que não se fundamenta no reconhecimento oficial do Estado, mas sim no uso e posse tradicional da terra e de seus recursos. Desta feita, os territórios dos povos indígenas e tribais lhes pertencem devido ao seu uso e ocupação ancestral.<sup>68</sup>

Os povos indígenas e seus membros têm o direito à propriedade garantido no artigo XXIII da Declaração Americana e no artigo 21 da Convenção Americana, o que deve dar-se por meio da delimitação e demarcação do território ancestral pelo Estado.<sup>69</sup> Os mecanismos mencionados, delimitação e demarcação, referem-se aos dois principais meios de garantia do direito à propriedade territorial indígena.<sup>70</sup>

#### **IV.1 OBRIGAÇÕES ESTATAIS EM RELAÇÃO À DEMARCAÇÃO**

A obrigação estatal de reconhecer e garantir o direito à propriedade comunal exige que o Estado delimite e demarque o território correspondente, bem como adote as medidas necessárias para proteger o direito do povo indígena ou tribal em referência,

---

<sup>67</sup> CIDH. Informe de seguimiento – Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, par. 160.

<sup>68</sup> CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre, 2009, par. 68.

<sup>69</sup> *Idem*, par. 94.

<sup>70</sup> *Idem*.

dentro dos limites do seu território, o que inclui o reconhecimento oficial desse direito.<sup>71</sup>

Tal obrigação deve ser cumprida pelos Estados em plena colaboração com os próprios povos indígenas. Em outras palavras, os procedimentos de demarcação de terras comunais devem incluir, em todas as suas fases, a plena participação dos povos indígenas afetados. Isto inclui não somente o planejamento e operação dos mecanismos de demarcação, como também a fase de criação destes procedimentos.<sup>72</sup>

Com efeito, os procedimentos de demarcação territorial de propriedades comunais indígenas precisam ser diferentes dos mecanismos gerais de titulação da propriedade agrária disponíveis para outros setores sociais. Segundo a Comissão, para dar-se cumprimento aos requisitos estabelecidos no artigo 25 da Convenção, referentes aos requisitos de efetividade e prazo razoável para a delimitação de terras, é necessário que existam procedimentos específicos e claramente regulados para a titulação de terras ocupadas por grupos indígenas.<sup>73</sup> A mera adoção de mecanismos legislativos ou administrativos que não asseguram um procedimento expedito não são suficientes para garantir o direito à propriedade comunal.<sup>74</sup>

Faz parte do conjunto de obrigações estatais referentes à demarcação territorial indígena a de adotar medidas apropriadas para

---

<sup>71</sup> CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, par. 132.

<sup>72</sup> CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre, 2009, par. 98.

<sup>73</sup> *Idem*, nota de pé 278 citando a Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, pars. 122, 123.

<sup>74</sup> CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre, 2009, par. 96.

garantir a demarcação legal, reconhecimento e outorga às comunidades de títulos de propriedade sobre a terra e para que esse processo não prejudique o desenvolvimento natural da propriedade e da vida comunitária.<sup>75</sup> A CIDH considera que, para superar o desconhecimento e a falta de proteção do direito à propriedade dos povos indígenas, é necessário que os Estados se articulem institucionalmente e assumam políticas públicas específicas, claras e integrais, destinadas a dotar de certeza jurídica as terras e territórios indígenas através do seu reconhecimento, titulação, demarcação, delimitação e desintrusão.<sup>76</sup> Exemplos dessas seriam o estabelecimento de um centro de gestão de consultas para a população com um enfoque cultural, a realização de processos de auditoria social e a criação de sistemas de monitoramento e informação interinstitucionais.

Por outro lado, os Estados possuem a obrigação de abster-se de realizar atos contrários à propriedade indígena, como seriam a individualização da propriedade coletiva ou a titulação suplementar a favor de terceiros.<sup>77</sup>

Tal é a importância da demarcação de terras indígenas, que esta é exigida até em casos de comunidades indígenas isoladas. Segundo o Informe sobre “Povos Indígenas em isolamento voluntário e contato inicial nas Américas” da CIDH, os Estados devem delimitar, demarcar e titular os territórios ancestrais com presença de povos indígenas em isolamento voluntário ou contato inicial por meio da implementação

---

<sup>75</sup> *Idem*, par. 101.

<sup>76</sup> CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 43/15, 31 diciembre, 2015, par. 476.

<sup>77</sup> *Idem*, par. 473.

de métodos que não impliquem o risco de contato, e que estejam baseados em mecanismos e estudos multidisciplinares e culturalmente adequados.<sup>78</sup>

Ressalte-se, por fim, que o conteúdo das distintas etapas de delimitação, demarcação e titulação não foi preestabelecido de maneira rígida pelos órgãos do SIDH. Segundo a CIDH, este deve ser regulado pelos Estados de acordo com suas tradições jurídicas, desde que cumpram com os parâmetros de respeito aos direitos humanos dos povos indígenas estabelecidos pelo Sistema<sup>79</sup>, tal como descrito nos parágrafos anteriores.

#### **IV.2 DEMORA NA DEMARCAÇÃO**

Os povos indígenas e tribais possuem o direito de que o procedimento de titulação, demarcação e delimitação de terras comunais indígenas seja célere, livre de excessivos rigores legais e de custos elevados, assim como de que a efetiva titulação de suas terras seja realizada sem atrasos.<sup>80</sup>

Procedimentos demorados, custosos e formalistas prejudicam os direitos da comunidade em questão.<sup>81</sup> O atraso na demarcação territorial também pode intensificar o impacto de projetos de

---

<sup>78</sup> CIDH, Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13, 30 de diciembre, 2013. p. 80, Recomendación n. 6.

<sup>79</sup> CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre, 2009, par. 102.

<sup>80</sup> CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, par. 1071, citado en CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre, 2009.

<sup>81</sup> CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, par. 21.

exploração de recursos naturais nos respectivos territórios, propiciando, ademais, o surgimento de conflitos e ataques entre os povos indígenas e terceiros devido à reivindicação territorial.<sup>82</sup>

A questão dos conflitos entre indígenas e terceiros devido à falta de demarcação territorial vem sendo um tema de preocupação para a Comissão que, em seu Informe sobre a Situação de Direitos Humanos na Venezuela, de 2009, assentou:

1063. A Comissão nota, com grande preocupação, que como consequência da falta de demarcação, continuam na Venezuela graves conflitos vinculados à propriedade sobre a terra.

1071. À luz do anteriormente afirmado, a Comissão reitera ao Estado sua obrigação de garantir o direito à consulta dos povos indígenas com relação a todos os assuntos que os incumbem, tomando em consideração o vínculo especial que possuem com suas terras e recursos naturais. A Comissão também enfatiza que o Estado deve adotar medidas urgentes para dar cumprimento à sua obrigação de demarcar e delimitar as terras ancestrais dos povos indígenas venezuelanos, estabelecendo procedimentos adequados e efetivos para tais atos, assim como de titular efetivamente as terras a favor dos respectivos povos. Ademais, a Comissão insta ao Estado investigarefetivamente os atos de violência decorridos da falta de demarcação das terras ancestrais indígenas na Venezuela, castigar os responsáveis e adotar as medidas necessárias para proteger a população de tais atos.<sup>83</sup>

Em seu Relatório sobre a Situação de Direitos Humanos na Guatemala, a Comissão reconheceu, ademais, que a incerteza jurídica e a falta de titulação, delimitação e demarcação de terras de territórios

---

<sup>82</sup> CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, par. 1060.

<sup>83</sup> *Idem*, pars. 1063 e 1071.

indígenas estavam entre as principais causas de conflitos e violações de direitos humanos indígenas no país.<sup>84</sup>

No caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandi e Embera de Bayano, o referido órgão, citando a Corte Interamericana, explicou que a falta de delimitação e demarcação dos territórios indígenas, ainda quando exista um reconhecimento formal do direito à propriedade comunal dos seus membros, gera um clima de incerteza permanente. Trata-se de uma situação na qual os membros das comunidades não possuem segurança sobre os limites geográficos dos seus direitos e, conseqüentemente, desconhecem até onde podem usar e gozar livremente dos bens naturais da sua terra.<sup>85</sup>

A falta de demarcação e titulação dos territórios ancestrais, ao impedir e dificultar o acesso dos povos indígenas e tribais ao seu território e ao uso e gozo dos recursos naturais, lhes impõem uma situação de vulnerabilidade extrema que incide diretamente sobre seus demais direitos humanos (v.g. à alimentação, à água potável e à saúde, entre outros).<sup>86</sup> Isso porque o reconhecimento, demarcação e registro das terras e territórios ancestrais estão diretamente conectados à possibilidade de sobrevivência cultural de uma comunidade indígena ou tribal.<sup>87</sup>

Por todo o exposto, resta evidente a importância da demarcação territorial, que constitui um primeiro passo no estabelecimento e

---

<sup>84</sup> CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 43/15, 31 diciembre, 2015, par. 471.

<sup>85</sup> Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*, A/HRC/33/42, 11 August 2016, par. 16

<sup>86</sup> CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, pars. 1079 y1080.

<sup>87</sup> CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre, 2009, par. 95 citando a CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, par. 16.

defesa real da terra.<sup>88</sup> Por essa razão a CIDH, em reiteradas oportunidades, enunciou que a falta de demarcação das terras ancestrais constitui uma violação aos artigos 21, 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.<sup>89</sup>

## **V. PARÂMETROS DAS NAÇÕES UNIDAS RELACIONADOS À RENEGOCIAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS**

Os instrumentos que compõem o Sistema Universal de Direitos Humanos estabelecem uma série de parâmetros de proteção aos direitos dos povos indígenas. A Declaração da ONU sobre Direito dos Povos Indígenas consolida tais parâmetros e os pronunciamentos de organismos especializados, tais como os Comitês Temáticos e a Relatoria Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas, ampliam o escopo de tais disposições.

O direito dos povos indígenas aos seus territórios e recursos naturais é fundamental para garantir uma gama mais ampla de direitos relacionados à livre determinação. De acordo com a Relatoria Especial da ONU sobre essa temática, a conexão entre os povos indígenas e seus territórios é importante para satisfazer o direito à livre determinação:

Os direitos territoriais e de propriedade indígenas possuem natureza *sui generis*, pois abrangem os territórios e recursos que tais povos possuem e ocupam tradicionalmente, ou que utilizam ou adquiriram, incluindo o

---

<sup>88</sup> CIDH, Caso 12.548, Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, Informe de Fondo n. 76/12, par. 218.

<sup>89</sup> CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, par. 109.



direito de posse, uso, desenvolvimento e controle sobre os recursos naturais. Esses direitos coletivos existem independentemente dos títulos conferidos pelo Estado e se fundamentam: no status como povos dotados de livre determinação sobre as terras e recursos necessários para sua sobrevivência física e cultural, no regime consuetudinário de posse contínua e na posse alongo prazo sobre seus territórios ancestrais.<sup>90</sup>

Em 2008, o Comitê de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações (CEACR, em suas siglas em inglês) ressaltou que a regularização dos títulos sobre a terra é um dos principais desafios enfrentados pelos povos indígenas. O CEACR frisou, ademais, que o envolvimento dos povos indígenas neste processo é “um elemento essencial para garantir a equidade e a paz social através da inclusão e do diálogo”.<sup>91</sup> Em tom similar, o então Relator Especial da ONU, James Anaya, reconheceu a importância dos títulos sobre a terra para garantir aos povos indígenas a segurança de um instrumento vinculante e um meio para o exercício de seus direitos. Tal como afirmado no estudo do Relator Especial sobre a Situação dos Povos Indígenas no Suriname, de 2011:

O objetivo fundamental do processo de titulação é proporcionar segurança sobre a terra e seus recursos naturais, de acordo com as próprias normas consuetudinárias e ocupação contínua exercida pelos povos indígenas e tribais. Há certa flexibilidade em como o processo de demarcação e titulação pode ser conduzido; e os procedimentos

---

<sup>90</sup> Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*, A/HRC/33/42, 11 August 2016, par. 16

<sup>91</sup> ILC, 98th Session, 2009, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A): “Given the enormous challenges facing indigenous and tribal peoples today, including regularization of land titles, health and education, and the increased exploitation of natural resources, the involvement of the indigenous and tribal peoples in these and other areas which affect them directly, is an essential element in ensuring equity and guaranteeing social peace through inclusion and dialogue

específicos deveriam ser determinados ao longo das negociações relevantes e em consulta com os povos indígenas e tribais.<sup>92</sup>

Neste mesmo documento, o Relator Especial enumerou os componentes mínimos que o processo de demarcação e titulação de terras indígenas deveriam possuir: (i) identificação da área e direitos que correspondem aos povos indígenas e comunidades tribais ou grupos de comunidades em consideração; (ii) solução de controvérsias sobre usos e reivindicações em disputa; (iii) delimitação e demarcação; (IV) emissão do título de propriedade ou outro documento apropriado que descreva claramente a natureza do direito ou direitos sobre as terras e recursos.<sup>93</sup> Na linha da *United Nations Development Group*, tais políticas de demarcação e titulação e, em geral, as políticas e decisões estatais que afetam os povos indígenas, devem ser adotadas a partir de uma abordagem culturalmente apropriada (“*sensitive approach*”).

De acordo com a *United Nations Population Fund* (doravante “UNFPA”), uma abordagem culturalmente apropriada é crucial não apenas para a satisfação de direitos humanos, tendo se tornado “uma obrigação para organizações e povos em relação ao desenvolvimento humano”.<sup>94</sup> Nos termos da UNFPA, pode-se afirmar que tal abordagem se pauta em “como variáveis tais como status econômico, político, legal, de classe, gênero, religioso e étnico intercedem e conduzem a diferentes entendimentos e manifestações de poder”, em todas esferas da vida dos povos indígenas.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, *Measures needed to secure indigenous and tribal peoples' land and related rights in Suriname*, A/HRC/18/35/Add.7, 18 August 2011, par. 36.

<sup>93</sup> *Idem*.

<sup>94</sup> UNITED NATIONS POPULATION FUND, *State of world population 2008: Reaching Common Ground: Culture, Gender and Human Rights*, 2008, p. 14.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 7

Em sua aplicação ao Povo Indígena Xucuru, a abordagem culturalmente apropriada condiz com que o processo de titulação de terras no Brasil, com seus prazos e requerimentos legais, pode não ser adequado à idiosincrasia do referido povo. Ao analisar, em 2007, o processo de regularização dos territórios na Guatemala, o CEACR ressaltou as dificuldades relacionadas ao estabelecimento de prazos e outros requisitos. Desta forma, tal órgão recomendou a adoção de medidas transitórias ao longo do processo, com o fim de proteger os direitos sobre as terras dos respectivos povos.<sup>96</sup>

Tal como mencionado nas anteriores seções desta peça de *amicus curiae*, durante sua visita ao Brasil em 2016, a Relatora Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi informada da falta de informação prévia, significativa e culturalmente apropriada, com relação ao licenciamento, concessão e construção da hidroelétrica Belo Monte, no Estado do Pará. Em consequência, os povos indígenas que habitam a zona de impacto deste projeto perderam o controle sobre suas terras, rios e recursos naturais, uma vez que não foram consultados nem informados do impacto potencial do empreendimento.<sup>97</sup>

No mesmo ano da sua visita ao Brasil, a Relatora Victoria Tauli ressaltou, em seu relatório anual ao Conselho de Direitos Humanos, que “os Estados estão obrigados a estabelecer mecanismos culturalmente adequados para garantir a participação efetiva dos povos indígenas em qualquer processo de tomada de decisão que possa afetar diretamente seus direitos”.<sup>98</sup> A mesma abordagem foi requerida

---

<sup>96</sup> CEACR, Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Guatemala of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Federation of Country and City Workers (FTCC), 2007, par. 45.

<sup>97</sup> Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*, A/HRC/33/42/Add.1, 8 August 2016, pars. 36 a 46..

<sup>98</sup> *Ibid*, par. 17.

pela Relatora Especial em outros aspectos da vida dos povos indígenas, tais como sua saúde, educação e serviços sociais, cuja realidade “reflete a contínua falta de serviços culturalmente adequados”.<sup>99</sup>

## VI. JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA

O SIDH é pioneiro na adoção de parâmetros interpretativos sobre o direito à consulta<sup>100</sup>, o direito de propriedade coletiva indígena<sup>101</sup>, o direito de titulação<sup>102</sup> e o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos de direitos.<sup>103</sup> O Caso do Povo Indígena Xucuru traz à colação uma nova possibilidade de estabelecer parâmetros para reconstruir a relação entre povos indígenas e Estados, em contextos de tensão e dívidas históricas, como é o caso do Brasil. Dá-se, portanto, a oportunidade para que a honorável Corte Interamericana adote uma abordagem mais específica sobre a demarcação e titulação dos territórios indígenas, como um componente da reconciliação entre tais povos e os respectivos Estados.

As experiências na Austrália e Nova Zelândia reafirmam a importância da titulação como meio para alcançar esta finalidade. Por outro lado, o caso do Canadá exemplifica como a renegociação entre a Coroa e as Nações Originárias (*First Nations*), em questões que

---

<sup>99</sup> A/HRC/33/42/Add.1, *op. cit.*, par. 71.

<sup>100</sup> *Case of the Saramaka People (Suriname)* (2007), Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 172.

<sup>101</sup> *Case of the Mayagna (Sumo) Awá Tingni Community (Nicaragua)* (2001), Merits, Reparations and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 79.

<sup>102</sup> *Case of the Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their members (Panama)* (2014), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 284.

<sup>103</sup> *Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku (Ecuador)* (2012), Merits and Reparations, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 245.

incluem títulos sobre a terra, perfazem um processo mais amplo de reconciliação.

### **VI.1 AUSTRÁLIA E NOVA ZELÂNDIA: A IMPORTÂNCIA DO VÍNCULO HISTÓRICO DOS POVOS ORIGINÁRIOS COM SEUS TERRITÓRIOS**

A história contemporânea da discussão sobre o direito ao território na Austrália se inicia essencialmente com o caso *Mabo*, o qual derrogou o conceito de *terra nullius*.<sup>104</sup> Esse caso iniciou-se em 1982, com a reivindicação do território tradicional correspondente às ilhas de *Meriam, Torres Strait*.<sup>105</sup> Em 1992, a Suprema Corte da Austrália concluiu que o Povo Meriam possuía a “titulação, oponível a qualquer pessoa, gozando assim da ocupação, uso e desfrute da maior parte das terras das ilhas Murray.”<sup>106</sup> Nesta histórica decisão, a alta corte australiana frisou que os povos originais da Austrália buscaram preservar suas tradições, através da ocupação tradicional dos seus territórios, o qual foi impedido devido ao processo de colonização. A decisão levou à promulgação do *Native Land Title Act*, com um novo marco normativo para a definição dos títulos de propriedade dos povos originários e para a proteção dos direitos culturais e territoriais indígenas.<sup>107</sup>

Na Nova Zelândia, a falha do Estado em proteger e garantir os direitos territoriais indígenas pode ser constatada a partir de um estudo de como as comunidades Maori foram economicamente

---

<sup>104</sup> Year Book Australia 1995. "The Mabo Case and the Native Title Act." *Australian Bureau of Statistics*, <http://www.abs.gov.au/Ausstats/abs@.nsf/Previousproducts/1301.0Feature%20Article21995>

<sup>105</sup> *Idem*.

<sup>106</sup> *Idem*. Texto original: "entitled against the whole world to possession, occupation, use, and enjoyment of most of the land in the Murray islands".

<sup>107</sup> Year Book Australia 1995. "The Mabo Case and the Native Title Act." *Australian Bureau of Statistics*, <http://www.abs.gov.au/Ausstats/abs@.nsf/Previousproducts/1301.0Feature%20Article21995>

prejudicadas. Para fins de contextualização, ressalta-se que o povo Maori assinou o Tratado de Waitangi em 1840 com a Coroa Britânica, o qual estabeleceu o direito dos britânicos de usar a terra dos Maori em troca de certos serviços públicos.<sup>108</sup> O tratado foi altamente contestado devido ao descumprimento das obrigações assumidas pela Coroa Britânica e, em 1975, foi emendado, visando a criação de uma comissão para ouvir as queixas dos Maori acerca de violações do tratado original.<sup>109</sup>

Em um relatório emitido em 1994 pelo Tribunal de Waitangi, reconhece-se que a perda do território levou ao impedimento de certas oportunidades de desenvolvimento social e econômico para certas comunidades Maori.<sup>110</sup> O povo Ngai Tahu, uma das maiores comunidades de povos Maori, situados em *Southern Island*, constituem um modelo exemplar, ao mostrarem como a liberdade de dispor de suas terras levaram a uma situação econômica favorável.<sup>111</sup> A controvérsia suscitada pelos Ngai Tahu em 1998 foi a primeira disputa de território substancial nos termos do Tratado de Waitangi e foi encerrada através de um acordo com o Estado, estimado em aproximadamente 170 milhões de dólares neozelandeses (NZ\$).<sup>112</sup> Esta demanda baseou-se no fato de que a terra era importante em termos

---

<sup>108</sup> Andreson, Robert B., Barnett, Corinne. "The Indigenous Land Claims in New Zealand and Canada: From Grievance to Enterprise." *The Saskatchewan Institute of Public Policy*, Public Policy Paper 39, January 2006, <http://ourspace.uregina.ca/bitstream/handle/10294/6693/SIPP%20Public%20Policy%20Papers%2039.pdf?sequence=1>

<sup>109</sup> *Idem*.

<sup>110</sup> Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, Mission to New Zealand, E/CN.4/2006/78/Add.3, 13 March 2006, para 33.

<sup>111</sup> Andreson, Robert B., Barnett, Corinne. "The Indigenous Land Claims in New Zealand and Canada: From Grievance to Enterprise." *The Saskatchewan Institute of Public Policy*, Public Policy Paper 39, January 2006, <http://ourspace.uregina.ca/bitstream/handle/10294/6693/SIPP%20Public%20Policy%20Papers%2039.pdf?sequence=1>

<sup>112</sup> *Idem*.

culturais e econômicos para o povo Ngai Tahu. O desenvolvimento socioeconômico do povo Ngai Tahu (baseada majoritariamente no comércio de frutos do mar e atividades de turismo) dependiam de seu território. Desde o acordo, a tribo dos Ngai Tahu é a segunda maior proprietária de terras de South Island e os lucros são utilizados para o desenvolvimento cultural, social e econômico de seus membros.<sup>113</sup>

A Relatoria Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas tratou especificamente sobre o povo Maori no relatório de país de 2006 e no Addendum de 2011, sobre a situação do povo Maori na Nova Zelândia. O relatório de 2006 ressaltou que alguns povos Maori continuam buscando justa reparação pela perda de suas terras, de propriedade e de oportunidades econômicas e sociais.<sup>114</sup> Mais recentemente, no Addendum, encorajaram a promulgação de nova legislação, demandando que a *Marine and Coastal Area Act* de 2011 deveria seguir os parâmetros internacionais sobre os direitos dos povos indígenas à propriedade sobre seus territórios e recursos naturais.<sup>115</sup>

Como visto anteriormente, o desenvolvimento econômico do povo Maori está atrelado ao acesso e uso de seu território tradicional visando o desenvolvimento de suas próprias indústrias. O caso do povo Ngai Tahu ressalta o fato de que, quando os títulos de terra são finalmente concedidos às comunidades tradicionais, elas podem fazer bom uso dos recursos a fim de auxiliar no desenvolvimento econômico de seus integrantes.

---

<sup>113</sup> *Idem*.

<sup>114</sup> Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, Mission to New Zealand, E/CN.4/2006/78/Add.3, 13 March 2006, par. 24.

<sup>115</sup> *Idem*, par. 56.

## VI.2 CANADÁ: POVOS INDÍGENAS, TÍTULOS SOBRE A TERRA E A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS DE RECONCILIAÇÃO

No Canadá, a relação entre Estado e povos indígenas (denominados como Nações Originárias ou Aborígenes no referido país) que ocuparam o território antes da colonização europeia, foi caracterizada por desafios que, frequentemente, foram enfrentados em detrimento dos referidos povos. Desde os primeiros momentos da colonização, a relação entre colonos e os povos indígenas foi conflitiva. A identidade cultural das comunidades originárias esteve caracterizada pela relação intrínseca como território, do qual derivam valores espirituais e morais para a coletividade.<sup>116</sup> Em contraste, os colonos importaram o conceito de propriedade e posse privadas. Ante a incapacidade de conciliar ambas abordagens, a coroa justificou o despejo dos povos originários de seus territórios, deslegitimando sua cosmovisão.<sup>117</sup>

Atualmente, os direitos dos povos aborígenes se encontram consagrados na Seção 35 do Ato Constitucional (*Constitutional Act*) de 1982.<sup>118</sup> Entretanto, persistem uma série de limitações e vazios legais com relação à aplicação das normas constitucionais que protegem os direitos territoriais indígenas.

No que tange ao desenvolvimento jurisprudencial, a Suprema Corte do Canadá manteve uma posição bastante polêmica no caso *Delgamuukw vs. British Columbia* em 1997. Nesta sentença, a Suprema Corte definiu os títulos de propriedade dos povos originários como um fardo para os títulos da Coroa.<sup>119</sup> Por um lado, indicou que os povos

<sup>116</sup> CANADA. Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Restructuring the Relationship*, vol 2 (Ottawa: Canada Communication Group, 1996) par. 423.

<sup>117</sup> *Ibid*, par. 417.

<sup>118</sup> CANADA. *Constitution Act, 1982*, s 35, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11.

<sup>119</sup> *Delgamuukw v British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010 at para 145 [*Delgamuukw*].



originários possuem o ônus de provar o vínculo histórico com o território definido no título de propriedade. Por outro, considerou a soberania da Coroa sobre o território como um argumento passível de presunção. A posição da Suprema Corte modificou em 2014, ao decidir o caso *Tsilhqot'in Nation vs. British Columbia*.<sup>120</sup> Em sentença inédita, adotada após 25 anos de litígio judicial, a mais alta corte do Canadá reconheceu o título de propriedade de aproximadamente 1900 km<sup>2</sup> à nação Tsilhqot'in, na província de British Columbia.<sup>121</sup>

Recentemente, o governo canadense buscou implementar uma política indigenista cujo pilar principal é a reconciliação com os povos originários e a restauração de uma relação de nação a nação.<sup>122</sup> Atualmente, o governo se encontra revisando o *Comprehensive Land Claims Policy*, o qual estabelece um marco para as negociações sobre reivindicações territoriais entre o Estado e as comunidades originárias. Em 2015, um representante ministerial sobre essa matéria (*Ministerial Special Representative on Renewing the Comprehensive Land Claims Policy*) publicou um relatório com a finalidade de orientar os esforços governamentais<sup>123</sup>, recomendando, entre outras medidas, uma abordagem alternativa às negociações, fundada no reconhecimento dos títulos de propriedade e direitos territoriais dos povos originários.

---

<sup>120</sup> 2014 SCC 44, [2014] 2 SCR 257 [*Tsilhqot'in*].

<sup>121</sup> *Tsilhqot'in Nation v BC: Summary of Panel Discussions on the Supreme Court of Canada Decision* (October 2014), online: POLIS Water Sustainability Project [http://poliswaterproject.org/sites/default/files/Tsilhqot%27inPanelBrief\\_FINAL.pdf](http://poliswaterproject.org/sites/default/files/Tsilhqot%27inPanelBrief_FINAL.pdf).

<sup>122</sup> CANADA, Office of the Prime Minister, *Minister of Indigenous and Northern Affairs Mandate Letter*, Rt Hon Justin Trudeau, Prime Minister of Canada. 6 November 2015 (Ottawa: Office of the Prime Minister).

<sup>123</sup> EYFORD, Douglas R. Indigenous and Northern Affairs Canada, report of the Ministerial Special Representative on Renewal of the Comprehensive Land Claims Policy, *A New Direction: Advancing Aboriginal and Treaty Rights*, 2015. par. 4.

Outrossim, recomendou a adoção de um marco de reconciliação baseado na diversidade histórica e cultural dos povos originários.<sup>124</sup>

As iniciativas de reconciliação do atual governo transcendem a discussão sobre direitos territoriais. Abrangem, ademais, o apoio aos trabalhos da Comissão da Verdade e Reconciliação, particularmente às investigações sobre abusos sistemáticos nos colégios internatos (*residing schools*) e impactos remanescentes em mulheres e jovens indígenas assassinadas ou desaparecidas. Mais recentemente, o governo se comprometeu a uma revisão integral das leis federais e políticas estatais com impactos nos direitos dos povos indígenas, o que significa um importante passo rumo à descolonização das práticas estatais.<sup>125</sup> Tal como afirmado pela Comissão da Verdade e Reconciliação do Canadá:

Reconciliação requerer uma ação construtiva para abordar o legado do colonialismo, que tem tido impactos destrutivos para a educação, cultura, linguagem, saúde, bem-estar infantil, administração da justiça, oportunidades econômicas e prosperidade dos povos originários... A reconciliação deve criar uma sociedade mais equitativa e inclusiva, preenchendo o vazio das consequências sociais, econômicas e em matéria de saúde que existem entre cidadãos oriundos de povos originários e os demais cidadãos canadenses.<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> *Idem*, par. 86.

<sup>125</sup> Office of the Prime Minister of Canada, *Prime Minister announces Working Group of Ministers on the Review of Laws and Policies Related to Indigenous Peoples* (News) (Ottawa: Office of the Prime Minister of Canada, 2017). Disponível em: <http://pm.gc.ca/eng/news/2017/02/22/prime-minister-announces-working-group-ministers-review-laws-and-policies-related>

<sup>126</sup> TRC Final Report – Guiding Principles for Reconciliation, p 16. Texto original: *Reconciliation requires constructive action on addressing the ongoing legacies of colonialism that have had destructive impacts on Aboriginal peoples' education, cultures and languages, health, child welfare, administration of justice, and economic opportunities and prosperity... Reconciliation must create a more equitable and inclusive society by closing the gaps in social, health, and economic outcomes that exist between Aboriginal and non-Aboriginal Canadians.*

Em relação à situação do Povo Xucuru, uma abordagem orientada na reconciliação e superação dos modelos estatais integracionistas e excludentes dos direitos indígenas, próprios dos períodos autocráticos, encontra respaldo em pronunciamentos de entidades vinculadas ao próprio Estado brasileiro. A título de exemplo, em 10 de dezembro de 2014, o governo brasileiro publicou o Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), cujo Volume II dedica um capítulo às “Violações de direitos humanos dos povos indígenas”.

Segundo dados da CNV, entre 1946 e 1988, 8.350 indígenas foram mortos “em decorrência da ação direta de agentes governamentais ou da sua omissão”. Destaque-se que o “número real de indígenas mortos no período deve ser exponencialmente maior, uma vez que apenas uma parcela muito restrita dos povos indígenas afetados foi analisada [pela CNV] e há casos em que a quantidade de mortos é alta o bastante para desencorajar estimativas”.<sup>127</sup>

Ainda de acordo com dados do Relatório da CNV, os povos indígenas foram o setor da população brasileira que amargou o maior número de mortes durante a ditadura militar (1964-1985). A agonia desses povos esteve diretamente vinculada às políticas estatais integracionistas, que promovem a colonização de territórios indígenas. Tais políticas encontraram resguardo político e ideológico em expressões como interesse nacional, progresso e desenvolvimento da nação, entre outros, que nunca foram proscritos do discurso político e midiático no país. De fato, tal como explicado na seção de contexto *supra*, sobram elementos para concluir que a política

---

<sup>127</sup> Comissão Nacional da Verdade, Brasil, Volume II, Texto Temático 5. Violações de direitos humanos dos povos indígenas, p. 205. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%20%20-%20Texto%205.pdf>

indigenista vigente encarna precisamente o jargão integracionista que considera os direitos territoriais dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais como um óbice ao “desenvolvimento” do país.

No âmbito jurídico-formal, a Constituição de 1988 buscou substituir o paradigma integracionista por outro fundado em uma relação mais simétrica entre povos indígenas e Estado, em que a preservação dos “modos de ser” dos diferentes povos e comunidades seria o norte da política indigenista no país. Tal processo seguirá inconcluso enquanto os territórios de tais povos permanecerem esbulhados por particulares ou pelo próprio Estado e, o que é ainda mais grave, destruído por grandes empreendimentos que condenam milhares de indígenas a perderem seu “modo de ser”. Nas palavras da CNV:

É notório ainda, e reconhecido no texto constitucional atual, que o “modo de ser” de cada povo indígena depende da garantia de suas terras, de forma a promover as condições para a proteção e o desenvolvimento de seus “usos, costumes e tradições”. Desse modo, enquanto não houver a reparação por todas as terras indígenas esbulhadas durante o período de estudo da CNV, não se pode considerar que se tenha completado a transição de um regime integracionista e persecutório para com os povos originários desta nação, para um regime plenamente democrático e pluriétnico.<sup>128</sup>

Nesse diapasão, seria pertinente que a egrégia Corte Interamericana examine as violações a direitos humanos alegadas pelos representantes do Povo Xucuru, a partir do contexto histórico de

---

<sup>128</sup> *Idem*, p. 252.

esbulho institucional que vigorou formalmente até o dia 5 de outubro de 1988 e que continua vigente, *de facto*, em inúmeras políticas públicas e decisões estatais, hodiernamente. Ante tal realidade, é imperioso que as recomendações contidas no Volume II, Texto Temático 5 da CNV sirva como base para as medidas reparatórias de satisfação e compensação em benefício do Povo Xucuru, e de não-repetição, em benefício dos povos indígenas do Brasil e, em geral, da vigência de um Estado Democrático de Direito no país.

## **VII. CONCLUSÃO E PETITÓRIO À CORTE INTERAMERICANA**

As organizações que assinam a presente peça de *amicus curiae* consideram que a egrégia Corte Interamericana deve declarar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelo atraso injustificado na demarcação do território indígena Xucuru, e pelo incumprimento dos deveres de prevenção e garantia, no que se refere à invasão de suas terras por terceiros e a falta de regularização das mesmas. Ante o exposto, consideramos oportuno que, ao estabelecer medidas de reparação, a honorável Corte Interamericana ordene ao Estado Brasileiro:

- (i) realizar um reconhecimento público de responsabilidade internacional pelas violações sofridas pelo Povo Indígena Xucuru, no que se refere à propriedade coletiva sobre o seu território;
- (ii) abster-se de tomar medidas legislativas que retrocedam com os direitos já alcançados e, nesse sentido, retirar projetos de leis flagrantemente contrários às suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, tais como a PEC 215, em trâmite no Congresso Nacional;
- (iii) derrogar as medidas administrativas que buscam retardar, burocratizar e reverter decisões sobre a demarcação e titulação de territórios indígenas,

quilombolas e de comunidades tradicionais, tais como a Portaria 80/2017, publicada em janeiro do presente ano pelo Ministério da Justiça;

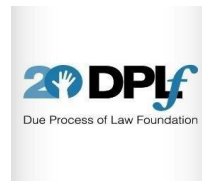
(iv) compatibilizar as decisões administrativas, legislativas e judiciais internas com os parâmetros internacionais sobre os direitos territoriais dos povos indígenas;

(v) realizar o devido controle de convencionalidade dos atos administrativo e legislativos no que toca à demarcação das terras indígenas, em especial para a regularização e desintrusão das terras indígenas, requeridas pela Constituição de 1988 e pela normativa internacional aplicável; adotar as medidas administrativas e legislativas necessárias para implementar as recomendações contidas no Volume II, Texto 5 (“Violações de direitos humanos dos povos indígenas”) do Relatório da Comissão Nacional da Verdade, no que tange à adoção de uma política pública de reconhecimento, demarcação e titulação de territórios indígenas no Brasil;

(vi) tomar iniciativas, com base em padrões internacionais e na jurisprudência constitucional comparada, com o fito de fomentar uma abordagem culturalmente apropriada em favor das vítimas no presente caso e, em geral, como uma pauta de política pública que busque reverter a exclusão histórica que os povos indígenas têm afrontado no Brasil.

\*\*\*\*\*

As organizações abaixo assinadas agradecem a consideração do presente *amicus curiae* para o caso do Povo Indígena Xucuru vs. Brasil, seguindo o estabelecido no artigo 44 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.



# 2

## AMICUS CURIAE - CORTE IDH – IMPEACHMENT

### FICHA

<b>Ano de realização</b>	2018
<b>Caso</b>	<i>Amicus Curiae</i> sobre a solicitação de opinião consultiva relativa à figura do juízo político ou impeachment apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos
<b>Tema</b>	Democracia e Direitos Humanos no contexto de Juízos Políticos
<b>Partes</b>	Parte solicitante: Comissão Interamericana de Direitos Humanos
<b>Autores da peça</b>	Jorge Ernesto Roa Roa, Vera Karam de Chueiri e pesquisadoras do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da Universidade Federal do Paraná

### CONTEXTO

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em 13 de outubro de 2017, solicitação de Opinião Consultiva a respeito de casos em que há mudança por parte do Poder Executivo em circunstâncias que colocam em xeque a legitimidade ou o princípio da separação dos poderes, inclusive, em relação à realização de julgamento político ou impeachment contra um/a Presidente/a democraticamente eleito/a em condições que provocam questionamentos acerca do devido processo, com o fim de aprofundar a relação entre Democracia e Direitos Humanos.

**RESUMO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS**

O *Amicus Curiae* apresentado à Corte IDH foi dividido em quatro partes, sendo que: i) a primeira parte apresenta observações sobre a solicitação de Opinião Consultiva à Corte IDH, relacionadas às regras e estrutura do procedimento e da função consultiva da Corte IDH; ii) a segunda parte se refere ao papel e legitimidade dos tribunais internacionais, assim como a Corte IDH, na proteção da democracia, direitos humanos e direitos políticos; iii) a terceira parte responde ao objeto central da Opinião Consultiva, tratando sobre as garantias judiciais e a legalidade nos julgamentos políticos e processos de impeachment contra Presidentes/as democraticamente eleitos/as; e, por fim, iv) a quarta parte alerta à Corte IDH sobre a importância de especificar e desenvolver o alcance do artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em relação aos procedimentos específicos que acontecem em cada Estado Parte.

A solicitação formulada pela Corte IDH colide com as regras estabelecidas por ela mesma em relação aos limites da competência consultiva, existência de assuntos pendentes de decisão perante a Corte IDH, consultas que potencialmente ocultem elementos de um caso contencioso e consultas que se refiram a fatos ou práticas do Estado. A própria Corte IDH já havia estabelecido limites a sua própria competência em outras 24 opiniões consultivas proferidas até aquela data; frisou-se que a Corte IDH não pode limitar ou alterar sua função jurisdicional no exercício da função consultiva, já que esta última não pode interferir, afetar ou desnaturar a função jurisdicional; e, neste sentido, alegou-se que a Corte IDH deve estabelecer critérios claros para separação entre procedimentos, não se limitando apenas a indicar que



petições individuais previamente submetidas à CIDH não são obstáculos para a opinião consultiva.

Ressaltou-se a possibilidade de afetação ou alteração do procedimento contencioso, especialmente em três petições apresentadas: Manuel Zelaya (Honduras), Fernando Lugo (Paraguai) e Dilma Rousseff (Brasil), sendo que todas se encontravam na etapa inicial do procedimento contencioso.

Aos argumentos da CIDH de que a consulta não se referia a nenhum Estado específico e que o objetivo da consulta seria mais amplo que petições, bem como de que seria legítimo que a CIDH se pronunciasse pela via consultiva sobre tema comum a todas as petições individuais, apresentaram-se contrapontos, demonstrando-se que a análise da consulta permite observar que seu texto referenciava práticas concretas de alguns Estados, bem como descrevia hipóteses que aconteceram, levando ao fato de que o pronunciamento da Corte IDH sobre a matéria impactaria diretamente nos casos contenciosos debatidos, bem como de que todas as OC impactariam, de alguma maneira, em algum procedimento contencioso ante da CIDH, o que contraria a regra da própria Corte.

Ressaltou-se que a Corte já firmou entendimento de que deve ser muito cuidadosa, para evitar que uma resposta a alguma das perguntas formuladas na opinião consultiva resulte em solução de caso contencioso.

Discutiu-se a legitimidade para formular perguntas acerca de compatibilidade de normas internas com a CADH, legitimidade esta que pertence aos Estados somente.

Entendeu-se que deveria ser inadmitida a solicitação da OC e também que seria necessário que o Tribunal se manifestasse sobre a

potencial contradição, dizendo se considerava tal contradição existente ou não, indicando a modificação de alguma regra ou justificando a introdução de uma exceção.

Discutiu-se a necessidade da Corte IDH analisar o grau de intervenção do Tribunal em assuntos que detenham fortes dimensões políticas e não somente em assuntos que podem ser resolvidos exclusivamente com a análise de interpretação do texto da CADH.

A tese central da OC é a de que, em casos nos quais há profundo conteúdo político, deve a Corte IDH manter-se silente, pois é impossível oferecer resposta meramente jurídica a tais questões, devendo o Tribunal adotar uma conduta de deferência, também em razão do conteúdo político da matéria consultada.

Esclareceu-se ser possível, entretanto, que a Corte IDH contribua para salvaguardar o uso distorcido do impeachment nos países que compõe o SIDH, reforçando-se também a necessidade de que, cada vez mais, processos interpretativos das normas constitucionais ocorram com observância das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, inclusive as regras e procedimentos de impeachment.

Discutiu-se acerca da utilização na nomenclatura “juízos políticos” e “julgamentos políticos”, da diferenciação entre voto de censura ou falta de confiança no regime parlamentarista e “julgamento político” e, também, sobre quem teria legitimidade para controlar o julgamento político do presidente realizado pelo poder legislativo e sob quais fundamentos.

Ponderou-se que julgamentos políticos podem ser benéficos ou maléficis à democracia, bem como de que forma o controle judicial de tais julgamentos poderia implicar em risco à separação dos poderes e

sistema de freios e contrapesos, além de formas de evitar golpe de Estado.

Demonstrou-se que o controle de convencionalidade contribuiu para o diálogo eficaz entre Corte IDH e tribunais nacionais dos Estados signatários como importante ferramenta para incorporação de padrões convencionais na legislação nacional. Destacou-se os precedentes nos casos “Tribunal Constitucional Vs. Perú” e “Tribunal Constitucional Vs. Ecuador”

Foram analisados processos de impeachment recentes, de que forma transcorreram e como as garantias procedimentais previstas na CADH puderam assegurar que tais processos transcorressem preservando a legalidade democrática desenhada pelo SIDH, tais como Paraguai, Honduras, Peru e Brasil. Reiterou-se que a OC procurou demonstrar formas pelas quais as garantias processuais previstas no SIDH podem salvaguardar do uso distorcido do impeachment e, ainda, que a Corte IDH interpretasse os artigos 8, 9º, 23º e 25º da CADH com um olhar atento para os regulamentos que decorrem dos diálogos horizontais e verticais.

Por fim, demonstrou-se a necessidade de ampliar a interpretação do artigo 23 da CIDH e corrigir as omissões nas quais incorreu com relação a essa disposição da CADH em relação aos casos contenciosos.

## **ATUALIZAÇÕES**

Até o momento da edição final deste livro, a Corte IDH não havia emitido a Opinião Consultiva solicitada pela CIDH. Foram apresentadas observações escritas por parte dos seguintes Estados da Organização dos Estados Americanos (OEA): Argentina, Brasil, Chile, Equador,

Panamá e Paraguai, para além das observações de associações nacionais, instituições académicas, organizações não governamentais e sociedade civil.

Bogotá D.C. (Colombia) y Curitiba (Brasil), 20 de marzo de 2018

Señoras y señores

**Corte Interamericana de Derechos Humanos**

San José (Costa Rica)

*Ref. Amicus curiae sobre la solicitud de opinión consultiva relativa a la figura del juicio político o impeachment presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

Jorge Ernesto Roa Roa, docente e investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, Vera Karam de Chueiri y demás investigadores del Núcleo de Constitucionalismo y Democracia de la Universidad Federal del Paraná presentamos ante la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o Corte IDH) un escrito de observaciones o *amicus curiae* (en adelante “AC”) en relación con la solicitud de opinión consultiva (en adelante “OC”) relativa a la figura del juicio político o *impeachment* presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “CIDH”).

La estructura de este escrito de AC es la siguiente. En la primera sección se presentará una serie de observaciones sobre la consulta formulada por la CIDH desde las propias reglas y estructura del procedimiento de la función consultiva de la Corte IDH. En la segunda sección se hará referencia al rol y legitimidad de los tribunales internacionales y, en concreto de la Corte IDH, en la protección de la democracia y los derechos políticos. En la tercera sección se contestará

al objeto central de la OC sobre las garantías judiciales y de legalidad en los procesos de *impeachments* y juicios políticos contra presidentes elegidos democráticamente con un énfasis especial en el caso de Brasil. Finalmente, en la cuarta sección se advertirá a la Corte IDH sobre la importancia de precisar los alcances del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”) en relación con diferentes fenómenos que ocurren en los Estados parte de la CADH.

Como se puede inferir, el objetivo de este escrito de observaciones es ofrecer a la Corte IDH una visión completa, tanto del contenido y problemas concretos que surgen de la solicitud de OC formulada por la CIDH, como un pronunciamiento sobre el contexto jurídico y fáctico que rodea este procedimiento de OC. Dada la participación colectiva en la elaboración del escrito de AC, algunas de las secciones están escritas en castellano y otras en portugués<sup>1</sup>.

## **1. LOS PROBLEMAS DE LA SOLICITUD DE OC FORMULADA POR LA CIDH DESDE LA ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO CONSULTIVO ANTE LA CORTE IDH**

El objetivo de esta primera sección del AC es demostrar que, con base en las propias reglas establecidas por la Corte IDH sobre el procedimiento consultivo, la presente solicitud de OC formulada por la CIDH no ha debido ser admitida. De manera subsidiaria, se demostrará que la Corte IDH debe pronunciarse sobre cada uno de los aspectos que se indican a continuación para señalar si: i) ha cambiado la regla que

---

<sup>1</sup> Este escrito de AC es producto de la reflexión, deliberación y trabajo colectivo de todas y todos los autores que lo suscriben. Sin embargo, las partes 1, 2 y 4 pueden ser atribuidas a Jorge Ernesto Roa Roa mientras que la parte 3 a Ananda Hadah Rodrigues Puchta, André Carias de Araújo, Caroline Godoi de Castro Oliveira, Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Guilherme Ozório Santander Francisco, Heloisa Fernandes Câmara, José Arthur Castillo de Macedo, Kamila Maria Strapasson, Leonardo Cabral, Lucas Carli Cavassin, Luiz Henrique Krassuski Fortes, Marina Bonatto, Melina Girardi Fachin, Miguel Gualano de Godoy, Rafael Soares Leite, Rodrigo Kanayama y Vera Karam de Chueiri.

orientaba el procedimiento consultivo, ii) las razones por las cuales una regla sobre el procedimiento consultivo no es aplicable a este caso o iii) los argumentos por los cuales considera que la presente solicitud de OC no viola ninguna de las reglas establecidas por la Corte IDH respecto de su propio procedimiento consultivo.

Es importante señalar que ninguna de las observaciones que se realizan a continuación pretende negar las facultades de la Corte IDH para definir los extremos tanto de su propia competencia contenciosa como de su competencia consultiva<sup>2</sup>. Sin embargo, este AC sostiene que es necesario que el tribunal preserve la coherencia de las reglas que ha establecido al determinar la procedencia de otras consultas o que haga explícitas las razones por las cuales cambia una determinada regla de competencia o le introduce una excepción. Se trata de una carga mínima de coherencia interna que repercute en la seguridad jurídica y en el derecho de acceso a la justicia que deben ser garantizados por el propio tribunal interamericano.

En concreto, la solicitud de OC formulada por la CIDH colisiona con reglas establecidas por la propia Corte IDH en relación con los siguientes cuatro aspectos: i) los límites de la competencia consultiva, ii) la existencia de asuntos pendientes de decisión ante la CIDH, iii) las consultas que potencialmente encubren elementos de un caso contencioso y iv) consultas que se refieren a hechos o prácticas de los Estados. A continuación, se señala el contenido de cada una de esas reglas y las razones por las cuales esta solicitud de OC entra en colisión

---

<sup>2</sup> Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 15.

con esos parámetros formulados por la Corte IDH. Al final, v) se planteará la posibilidad de que la Corte IDH reformule las preguntas incluidas por la CIDH y formule algunas precisiones adicionales.

### **1.1 LA SOLICITUD DE OC FORMULADA POR LA CIDH FRENTE A LOS LÍMITES DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA: LA POTENCIAL ALTERACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO**

En las veinticuatro opiniones consultivas proferidas hasta el momento, la Corte IDH ha establecido unos límites a su propia competencia consultiva. En efecto, luego de considerar que su ámbito de competencia consultiva tiene una amplitud sin antecedentes en el derecho internacional, la Corte reconoció que esa característica no implica ausencia de límites en su ejercicio<sup>3</sup>.

Uno de los cinco límites generales señala que, en el ejercicio de su función consultiva, la Corte IDH no puede debilitar o alterar su función jurisdiccional. Esta limitación parte del reconocimiento de que entre la función consultiva y la contenciosa puede haber oposición en algunos casos<sup>4</sup>, especialmente, si se usa aquella para entorpecer el trámite de un caso contencioso<sup>5</sup>.

Esa regla observa una racionalidad interna positiva porque pretende que una de las competencias o funciones del tribunal interamericano (la función consultiva) no interfiera, desnaturalice o afecte otra de sus competencias o funciones (la función contenciosa). Sin embargo, existen casos de peticiones de opinión consultiva que

---

<sup>3</sup> Jorge Ernesto Roa Roa. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 68.

<sup>4</sup> Corte IDH. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 23.

<sup>5</sup> Jorge Ernesto Roa Roa. *La función consultiva*. op. cit., p. 69.



inevitablemente repercutirán sobre casos que se tramitan, tanto ante la CIDH como ante la Corte IDH, por la vía contenciosa de las peticiones individuales.

Lo anterior significa que la separación absoluta entre el procedimiento contencioso y los resultados de una determinada solicitud de opinión consultiva no es posible dentro de la práctica judicial concreta del tribunal interamericano. Así lo han advertido los Estados en varios procedimientos consultivos, así ocurre -como se demostrará a continuación- en esta solicitud de opinión consultiva formulada por la CIDH y así se desprende de algunas de las reglas fijadas por la propia Corte IDH sobre el procedimiento consultivo.

Por ejemplo, en este procedimiento consultivo, la Corte IDH tiene una oportunidad inédita para señalar la manera como se debe armonizar la regla que establece que la función consultiva no debe interferir en procesos contenciosos, con aquella otra regla -también formulada por la Corte IDH- según la cual “el solo hecho de que existan peticiones ante la Comisión relacionadas con el tema de la consulta no resulta suficiente para que la Corte se abstenga de responder las preguntas sometidas a consulta”<sup>6</sup>.

En el caso concreto de la solicitud de OC formulada por la CIDH en este caso, la Corte IDH debe indicar la manera como el tribunal entiende que una OC, que comparte *ratione materia* una identidad de objeto con una o varias peticiones individuales que se tramitan ante la CIDH, no afectará el trámite o resultado de esa petición individual. En efecto, es plausible que haya maneras de establecer esa separación entre los dos procedimientos. Sin embargo, la Corte IDH tiene la carga de profundizar

---

<sup>6</sup> Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. op. cit., párr. 24.

en esa distinción funcional y de efectos, sin limitarse a indicar, como se citó previamente, que la existencia de peticiones individuales ante la CIDH no es óbice para emitir una OC.

## **1.2 LA SOLICITUD DE OC FORMULADA POR LA CIDH FRENTE A LA EXISTENCIA DE CASOS PENDIENTES DE DECISIÓN ANTE LA CIDH**

Según se afirmó en la sección anterior, uno de los elementos relevantes que se presenta con especial intensidad en esta solicitud de OC formulada por la CIDH es el riesgo de potencial afectación o alteración del procedimiento contencioso de algunas peticiones individuales que se tramitan actualmente ante la CIDH. Desde luego, tanto la Corte IDH como la CIDH tienen la información pertinente. Todavía más, la propia CIDH puso de manifiesto en la consulta que el objeto de la misma puede “entenderse relacionado<sup>7</sup> con tres peticiones individuales que se tramitan ante ese organismo. A saber: Manuel Zelaya (Honduras), Fernando Lugo (Paraguay) y Dilma Rousseff (Brasil).

Además de lo anterior, la propia CIDH informó en su solicitud de OC que ninguno de esos casos ha sido decidido de fondo por ese organismo porque esas peticiones se encuentran en la etapa inicial del procedimiento contencioso (admisibilidad y estudio).

La tesis central de la CIDH para demostrar que una potencial OC, en los términos solicitados por ese organismo, no afectará ninguna de las peticiones individuales mencionadas se basa en dos argumentos. En primer lugar, la CIDH insiste en que la consulta no se refiere a la situación particular de un Estado, sino que se trata de una consulta general. Es decir, la CIDH sugiere que la OC es un análisis abstracto que

---

<sup>7</sup> CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Contextos de Juicios Políticos*. Solicitud de Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 56.

prescinde de toda referencia a hechos, prácticas o normas concretas de los Estados<sup>8</sup>. En segundo lugar, la CIDH afirma que es legítimo que la Corte IDH se pronuncie, por medio de la vía consultiva, sobre un tema común a las peticiones individuales que se tramitan ante ese organismo porque el objeto de la consulta es más amplio que el objeto de las tres peticiones individuales mencionadas previamente.

El primer argumento de la CIDH no es sólido y carece de la racionalidad suficiente para demostrar que la OC de la referencia no afectará ninguna de las peticiones individuales. En efecto, un análisis integral del escrito de consulta presentado por la CIDH permite inferir que el objeto de la misma ha sido construido de una manera que redirige necesariamente a prácticas concretas de algunos Estados (como se analizará más adelante) y versa sobre hipótesis que coinciden perfectamente con la base fáctica de las peticiones individuales pendientes de admisión, trámite y decisión ante la CIDH. Para ilustrar este punto basta con los dos siguientes ejemplos. En la solicitud de OC, la CIDH formuló la siguiente hipótesis:

“(...) si en casos en que se somete a juicio político al presidente por imputación de responsabilidades de tipo político, sea en forma explícita o de manera encubierta o por causales distintas a las previstas en la Constitución, existiría una suerte de “golpe de estado” parlamentario, que resultaría anómalo e inválido en los regímenes políticos de tipo presidencial y presidencial “parlamentarizado”.

---

<sup>8</sup> Este tipo de argumentos ha sido refutado de la siguiente manera: “Aunque es cierto que en la opinión consultiva no se tienen en cuenta los aspectos fácticos concretos de los casos que están pendientes de decisión en la Comisión, no es cierto que la opinión consultiva y la interpretación de la Corte no afecten o interfieran en esos procedimientos. Es plausible pensar que tanto el Estado como el peticionario utilizarán y pretenderán hacer valer el criterio de la Corte ante la Comisión”. Jorge Ernesto Roa Roa. *La función consultiva*. op. cit., p. 75.

A la luz del primer argumento de la CIDH (la consulta no es particular sino general) surge la siguiente pregunta: ¿Cómo puede resolver la Corte IDH a esa consulta y ofrecer una respuesta jurídica e interpretativa a la hipótesis citada previamente sin afectar los casos pendientes de decisión ante la CIDH?

Más adelante, en el mismo escrito de solicitud de OC, la CIDH argumentó sobre la importancia de que la Corte IDH emita una OC sobre los diferentes temas consultados. Entre otras razones, para la CIDH:

“(…) la presente solicitud permitirá a la Corte determinar si en una situación en que en el juicio político se conforma una mayoría parlamentaria (que suele representar dos tercios o de la mitad más uno de los votos) que aprueba la acusación y destitución del presidente de la República, aduciendo formalmente la configuración de alguna de las causales de índole penal pero encubriendo motivos derivados del cuestionamiento a su gestión o desempeño político, se estaría instrumentando dicho instituto para ejercer una suerte de voto de censura o falta de confianza al máximo líder del gobierno, a pesar de haber sido elegido democráticamente por el pueblo y de que el Congreso carece de esta competencia en un régimen político de tipo presidencial o presidencial “parlamentarizado”, ya que en ellos el presidente carece de responsabilidad política ante el parlamento”<sup>9</sup>.

En realidad, se puede afirmar que esta hipótesis coincide con alguna o varias de las bases fácticas de los casos pendientes ante la CIDH. Además, no es cierto que la consulta haya sido formulada por la CIDH con un nivel de abstracción suficiente para evitar un impacto directo de la OC en las peticiones individuales. Por el contrario, una respuesta de la Corte IDH con base en estas hipótesis tan delimitadas y

---

<sup>9</sup> CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Contextos de Juicios Políticos*. op. cit., párr. 26.

concretas puede configurar una especie de prejuicio de alguna o varias de esas peticiones individuales. Si todo esto es cierto, entonces, como se ha advertido en otro lugar:

“la Corte debe ser cuidadosa (...) para evitar resolver por vía consultiva aspectos que son propios del procedimiento contencioso, especialmente, porque este brinda mayores garantías de defensa a los Estados que el procedimiento consultivo”<sup>10</sup>.

El segundo argumento de la CIDH sostiene que el objeto de una consulta mediante una OC es más amplio y general que una petición individual. De ese elemento indiscutible, la CIDH infiere que la OC de la referencia no afectará los procesos de petición individual pendientes de decisión ante la misma CIDH. Sin embargo, este planteamiento de la CIDH tampoco es atendible porque, del hecho de que la solicitud de OC sea más amplia que el objeto de las peticiones individuales, no se infiere que la OC sobre la materia no vaya a afectar el trámite contencioso de esas peticiones individuales. Por el contrario, el argumento de la CIDH sugiere que la solicitud de OC contiene todos los elementos discutidos en las peticiones individuales y otros elementos adicionales. De manera que es evidente que un pronunciamiento de la Corte IDH sobre la materia impactaría directamente el objeto debatido en esos casos contenciosos<sup>11</sup>.

Desde luego, la respuesta a las objeciones formuladas en esta sección podría consistir en afirmar que todas las OC impactan de alguna

---

<sup>10</sup> Jorge Ernesto Roa Roa. *La función consultiva*. op. cit., p. 71.

<sup>11</sup> La conclusión hasta ahora es que la Corte puede emitir opiniones consultivas sobre materias que están pendientes de decisión en la Comisión, siempre y cuando la opinión consultiva no interfiera en la decisión de los casos que se encuentran ante la Comisión. Este criterio es de difícil aceptación, pues es previsible que los criterios que la Corte establezca en su opinión consultiva influyen en el trabajo de la Comisión y serán utilizados por los Estados o peticionarios para defender sus propias causas”. Jorge Ernesto Roa Roa. *La función consultiva*. op. cit., p. 72.

manera algún procedimiento contencioso ante la CIDH. Precisamente, de allí deriva la importancia, pertinencia y fundamento de la función consultiva. Todavía más, se podría afirmar que es preferible trasladar la eficacia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante “SIDH”) de los mecanismos contenciosos a los mecanismos consultivos y promocionales. Este sería un planteamiento atendible, pero debería enfrentar el hecho de que existe una regla consolidada de la Corte IDH que propende porque las OC no interfieran o afecten el procedimiento contencioso. Por esa razón, la Corte IDH tiene una oportunidad para repasar el fundamento, razonabilidad y sostenibilidad de esa regla.

### **1.3 EL POTENCIAL ENCUBRIMIENTO DE UN CASO CONTENCIOSO**

Si la Corte IDH considera que debe cambiar la regla que impide que una OC interfiera en el procedimiento contencioso o establece que, en contra de lo afirmado previamente, eso no ocurre en este caso, todavía debe pronunciarse sobre otra contradicción entre la solicitud de OC formulada por la CIDH y una de las reglas de la Corte IDH sobre su competencia consultiva.

En efecto, para la Corte IDH es claro que los casos contenciosos no se pueden presentar por medio de solicitudes de opinión consultiva y que toda consideración o hecho que genere la consulta escapa a esta competencia de la Corte<sup>12</sup>. En la Opinión Consultiva 15 de 1997, sobre los informes de la Comisión Interamericana, la Corte fijó una regla adicional para las solicitudes que podrían encubrir un caso contencioso. La Corte señaló que el propio tribunal debe ser especialmente cuidadoso

---

<sup>12</sup> Jorge Ernesto Roa Roa. *La función consultiva*. op. cit., p. 76.

para evitar que la respuesta a una de las preguntas formuladas en la solicitud de opinión consultiva resulte en una solución encubierta a un caso contencioso<sup>13</sup>.

En relación con esta regla del procedimiento consultivo, la solicitud de OC presenta las siguientes tres dificultades. En primer lugar, la CIDH solicita expresamente a la Corte IDH que:

“(...) emita un pronunciamiento de carácter general y no asociado a casos concretos, sobre las implicaciones concretas que, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos interamericanos aplicables, tanto desde una dimensión colectiva como individual, puede tener un juicio político contra un/una presidente/a que ha sido elegido democráticamente en condiciones que provocan fuertes cuestionamientos sobre las salvaguardas del debido proceso”<sup>14</sup>. (subrayado fuera de texto)

Sin embargo, la pregunta que surge es: ¿Cómo es posible que la Corte IDH emita un pronunciamiento general, abstracto y desvinculado de casos concretos cuando el objeto de la consulta se refiere a situaciones vigentes, actuales y concretas que ocurren en varios Estados de la región?

En segundo lugar, resulta razonable e inevitable pensar que esta solicitud de OC puede encubrir un caso contencioso porque, en su escrito, la propia CIDH hace referencia a medidas adoptadas por ese organismo (i.e. comunicados de prensa, medias cautelares, informes y visitas) en situaciones concretas que coinciden con el objeto principal de la consulta.

---

<sup>13</sup> Jorge Ernesto Roa Roa. *La función consultiva*. op. cit., p. 76.

<sup>14</sup> CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Contextos de Juicios Políticos*. op. cit., párr. 10. <sup>16</sup> CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Contextos de Juicios Políticos*. op. cit., párrs. 6, 8 y 9.

El tercer problema tiene origen en la misma lógica interna de las reglas formuladas por la Corte IDH respecto de su propio procedimiento consultivo. En efecto, el tribunal interamericano debe indicar la manera de armonizar la regla que establece la prohibición de encubrir casos contenciosos o consultar prácticas de los Estados en la vía consultiva con la regla -también fijada por la Corte IDH- que señala que la función consultiva “no debe, en principio, ejercerse mediante especulaciones abstractas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva”<sup>15</sup>.

En relación con estos tres problemas, no es suficiente con que la Corte IDH señale, como señaló en la convocatoria para presentar observaciones dentro de este procedimiento de OC que: “Esta solicitud no se refiere a ningún caso concreto en particular, ya que como se recuerda la función consultiva se trata de una interpretación en abstracto solicitada por los Estados miembros u órganos de la OEA a la Corte Interamericana acerca de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en el continente”<sup>16</sup>.

Sobre los tres problemas mencionados, se insiste, es necesario un pronunciamiento más elaborado de parte de la Corte IDH. En el criterio de este AC, la manera de superar este cuestionamiento es la inadmisión de la consulta o la modificación de la regla que proscribe las consultas que puedan afectar al procedimiento contencioso o repercutir sobre casos pendientes de decisión por parte de la CIDH.

---

<sup>15</sup> Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. op. cit., párr. 20.

<sup>16</sup> Corte IDH. CP-40/17. 21 de noviembre de 2017.



#### **1.4 LA SOLICITUD DE OC FORMULADA POR LA CIDH SE REFIERE A HECHOS, PRÁCTICAS Y NORMAS DE LOS ESTADOS**

La consulta formulada por la CIDH se refiere constantemente a situaciones consolidadas en varios Estados de la región (i.e. Honduras)<sup>17</sup>. Asimismo, la consulta se refiere a normas de varios Estados (i.e. Argentina o Paraguay) sobre las cuales la CIDH aproxima alguna valoración. Del mismo modo, la CIDH hizo referencia a prácticas concretas de los Estados sobre las cuales la CIDH adoptó medidas de urgencia y valoró negativamente las prácticas de los Estados<sup>18</sup>.

Por ejemplo, en el párrafo 24 de la consulta, la CIDH hizo referencia a las causales que habilitan el *impeachment* en Argentina y Paraguay. A efectos de la consulta formulada por la CIDH, los ordenamientos jurídicos de estos dos países son relevantes porque contienen causales más amplias para la procedencia del *impeachment* porque no exigen la comisión de un delito, sino que solo requieren el “mal desempeño” del presidente. Del texto de la consulta se infiere, por una parte, que la CIDH tiene un criterio negativo frente a esos dos ordenamientos. Por otra parte, la consulta induce un pronunciamiento de la Corte IDH sobre esas dos normas internas de los Estados.

El primer problema es el reflejo de una tensión que ocurre constantemente en el procedimiento consultivo cuando el Estado u órgano consultante incluye, a modo de consideraciones ilustrativas de la consulta, medidas o prácticas internas de uno o varios Estados. En estos supuestos se presenta un problema de competencia porque, como

---

<sup>17</sup> CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Contextos de Juicios Políticos*. op. cit., párr. 5.

<sup>18</sup> CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Contextos de Juicios Políticos*. op. cit., párrs. 8, 9 y 10.

ya se señaló, la función consultiva no tiene por objeto el estudio de hechos o prácticas sino de disposiciones jurídicas.

El segundo problema es que esas referencias concretas y directas al derecho interno de los Estados, sumadas al contenido de las preguntas formuladas por la CIDH, permiten inferir que es imposible contestar a la consulta sin que eso signifique un análisis de compatibilidad de esas normas internas con la CADH. Esto genera un problema de competencia porque la legitimidad para solicitar que la Corte estudie medidas internas solo corresponde a los Estados y de ninguna manera los órganos del Sistema Interamericano.

Sobre ese aspecto de la consulta, la Corte IDH debe reiterar la consulta formulada por la CIDH se realiza en virtud del artículo 64.1 de la CADH. Esto significa que la Corte IDH no puede pronunciarse en esta OC sobre el derecho interno de los Estados. Lo anterior, no solo en virtud de que la CIDH no solicitó una OC por la vía del artículo 64.2 de la CADH sino porque esa posibilidad aparece reservada a los Estados.

### **1.5 LA CORTE IDH DEBE PRONUNCIARSE SOBRE LA POTENCIAL CONTRADICCIÓN ENTRE LA SOLICITUD DE OC Y LAS REGLAS DEL PROCEDIMIENTO CONSULTIVO, PROCEDER A REFORMULAR LAS PREGUNTAS DE LA CONSULTA Y PRECISAR LOS EFECTOS DE SUS OC**

Como se indicó al inicio de esta sección, la contradicción entre la consulta formulada por la CIDH y una o varias de las reglas mencionadas, ha debido conducir a la inadmisión de la solicitud de OC. Desde luego, esta conclusión es estrictamente jurídica y se basa en las propias reglas establecidas por la Corte IDH sobre su propio procedimiento consultivo. Eso significa que los argumentos de esta sección no cuestionan la pertinencia, importancia y trascendencia de

los problemas jurídicos que contiene la consulta formulada por la CIDH, sino la idoneidad de la petición desde el punto de vista de los parámetros jurisprudenciales que orientan el procedimiento consultivo.

Por esa razón, este escrito de AC propone que el tribunal se pronuncie expresamente sobre la potencial contradicción entre la solicitud de OC formulada por la CIDH y las reglas mencionadas, de manera que se hagan explícitas las razones por las cuales el tribunal: i) considera que esa contradicción es aparente o inexistente, ii) indique la modificación de alguna de esas reglas o iii) justifique la introducción de una excepción a esas reglas para la consulta concreta.

Adicionalmente, el tribunal debe indicar cuáles son los aspectos jurídicos, fácticos y temporales que han mutado entre el momento en que profirió la resolución de 23 de junio de 2016, en la que inadmitió la solicitud de OC formulada el día 19 de mayo de 2016 por el secretario general de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “OEA”). En la resolución mencionada, la Corte IDH sostuvo:

“6. La Corte comprende la profunda preocupación del Secretario General, pero no puede menos que recordar su jurisprudencia en materia consultiva en lo atinente a la consulta de autos, a saber, que la petición de opinión consultiva: a) no debe encubrir un caso contencioso o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso; b) no debe utilizarse como un mecanismo para obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno; c) no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno; d) no debe abarcar, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia y e) no debe procurar la resolución de cuestiones de hecho, sino que busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y, sobre todo,

coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales.

7. En vista de lo expuesto precedentemente, la Corte estima que, de emitir la opinión consultiva en autos, podría constituir un pronunciamiento prematuro sobre el tema o asunto en cuestión, el que le podría ser sometido posteriormente en el marco de un caso contencioso. Adicionalmente, considera que una respuesta a la consulta planteada podría implicar pronunciarse sobre un asunto que aún no ha sido resuelto a nivel interno. Así, la Corte también tiene presente que la solicitud de consulta bajo examen presenta una de aquellas situaciones en las cuales se desvirtuaría el propósito y contenido de la función consultiva con que ha sido investido este Tribunal por el artículo 64.1 de la Convención Americana<sup>19</sup>. (subrayado fuera de texto)

Desde luego que la solicitud de OC presentada por el secretario general de la OEA en 2016 y la solicitud de OC presentada por la CIDH 2017 difieren en varios aspectos técnicos. Sin embargo, hay elementos de la resolución de inadmisión –como los citados previamente– que son comunes a ambos procedimientos y sobre los cuales es importante que el tribunal se manifieste.

Asimismo, se sugiere que el tribunal haga uso de su facultad para cambiar o modificar las preguntas formuladas por la CIDH u órgano consultante<sup>20</sup>, de manera que supere alguna o todas las colisiones mencionadas entre la consulta formulada por la CIDH y las reglas de la Corte IDH sobre el procedimiento consultivo.

En todo caso, es importante que la Corte ejerza esa facultad de cambiar las preguntas con cierto respeto razonable por el objeto central

<sup>19</sup> Corte IDH. Resolución de 23 de junio de 2016 sobre la solicitud de opinión consultiva presentada por el secretario general de la Organización de los Estados Americanos. párrs. 6 y 7.

<sup>20</sup> Jorge Ernesto Roa Roa. *La función consultiva*. op. cit., pp. 79-81.

de la consulta. En efecto, si bien es cierto que la Corte IDH “no está necesariamente constreñida a los literales términos de las consultas que se le formulan”<sup>21</sup>, también lo es que la Corte IDH exige preguntas claras, concisas y precisas. Una carga mínima correlativa al deber de los consultantes de presentar consultas precisas y concretas es que la Corte IDH observe la consulta como un marco que su competencia consultiva debe respetar. De manera que una cosa es que la Corte IDH pueda estructurar libremente la forma de dar una respuesta a las consultas<sup>22</sup> y, otra muy diferente, que no existan límites materiales o de contenido a la posibilidad de reformular las consultas con el fin de mantener un esquema de congruencia mínima entre lo consultado y aquello que la Corte IDH contesta.

Por último, si la Corte emite una OC en esta consulta, el tribunal no se puede limitar a reiterar, como lo ha hecho desde la OC 21 y hasta la OC 24, que las OC son parámetro de convencionalidad y vinculan a todos los órganos de los Estados con independencia de que formen parte del poder ejecutivo, legislativo o judicial<sup>23</sup>. Es importante que el tribunal indique exactamente lo que deben hacer esas autoridades de control de convencionalidad frente a este tipo de casos. Solo de esa manera el tribunal puede contribuir a evitar la inseguridad jurídica o la ineficacia de la interpretación realizada por la Corte IDH en sus OC.

---

<sup>21</sup> Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. op. cit. párr. 25.

<sup>22</sup> Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. op. cit. párr.

<sup>23</sup> Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. op. cit. párr. 26.

## 2. LA CORTE INTERAMERICANA FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS POLÍTICOS: LEGITIMIDAD Y ENFOQUE DE DEFERENCIA<sup>24</sup>

El objetivo de esta sección es realizar algunas precisiones sobre el contenido jurídico y político de la consulta formulada por la CIDH y sobre la necesidad de que la Corte IDH analice el grado de intervención del tribunal interamericano en cuestiones que no pueden ser resueltas exclusivamente desde consideraciones sobre la interpretación del texto de la CADH, sino que tienen fuertes dimensiones democráticas y políticas.

En efecto, en criterio de este AC, la Corte IDH debe tener en cuenta que el contenido de la consulta, aunque verse sobre un aspecto que luce como eminentemente jurídico (las garantías judiciales y el respeto a los derechos políticos en procesos de *impeachments*), involucra una potencial *political question* de orden complejo: i) el grado de control de los parlamentos al presidente, ii) el grado de control del poder judicial sobre la acción de los parlamentos cuando estos controlan al presidente, iii) la mayor o menor dificultad para remover del cargo a un/a presidente/a electo/a, iv) el grado de (hiper)presidencialismo dentro de una democracia constitucional, v) la relación de i, ii y iii con el respeto por la voluntad democrática expresada en las urnas al momento de elegir a un/a presidente/a y vi) la relación entre i, ii y iii y el respeto a los derechos políticos de un/a presidente/a electo/a.

Sobre los seis aspectos indicados previamente, la CIDH pretende una respuesta consultiva de la Corte IDH que tenga efectos generales y

---

<sup>24</sup> Sobre la idea de estos dos enfoques: Roberto Gargarella. "Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia". *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, 2016, pp. 1–17.

unificados para todos los Estados del SIDH. Los estándares establecidos en esa OC, además, formarán parte del parámetro de convencionalidad que deberá ser tenido en cuenta por todas las autoridades nacionales.

La tesis central de este AC es que el contenido profundamente político de la consulta no implica que la Corte IDH deba guardar silencio sobre la materia. Sin embargo, el tribunal debe partir del reconocimiento de que, por una parte, i) es imposible ofrecer una opinión exclusivamente jurídica a cuestiones que son inescindiblemente jurídicas y políticas. Por otra parte, ii) el tribunal debe adoptar un enfoque de deferencia en virtud del alto contenido político de la materia consultada.

En primer lugar, es importante señalar que la combinación de las dos medidas de precaución mencionadas previamente permitirá que el tribunal interamericano mantenga el equilibrio político, democrático y jurídico interno del SIDH. Este equilibrio solo se logra cuando la Corte IDH amplía su agenda a problemas diferentes o nuevos relacionados con la protección de los derechos humanos (DESCA, medio ambiente, políticas públicas, *impeachments*, etc.) y, al mismo tiempo, asume enfoques de deferencia con los Estados. Esto ocurre en virtud de que, en esos ámbitos, la intervención judicial se centra en la identificación de las violaciones y déficits de protección y en el establecimiento de un conjunto de parámetros generales para remediarlas. Sin embargo, a los Estados les corresponde la obligación de concretar esos parámetros y adoptar medidas específicas para superar, no la violación a los derechos de una persona o grupo, sino la situación estructural que ha dado origen a esa vulneración de derechos. Se trata, en definitiva, de una especie de modelo bilateral de superación de situaciones estructurales o políticas que causan la vulneración de los derechos humanos.

En segundo lugar, este AC advierte que la deferencia no implica un cierto minimalismo judicial o que la Corte IDH asuma la jurisprudencia desarrollada en los Estados Unidos sobre las *political questions*. Sin embargo, es imprescindible que la Corte IDH identifique todas las aristas políticas y de derecho internacional que involucran los casos o consultas que llegan a ese tribunal y que amplían la agenda de protección de los derechos humanos en América. Solo de esa manera, el tribunal puede ofrecer una respuesta diferenciada en cuanto al nivel de intervención de la Corte y al grado de optimización del principio de subsidiariedad dentro del SIDH.

En tercer lugar, este AC enfatiza que el enfoque de deferencia no es margen de apreciación nacional. Esta sutil diferencia es importante desde el punto de vista técnico. La deferencia no tiene relación con una supuesta mejor posición de las autoridades internas sino con la materia o contenido del caso o consulta que se encuentra bajo conocimiento de la Corte IDH. Cuando ese contenido involucra materias sobre las cuales el tribunal interamericano tiene una competencia limitada o cuando se refiere a un desacuerdo social o político profundo dentro de un Estado, que debe ser resuelto por medio de los mecanismos de participación democrática establecidos dentro de cada Estado, la Corte IDH debe asumir una posición de deferencia.

El objetivo de la intervención judicial en estos casos debe ser promover la deliberación dentro de los Estados. Si la Corte IDH pone punto final a un profundo desacuerdo político dentro de un Estado, no solo mina los derechos de participación política de los ciudadanos de ese Estado, sino que afecta la propia legitimidad democrática del tribunal interamericano.



En cuarto lugar y, en relación con el objeto concreto de esta consulta, la deferencia implica reconocer la existencia de diferentes tradiciones constitucionales dentro de la región. Desde luego, aunque existe un trazado común latinoamericano marcado por el excesivo poder del presidente, cada una de esas tradiciones constitucionales ha lidiado de manera diferente con la forma de configurar el procedimiento de juicio político o *impeachment*. La amplitud de las causales y procedimientos difiere en los ordenamientos de cada uno de los países, tal y como ha sido reconocido por la CIDH en la solicitud de OC. De manera que, mal podría la Corte IDH, señalar que, a pesar de esas diferencias de configuración constitucional, la intervención judicial interna en esos procedimientos debe ser igual en todos los países de la región.

En quinto lugar, quienes suscriben este AC consideran que es mejor trasladar la eficacia del SIDH de la función contenciosa a la función consultiva de la Corte IDH. Sin embargo, a ese anhelo compartido, se opone la existencia de algunos casos en los cuales el tribunal interamericano debe pronunciarse por la vía contenciosa -si el caso le es remitido por la CIDH- de preferencia a la vía consultiva. Lo anterior, en virtud de que la vía contenciosa permite analizar particularidades de los casos, de la configuración normativa de cada Estado y del contexto que rodeó la aplicación del juicio político o *impeachment*. El tribunal interamericano debe valorar si, sobre el objeto de esta consulta, es mejor emitir una OC o establecer estándares con base en el análisis concreto de asuntos contenciosos que se refieren al mismo tema y que ya se encuentran en la agenda contenciosa del SIDH.

En sexto lugar, en una OC, la Corte IDH debe ser cuidadosa para evitar prejuzgar con razonamientos generales casos particulares y muy

diferentes, como los que han ocurrido en la región durante las dos últimas décadas en relación con el potencial uso desproporcionado de los juicios políticos y de los *impeachments*. Ya no se trata de evitar afectar el procedimiento contencioso sino de prevenir una resolución excesivamente vaga e indeterminada de unos supuestos que tienen diferencias esenciales que solo pueden ser analizadas cuando estos son presentados directamente y con todo su contexto mediante la vía contenciosa.

En efecto, al analizar los diferentes procesos de remoción de un presidente electo en la región, la Corte IDH podrá verificar que, en muchos casos, no se cuestiona la idoneidad de la regulación constitucional o legal interna de los juicios políticos o de *impeachment*. Esta puede ser perfecta desde el punto de vista constitucional. Lo que se discute en varios de esos casos es si los juicios políticos o *impeachments* se realizaron con sujeción a esas reglas legales o constitucionales o si se trató de un caso de incumplimiento, uso desproporcionado o desvío de poder. Esta es una razón adicional que justifica que la Corte IDH sea prudente al resolver las cuestiones planteadas por la CIDH de manera general en una OC cuando detrás de esas cuestiones existen, como quedó señalado previamente, casos disímiles de juicios políticos en la región que solo pueden ser apreciados completamente en la vía contenciosa.

Finalmente, la particularidad de los casos puede ayudar al tribunal a distinguir y establecer criterios mejor elaborados. En virtud de que existen peticiones individuales ante la CIDH sobre el mismo tema, habrá oportunidad para que la Corte IDH se manifieste sobre esa materia y fije estándares en materia de garantías judiciales y derechos políticos. Asimismo, no existe urgencia en emitir la OC porque no hay en la región

un riesgo serio e inminente de utilización abusiva de ese tipo de procedimientos internos de juicio político. Sobre la situación de los países en que eso ocurrió y generó preocupación, como señaló la CIDH, se encuentran en curso procedimientos contenciosos ante la CIDH que, de una u otra manera, llegarán a la Corte IDH.

### **3. LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL Y DE LA LEGALIDAD EN LOS JUICIOS POLÍTICOS**

Como se ha manifestado en las secciones anteriores de este AC, no cabe duda la relevancia y actualidad frente a la preocupación de la CIDH acerca de los procesos de *impeachment* contra Jefes del Poder Ejecutivo en los países que componen el SIDH. El punto central de la OC es respecto a las garantías procedimentales previstas en la CADH para que tales procesos transcurran de modo que preserven el ambiente de legalidad democrática diseñado por el SIDH.

En ese sentido, en la presente sección se busca demostrar que, mismo sin adentrar en las especificidades que comprenden las peticiones individuales pendientes de análisis – los procesos de *impeachment* involucrando Honduras, Paraguay y Brasil –, aun así, es posible que esta Corte confiera mayor concreción a los artículos 8º, 9º, 23 y 25 de la CADH en la presente OC, colaborando para salvaguardia contra el uso distorsionado del *impeachment*.

#### **3.1 SOBRE LA NECESIDAD DEL DIÁLOGO Y DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO**

Las reflexiones sobre el presente tema tienen mucho a ganar con los aportes del Derecho Constitucional Comparado y de la perene

invitación al diálogo que él representa. En ese sentido, regístrese que cada vez más se identifica la necesidad de que en los procesos interpretativos de las normas constitucionales – instancia por excelencia, por ejemplo, de las reglas y procedimientos sobre *impeachment* – se proceda al diálogo atento y franco con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>25</sup>.

El fenómeno que la OC pretende investigar y evitar mediante el SIDH – el uso desvirtuado de instituciones democráticas que puede, por su vez, poner en evidencia el funcionamiento de las democracias constitucionales – ha sido objeto de intensas reflexiones<sup>26</sup>. En ese sentido, apuntase para el peligro representado por la mayor polarización en la política ordinaria<sup>27</sup> y para la falta de autocontención en el ejercicio de los instrumentos a la disposición para el ejercicio del poder<sup>28</sup>.

Hechas esas consideraciones iniciales, se tiene que los diálogos pueden ser practicados en diferentes niveles, y se consustancian en la práctica de cortes domésticas e internacionales utilizaren fundamentos y precedentes de otras jurisdicciones para la construcción de una mejor

---

<sup>25</sup> En ese sentido, Yuval Shany, *How supreme is the supreme law of the land? Comparative analysis of the influence of international human rights treaties upon the interpretation of constitutional texts by domestic courts*, Brooklyn Journal of International Law, V. 31, No. 2, 2006, p. 354, e André de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 3ª Ed, Saraiva, São Paulo, 2016, p. 430 e ss.

<sup>26</sup> Ejemplificando, las discusiones propuestas por Mark Tushnet sobre las *bolas divididas* constitucionales (“*Constitutional Hardball*”) o sobre corrosión constitucional (“*Constitutional Rot*”) propuestas por Jack M. Balkin: Tushnet, Mark, *Constitutional Hardball*. John Marshall Law Review, Forthcoming. Disponible online en: <<https://ssrn.com/abstract=451960>>; Balkin, Jack M., *Constitutional Rot* (June 14, 2017). Can It Happen Here?: Authoritarianism in America, Cass R. Sunstein, ed. (2018, Forthcoming); Yale Law School, Public Law Research Paper No. 604. Disponible online en: <<https://ssrn.com/abstract=2992961>>

<sup>27</sup> En ese sentido, Cass R. Sunstein, *Going to extremes: how like minds unite and divide*, Oxford University Press, New York, 2009.

<sup>28</sup> La mayor polarización política – sumada a la percepción de que los opositores políticos son enemigos y no conciudadanos con puntos legítimos con los cuales se discuerda -, y la utilización de los instrumentos constitucionales para atrincherar en el poder de forma a evitar, a todo costo, que la agenda del “enemigo” tenga espacio en el ejercicio del poder son puntos que Levitsky y Ziblatt apuntan como preocupantes y contrarios al mantenimiento de la democracia. Ver Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, *How democracies die*, Crown Publishing, New York, 2018.

interpretación acerca de determinada norma legal contenida en una Constitución o tratado. A partir de la interacción entre diferentes jurisdicciones, el diálogo busca promover la optimización de los parámetros nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos<sup>29</sup>.

La solicitud de la OC pretende “trascender las especificidades de casos concretos y permitir un abordaje general” sobre el tema de los juicios políticos, lo que puede ser proporcionado por medio de los diálogos, sean horizontales o verticales. En el presente caso, recurrir a los diálogos posibilita proveer medios para que se logre la coherencia en la aplicación e interpretación de las normas legales atinentes a los derechos humanos y sus garantías de debido proceso legal y derecho a la justicia.

A partir de los diálogos interinstitucionales es posible delinear criterios de congruencia normativa. No obstante, estas aproximaciones no pretenden producir una uniformización absoluta, puesto que una de sus características inherentes es la flexibilidad. La apertura para jurisdicciones de diferentes Cortes posibilita el contacto con una diversidad de criterios y decisiones de jueces que enfrentaron cuestiones similares en diferentes contextos<sup>30</sup>.

El primer sentido de aproximación en esta materia debe tomar en cuenta el sentido histórico de su localización, así como su relación con las decisiones políticas fundamentales.

La posibilidad de juzgamiento político de altas autoridades públicas está presente de manera consolidada en distintos Estados que

---

<sup>29</sup> Eduardo Ferrer MacGregor, *What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a judge of the Inter- American Court of Human Rights*, Harvard Human Rights Journal, V. 30, set./dic. 2017, p. 90-91.

<sup>30</sup> Eduardo Ferrer MacGregor, *What do we mean when we talk about judicial dialogue?*, op. cit., , p. 97.

adoptan el sistema presidencialista, probablemente siendo ese el principal tipo de régimen contemporáneo asociado a la idea de *impeachment*. No obstante, ella no es una modalidad exclusiva del presidencialismo y, curiosamente, su origen puede ser trazado primariamente a un régimen específico que nunca asistió a la elección y a toma de posesión de un presidente: la monarquía constitucional británica<sup>31</sup>.

Todavía, en el ámbito del constitucionalismo moderno, es a partir de la Constitución estadounidense que el juzgamiento político gana contornos jurídico-institucionales, particularmente en el ámbito de un sistema presidencialista. Por lo tanto, el análisis de la relación entre juzgamientos políticos, democracia y el régimen presidencialista demanda una mirada hacia fuera; sea en la comparación de las realidades constitucionales (diálogos horizontales), sea en la verificación de los precedentes de los países que componen el sistema interamericano (diálogos verticales). Es lo que se pasa a hacer, después de breve advertencia cuanto a la utilización de las expresiones *juicios políticos* e *impeachment*.

---

<sup>31</sup> Sunstein relata que en 1679, aproximadamente cien años antes de la independencia de los EUA, la *House of Commons*, órgano del parlamento británico, proclamó el *impeachment* como “*the chief institution for the preservation of the government*” y que Edmund Burke tendría descrito el *impeachment* como “*the great guardian of the purity of the Constitution.*” En el caso, evidentemente, el *impeachment* no era concebido como instrumento dirigido en contra al rey, pero sí en contra a sus ministros. Cass R. Sunstein, *Impeachment: a citizen’s guide*, Harvard University Press, Cambridge, 2017, p. 35. El autor aún argumenta, que el instituto del *impeachment* ya era utilizado por las colonias norteamericanas para luchar en contra prerrogativas reales, siendo el instrumento mediante el cual las legislaturas coloniales atacaban lo que veían como gobernanza ilegítima. Con la independencia, él volvería el mecanismo republicano para controlar los agentes públicos que abusaban de su poder. Cass R. Sunstein, *Impeachment*, op. cit., p. 2.

### **3.2 UNA ADVERTENCIA PREVIA: ¿NOMENCLATURA: JUICIOS POLÍTICOS O IMPEACHMENT?**

Se hace necesaria una advertencia previa cuanto a la nomenclatura. Es importante resaltar que la OC no utiliza el término *impeachment* de manera ostensiva. La consulta aplica, efectivamente, el término *impeachment* al identificarlo como fuente de inspiración de “juzgamiento político”. En otro momento, realiza una identificación entre el término *impeachment* y juzgamiento político<sup>32</sup>. En realidad, aunque la expresión inglesa haya sido ampliamente incorporada por la academia, opinión pública y medios de comunicación brasileños, la Constitución brasileña no toma el término inglés una sola vez en su texto. Es cierto que su primera inserción en la Constitución de los EUA se hace por medio del término “*impeachment*”, retomando cierta tradición política en el mundo anglosajón. La opción por la no utilización del término en inglés en los textos constitucionales de los países que componen el SIDH es replicada en prácticamente todas las Constituciones latinoamericanas, aunque – como analizáremos a seguir – la invitación al paralelismo entre el *impeachment* del constitucionalismo estadounidense con el juzgamiento político de otros Estados del continente americano sea bien natural, como observa la OC.

Por otro lado, la OC enfatiza el término “juzgamiento político”. Una cuestión conceptual relevante a ser destacada es que no siempre las Constituciones regionales adoptan de manera explícita y clara el uso de ese término.

---

<sup>32</sup> Ver CIDH. Democracia y derechos humanos en el contexto de juzgamientos políticos. Solicitud de parecer consultivo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, parrs. 17 y 18.

En síntesis, es posible verificar tres posibilidades en que podrá ser hecho un “juicio político”, por el Poder Legislativo de los regímenes presidencialistas de la región, que podrán, de algún modo, afectar la estabilidad y término natural del mandato presidencial:

- (i) la responsabilización político-administrativa del presidente de la República – la que denominaremos, para fines de este AC, como juzgamiento político propiamente dicho o *impeachment*;
- (ii) la autorización y procesamiento penal del presidente de la República por el cometimiento de crímenes, común o no;
- (iii) la declaración de incapacidad física y mental para la continuidad del ejercicio de la Presidencia de la República.<sup>33</sup>

La tres hipótesis no están necesariamente previstas en todas las Constituciones del continente americano, existiendo un espectro significativo de variaciones. El objeto de la presente OC, investigado en este AC, dice respecto a la hipótesis (i).

### **3.3 APROXIMACIÓN: ¿PRESIDENCIALISMO?**

La OC intenta realizar una distinción entre “voto de censura o falta de confianza”, típico del régimen parlamentarista, y “juzgamiento político”, en que el “voto de censura” sería “expresión de una desaprobación o falta de confianza en la gestión o en el desempeño político de altos funcionarios; donde, la referencia a la responsabilidad política”<sup>34</sup>. No obstante, frente a algunas de las provisiones

<sup>33</sup> En la Constitución estadounidense, esa hipótesis fue incluida por la 25ª Enmienda a la Constitución.

<sup>34</sup> Ver CIDH. Democracia y derechos humanos en el contexto de juzgamientos políticos, op. cit., par. 19.



constitucionales mencionadas por la propia OC, esa división es tenue y, en algunos casos, se sobrepone a la noción de juzgamiento político. La OC parece reconocer eso, al mencionar los casos del Paraguay y de Argentina<sup>35</sup>.

Si algunas Constituciones, aunque adopten el régimen presidencialista, optaron por utilizar conceptos como “mal desempeño” para fines de evaluación y eventual destitución del presidente de la República, eso hace parte de lo que se considera una válvula de escape, constitucionalmente válida, en regímenes presidencialistas para remover a un presidente antes del término natural de su mandato cuando existen razones jurídico-políticas para tanto. Se trata de un elemento que regula la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo, y un mecanismo que tales Constituciones eligieron para posibilitar la solución constitucional para escapar de graves crisis institucionales.

Eso no quiere decir que sea una salida constitucional adecuada para todas las comunidades políticas de la región. El hecho de algunas de ellas entendieren ser tales válvulas adecuadas para su contexto y circunstancia política no deja de expresar la selección de un camino constitucionalmente legítimo para reglar el sistema presidencialista adoptado.

Un punto a destacarse y que está presente en las concepciones políticas subyacentes es que el mecanismo del *impeachment* y del juzgamiento político es una arma política, usada para desafiar los errores oficiales. Frente a un Poder Ejecutivo fuerte, ese instrumento actúa, según SUNSTEIN, como “nuestro sistema de seguridad, nuestro escudo, nuestra espada – nuestra arma máxima para autodefensa”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Ver CIDH. Democracia y derechos humanos en el contexto de juzgamientos políticos, op. cit., par. 24.

<sup>36</sup> Mario D. Serrafiero, *El “Impeachment” en América Latina: Argentina, Brasil y Venezuela*, Revista de

SERRAFERO afirma aun, que ejercitar y hacer efectiva la responsabilidad política de los gobernantes figura como elemento connatural y esencial del “buen gobierno”<sup>37</sup>.

En estudio comparativo en regímenes presidenciales de Latinoamérica abarcando el período 1950-2000, es interesante destacar que PÉREZ-LIÑAN concluyó que la pérdida de la habilidad del presidente en desafiar el legislativo en crisis constitucionales tiende a significar más la madurez de la democracia, cuando se desarrolla una relación eventualmente más balanceada. Eso se destaca principalmente cuando rompe con la tradición arraigada de dominancia del Ejecutivo, que históricamente caracterizó la región<sup>38</sup>.

Ciertamente, eso no significa decir que la previsión y utilización del mecanismo de *impeachment* pueda admitir abusos por parte del Poder Legislativo, principalmente en los casos en que el Poder Legislativo es controlado por partidos(s) o coalición que se opone(n) al presidente de la República.

Es importante destacar que, en regímenes constitucionales legítimos, los titulares del mandato en el Poder Legislativo también fueron democráticamente electos y, en ese sentido, es en lo mínimo complejo concluir que, cuando se utilizan de instrumentos disponibles en la propia Constitución, estarían automáticamente actuando de manera autoritaria o no democrática, y no en preservación de la

---

Estudios Políticos (Nueva Epoca), V. 92, abr./jun., 1996, p. 137-162. Disponible online en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27389&orden=0&info=link>.

<sup>37</sup> Mario D. Serrafiero, *El “Impeachment” en América Latina: Argentina, Brasil y Venezuela*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca), V. 92, abr./jun., 1996, p. 137-162. Disponible online en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27389&orden=0&info=link>.

<sup>38</sup> Anival Pérez-Liñan, *Democratization and constitutional crises in presidential regimes: Towards congressional supremacy?*, Comparative Political Studies, V. 38, fev. 2005, p. 51-74.

continuidad institucional o democrática en un momento de grave crisis constitucional<sup>39</sup>.

En el nudo de la relación Ejecutivo y Legislativo reside la cuestión sobre: ¿quién tendría legitimidad para controlar el juzgamiento político del presidente de la República realizado por el Poder Legislativo, y bajo cuales fundamentos?<sup>40</sup>

### 3.4 ORIGEN COMÚN, SENTIDO PLURAL

El juzgamiento político como responsabilización político-administrativa se acerca del *impeachment* anglosajón y distintas Constituciones adoptadas en las Américas parecen haber se inspirado, en la disciplina normativa inserta en la Constitución estadounidense, sino materialmente, al menos cuanto a los aspectos procedimentales básicos. Eso ocurre principalmente en los países en que el Poder Legislativo es ejercido de modo bicameral por una Cámara de Diputados y un Senado (o Cámara del Senado).

En el escenario latinoamericano, se busca la construcción de un *Ius Constitutionale Commune*, anhelando, tanto del derecho positivo como del discurso jurídico a su respecto, un abordaje asentado en las experiencias concretas de los países, cuyas violaciones de derechos

---

<sup>39</sup> En ese sentido, SERRAFERO, destaca, aunque el *impeachment* puede ser enfocado bajo dos ópticas: (i) mecanismo de control político-institucional; o (ii) mecanismo al servicio de la continuidad institucional, cuando la permanencia del agente político implica un serio riesgo para el funcionamiento del sistema. Mario D. Serrafiero, *El "Impeachment" en America Latina*, op. cit., p. 139.

<sup>40</sup> Esa también es una inquietación presente en los Estados Unidos. En el Capítulo 9º de su libro sobre *Impeachment* – "Lo que todos los americanos deberían saber" (*What Every American Should Know*), Sunstein adopta un modelo de preguntas y respuestas, en que, en dado momento, levanta la siguiente cuestión: "¿No sería el *impeachment* solo una cuestión política y, en caso afirmativo, por que deberíamos concentrarnos tanto en la regla jurídica?" (*Isn't impeachment just a matter of politics, and if so, why should we focus so much on the legal standard?*). El propio autor responde, afirmando que: "La comprensión de los motivos legítimos para el *impeachment* impone un efecto regulador sobre el proceso político" (*An understanding of the legitimate grounds for impeachment imposes a disciplining effect on the political process.*). Ver: Cass R. Sunstein, *Impeachment*, op. cit., p. 159-160.

humanos advienen de déficits sistémicos. A este respecto, ARMIN VON BOGDANDY sostiene que la vocación del *Ius Commune* latinoamericano es eminentemente práctica y tiene el objetivo de concretizar las garantías presentes en las Constituciones de la región<sup>41</sup>.

El Derecho Constitucional tiene aquí un potencial emancipador, mismo frente a las significativas discrepancias entre el texto y la realidad. Al revés de aparecer como óbice a la discusión, constituía razón para que los desafíos sean enfrentados<sup>42</sup>. El diálogo interregional emprendido por el análisis de precedentes de Cortes y Tribunales que también tome en consideración sus experiencias negativas puede contribuir para la construcción de un sistema cada vez más direccionado al fortalecimiento de los derechos humanos.

Los juicios políticos pueden servir a la democracia o ser prejudiciales a ella, y la consulta formulada busca establecer criterios para evaluar situaciones en que son ejercidos de forma válida y cuando son utilizados indebidamente. Este análisis comparado y dialogal es indispensable, incluso porque unos de los cuestionamientos formulados por la OC versan sobre como el control judicial podría no implicar un riesgo a la separación de Poderes y al sistema de frenos y contrapesos, y sobre cuales salvaguardias podrían existir para prevenir el uso de juicios políticos en la forma de golpe de estado encubierto.

El instituto del *impeachment*, como fue diseñado en la Constitución estadounidense, ha dejado profundas marcas en el constitucionalismo de la región. Para los Estados que adoptaron el modelo bicameral en el Poder Legislativo, la iniciativa del *impeachment* cabe a la Cámara de

---

<sup>41</sup> Armin Von Bogadandy, *Ius Constitutionale Commune na América Latina: marco conceptual*. Juruá, Curitiba, 2016.

<sup>42</sup> Armin Von Bogadandy, *Ius Constitutionale Commune na América Latina*, op. cit., p. 23.

Diputados<sup>43</sup> y la conducción del juzgamiento se da en el Senado. Ese modelo es mantenido en prácticamente todas las Constituciones de la región - Argentina (art. 59), Brasil, Chile (art.52, [2] y 53), Colombia (art. 174 y 178 [3])<sup>44</sup>, México (arts. 74, 76 y 111<sup>45</sup>), Nicaragua (art. 140 y 145), Paraguay (art. 225) y Uruguay (arts. 93 e 102).

En algunos países que adoptaron el unicameralismo (*e.g.*, Ecuador y Perú), el papel de acusación y admisibilidad atribuido a la Cámara de Diputados en sistemas bicamerales es ejercido por distintos órganos. En Ecuador, aunque la acusación deba ser aprobada por un tercio de los miembros del Congreso, el juicio de admisibilidad es ejercido por la Corte Constitucional, cabiendo el juzgamiento a la Asamblea Nacional (art. 129). En Perú, por su vez, el papel atribuido a la *House of Representatives* estadounidense es sustituido por la Comisión Permanente (art. 99), órgano del Congreso. Pero, cabe al plenario del Congreso el juzgamiento cuanto a la suspensión y destitución de las autoridades públicas.

Sin embargo, ni todas las Constituciones prevén expresamente el rito de juzgamientos políticos propiamente dichos (*impeachment*), aunque prevean la participación del Poder Legislativo en caso de acusaciones de delitos en contra el presidente de la República. Ese es el caso de los siguientes países: Bolivia (art. 184[4]), El Salvador (art. 236), Guatemala (art. 165, 'h'), Honduras y Nicaragua.

---

<sup>43</sup> Variaciones de nomenclatura incluyen también Cámara de Representantes, *e.g.* Colombia y Uruguay.

<sup>44</sup> En la Constitución colombiana, mismo en el ámbito de la Cámara de los Representantes, existe análisis y solicitud previa por la *Comisión de Investigación y Acusación*.

<sup>45</sup> "Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley. **Por lo que toca al presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110.** En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable." (destaque nuestro)

De acuerdo con la Constitución de los EUA, las razones que justifican el *impeachment*, bajo una perspectiva material, serían “traición, soborno u otros delitos y contravenciones graves”<sup>46</sup>. A partir de la disposición constitucional y de las discusiones sobre su contenido a la época en que fue promulgada, SUNSTEIN, apunta que el *impeachment* es aplicable para abusos graves de autoridad oficial<sup>47</sup>. Distintas Constituciones del continente americano establecen la enumeración de hipótesis que podrían implicar el juzgamiento político del presidente.

Para facilitar la visualización, sigue abajo el cuadro esquemático con remisión a los dispositivos pertinentes, a fines de facilitar la comparación de las principales expresiones utilizadas por las Constituciones de la región:

Argentina	Art. 53 - “Mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones” (art. 53)
Chile	Art. 52, 2, ‘a’ - “actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes”
Colombia	Art. 175 (2) - “delitos cometidos en ejercicio de funciones”, “indignidad por mala conducta” y “causas constitucionales”
Costa Rica	art. 149 - responsabilidad “1. Cuando comprometan en cualquier forma la libertad, la independencia política o la integridad territorial de la República; 2. Cuando impidan o estorben directa o indirectamente las elecciones populares, o atenúen contra los principios de alterabilidad en el ejercicio de la presidencia o de la libre sucesión presidencial, o contra la libertad, orden o pureza del sufragio; 3. Cuando impidan o estorben las funciones propias de la Asamblea Legislativa, o coarten su libertad e independencia; 4. Cuando se nieguen a publicar o ejecutar las leyes y demás actos legislativos. 5. Cuando impidan o estorben las funciones propias del Poder Judicial o coarten a los Tribunales la libertad con que deben juzgar las causas sometidas a su decisión o cuando obstaculicen en alguna forma las funciones que corresponden a los

<sup>46</sup> En el original: “The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors”.

<sup>47</sup> Cass R. Sunstein, *Impeachment*, op. cit., p. 54-56.

	organismos Electorales o a las municipales. 6. En todos los demás casos en que por acción u omisión viole el poder ejecutivo alguna ley extraña.
Ecuador	Art. 129 – “enjuiciamiento político de la Presidenta o presidente, o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República” por los siguientes actos: “1. Por delitos contra la seguridad del Estado. 2. Por delitos de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito. 3. Por delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia.”
México	Art. 76 – “juicio político” – “faltas u omisiones que cometan los servidores públicos y que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho”  Art. 108 – “El presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.”
Panamá	Art. 160 - “perjuicio del libre funcionamiento del poder público o violatorio de esta Constitución o las leyes” (art. 160) y, en el capítulo sobre el Poder Ejecutivo, estipula como conductas de responsabilidad “extralimitación de sus funciones constitucionales”, “por actos de violencia o coacción en el curso del proceso electoral; por impedir la reunión de la Asamblea Nacional; por obstaculizar el ejercicio de las funciones de esta o de los demás organismos o autoridades públicas que establece la Constitución” y “por delitos contra la personalidad internacional del Estado o contra la Administración Pública”.
Paraguay	Art. 225 – “juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes.”
Perú	Art. 99 – “infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones”
Uruguay	Art. 93 - “juicio público” por “violación de la Constitución u otros delitos graves”

El análisis de los dispositivos de cada país permite vislumbrar las similitudes y divergencias existentes entre ellos. Las condenaciones anteriores de la Corte IDH en razón de violaciones a garantías del debido proceso legal y derecho a la justicia demuestran que las experiencias regionales relacionadas a la democracia, derechos humanos y Estado de Derecho (*rule of law*), cuando tomadas en consideración, pueden hacer con que determinada jurisdicción se abstenga de practicar actos lesivos a la institución del *impeachment*, como adelantado en la apertura de esta sección del AC.

De esa forma, el lenguaje del diálogo, representa una medida civilizada y respetuosa de resolución de conflictos en momentos de antagonismo político<sup>48</sup>. El modelo dialógico del constitucionalismo ameniza el sistema de frenos y contrapesos, ya que tensiona “contener la confrontación” en vez de promover el aprendizaje y ayuda mutuas<sup>49</sup>. Lo mismo pasa en relación a los constitucionalismos y el sistema regional. Es lo que se pasa a demostrar, a partir de los diálogos verticales.

### 3.5 DIÁLOGOS VERTICALES

En relación con los diálogos jurisdiccionales verticales, es decir, aquellos realizados entre la Corte IDH y los tribunales nacionales de los países signatarios de la CADH, cumple atender a su carácter contemporáneo, como un fenómeno emergente de la práctica de los tribunales, directamente vinculado a la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y a la internacionalización del derecho constitucional de los Estados.

Ese fenómeno se desarrolla no solo a partir de una concepción de los derechos humanos como *living instrument* – interpretado dinámico y evolutivamente, a la luz de los tiempos actuales – como también, por medio de la promoción del principio *pro personae*, que prevé la aplicabilidad de la norma de máxima protección, o sea, aquella que mejor tutela el bien jurídico violado.

---

<sup>48</sup> Roberto Gargarella, *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*, In: *Por una justicia dialógica, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2014, p. 3.

<sup>49</sup> Roberto Gargarella, *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos* op. cit., p. 14.



En ese sentido, el diálogo vertical entre Cortes ha beneficiado la protección de los derechos humanos, especialmente con el robustecimiento del control de convencionalidad – importante herramienta para que los ordenamientos internos de los Estados signatarios adecuen sus normas a la luz de la CADH. Ese instituto jurídico tiene como base normativa el artículo 2º de la CADH, la cual dispone que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 aún no estuviera garantizado por disposiciones legislativas o de otra naturaleza, los Estados Partes se comprometen a adoptar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, la medidas legislativa o de otra naturaleza que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Así, el control de convencionalidad posibilita la interacción y el diálogo jurisdiccional vertical, fruto del comprometimiento internacional del Estado Parte en adoptar disposiciones de derecho interno que coadyuven con el *corpus juris interamericano*. Es lo que recientemente afirmó la propia Corte IDH, cuando de la Opinión Consultiva n° 24/17, en el voto concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi<sup>50</sup>.

El control de convencionalidad, por lo tanto, contribuye para la efectividad de los diálogos entre la Corte IDH y los tribunales nacionales, como una importante herramienta de incorporación de los estándares convencionales en el derecho interno. Cada Estado-Parte a

---

<sup>50</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24. Pár. 115: “115. Así, entonces, el control de convencionalidad consiste, en definitiva, en la comparación de una norma o práctica nacional con lo dispuesto por la Convención, a los efectos de determinar la compatibilidad de aquella con ésta y, consecuentemente, de la preeminencia de una respecto de la otra en el evento de contradicción entre ambas y, obviamente, la respuesta dependerá de si la proporciona un órgano del pertinente Estado Parte de la Convención de manera previa a la intervención de la Corte o si es ésta la que la emite con posterioridad o cuando aquél no ha realizado el mencionado control”.

partir del *corpus juris interamericano* tiene el poder-deber de expandir el nivel de protección de los derechos humanos abarcados por su legislación interna, no habiendo limitación por parte del derecho internacional de los derechos humanos.

De esa forma, es fundamental para el diálogo americano en términos de consolidación de la democracia y densificación de los juicios políticos, conocer bien la jurisprudencia del sistema.

### **3.6 PRECEDENTES DEL SIDH: DELINEANDO EL FUTURO DEL TEMA**

En lo que se refiere al diálogo vertical, más específicamente entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, dos casos juzgados por la Corte merecen ser destacados. Se trata de los casos “*Tribunal Constitucional Vs. Perú*” de enero de 2001 y “*Tribunal Constitucional Vs. Ecuador*” de agosto de 2013.

Ambos precedentes se refieren a la destitución de miembros de tribunales y cortes nacionales, por medio de resoluciones emitidas respectivamente por los Congresos Nacionales del Perú y del Ecuador. No se tiene noticias de casos en que la Corte Interamericana haya se dedicado sobre juzgamientos políticos de jefes del Poder Ejecutivo en la región. De cualquier modo, a partir de los dos casos es posible extraer que, en las palabras de la Corte, la noción de democracia sustancial presupone una dimensión objetiva<sup>51</sup>, relacionada a aspectos esenciales del Estado de Derecho. Esos elementos serían, especialmente, el principio de la separación entre los Poderes y la importancia de la

---

<sup>51</sup> Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Série C, nº 268, par. 198.

función judicial en una democracia. Aún así, conviene recordar el art. 3º de la Carta Democrática Interamericana, según el cual

“son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”<sup>52</sup>.

El caso “*Tribunal Constitucional Vs. Perú*” integra aquello que se convino llamar de “ciclo de casos peruanos”<sup>53</sup> de la Corte, cuyo eje común se refiere al reconocimiento de graves violaciones de derechos humanos cometidos por el Estado de Perú cuando de la presidencia de Alberto Fujimori (1990-2000).

El mérito de la controversia se refiere a la destitución de tres jueces de la Corte Constitucional de Perú (Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano) por parte del Congreso Nacional, incluyendo entre ellos, la entonces presidente. La destitución se dio bajo el fundamento de que tales magistrados habrían violado sus respectivos deberes funcionales al votar por la inconstitucionalidad de una interpretación de la legislación electoral que permitiría al presidente Alberto Fujimori disputar un tercer mandato presidencial.

El alejamiento de los magistrados ocurrió en tiempo celeré, formalizado por medio de resoluciones emitidas por el Congreso Nacional en 28 de mayo de 1997 (Resoluciones n° 002-97-CR, 003-97-CR

---

<sup>52</sup> Carta Democrática Interamericana. Disponible online en: <[http://www.oas.org/OASpage/port/ Documents/Democratic\\_Charter.htm](http://www.oas.org/OASpage/port/ Documents/Democratic_Charter.htm)>

<sup>53</sup> Ana Salado Osuna, *Las sentencias de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos peruanos*, disponible online en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08066-4.pdf>>

y 004-97-CR), tres semanas después de la presentación de la denuncia por la Comisión Investigativa formada en enero del mismo año. La anulación de las destituciones solo fue llevada a cabo por el Parlamento peruano en 17 de noviembre de 2000, reinstalando los magistrados en sus cargos.

La Corte IDH, al apreciar la comunicación hecha por el Colegio de Abogados de Lima, procesada por la CIDH, decidió que los artículos 8º y 25 de la CADH fueron violados por el Estado de Perú. En relación al artículo 8º, la Corte resaltó que “en el caso sub judice sucedieron los vicios apuntados (supra 80), lo cual no permitió a los magistrados contar con un proceso que reuniera las garantías mínimas del debido proceso establecidas en la Convención. Con ello en el caso en estudio se limitó el derecho de las víctimas a ser oídas por el órgano que emitió la decisión y, además, se restringió su derecho a participar en el proceso”.

La conclusión de la violación al debido proceso legal advino de la conjugación de diversos factores, especialmente: (i) el desconocimiento por los acusados de la plenitud de las acusaciones formuladas contra ellos; (ii) el plazo de defensa extramente corto; (iii) la prohibición de participar de la instrucción probatoria del proceso de *impeachment*, formulando preguntas a los testigos; y (iv) la ausencia de condiciones referentes a la imparcialidad e independencia de los miembros del Poder Legislativo responsables por el juzgamiento político.

En aquella ocasión, cuanto a la interpretación del artículo 25, la Corte IDH entendió que el derecho a un recurso efectivo fue violado, una vez que los actos de destitución de los magistrados podrían ser impugnados por la vía judicial, analizando el respeto a las garantías del debido proceso penal, sin perjuicio de observarse el carácter estrictamente político de la decisión proferida por el Poder Legislativo.

El caso “*Tribunal Constitucional Vs. Ecuador*” involucró el análisis de hechos que ocurrieron cuando el Ecuador se encontraba en una situación de inestabilidad política, que había implicado la remoción de diversos presidentes y la modificación de la Constitución con el fin de controlar la crisis política. Para mejor comprensión del precedente, se hace un breve relato de los hechos discutidos.

En noviembre de 2004, el entonces presidente de la República, Lucio Gutiérrez, anunció el propósito del gobierno de impulsar en el Congreso la reorganización del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte Suprema de Justicia. Entonces, el Tribunal Constitucional emitió comunicado de prensa en el sentido de que sus miembros estarían dispuestos a responder por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por las omisiones mediante el proceso constitucional (juicio político), y no por mera resolución, lo que implicaría violación del Estado Social de Derecho.

El presidente del Congreso, entonces, ha convocado los miembros del Tribunal Constitucional a comparecer a un juicio político programado para el día 1º de diciembre de 2004, iniciado por algunos congresistas que eran contrarios a algunas decisiones adoptadas por el referido Tribunal. Una de esas decisiones tenía relación con la ley que implantaba el “14º salario” y fue declarada inconstitucional por el Tribunal, ya que sería de iniciativa privativa del presidente de la República. Por su vez, la otra principal decisión era relacionada al sistema de escaño electoral, conocido como el “método D’Hondt”, que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, distorsionaba la intención del electorado en los países que tenían sistemas electorales con listas abiertas.

De manera concomitante, el Congreso aprobó una resolución (Resolución nº R-25-160), mediante la cual fue determinado que los actuales miembros del Tribunal habían sido designados de forma ilegal en 2003 y, por lo tanto, deberían ser inmediatamente destituidos de sus funciones. Los miembros del Tribunal no fueron notificados antes de la sesión, ni, consecuentemente, tuvieron respetado su derecho a manifestación previa.

Después de la destitución, en la sesión del día 1º de diciembre de 2004, los ex miembros del Tribunal tuvieron la oportunidad de manifestarse. En la ocasión explicaron las razones de las decisiones cuestionadas y destacaron la ilegalidad de establecer responsabilidades por el voto en uno u otro sentido en el ámbito del Tribunal. En aquella oportunidad ninguna moción fue aprobada.

Por su vez, en el día 5 de diciembre de 2004, el presidente de la República convocó el Congreso Nacional para una sesión extraordinaria, que aconteció en el próximo día 8. En esa sesión fue aprobada la censura de los ex miembros del Tribunal: Oswaldo Cevallos, Jaime Nogales, Miguel Camba, Luis Rojas, Simón Zavala y Manuel Jaramillo, nuevamente sin que pudiesen manifestarse. La razón de la censura fue la decisión tomada en el caso del "método D`Hondt". Ninguna moción fue aprobada en relación al caso del "14º salario".

Inicialmente, la Corte IDH ratificó las *rationes decidendi* adoptadas en el caso "Tribunal Constitucional Vs. Perú". De esa forma, para analizar si la resolución y el juicio político por parte del Congreso fueron o no arbitrarios, tomó en consideración la competencia del Congreso para destituir miembros del Tribunal Constitucional, así como el alcance del derecho a ser oído, y los *standards* generales sobre la independencia judicial. Todo eso a la luz de la dimensión institucional de la

independencia judicial, a partir de la separación de Poderes y de la democracia.

En ese sentido, la Corte determinó, con relación a la competencia del Congreso, que, si este consideró que el nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional se dio de forma ilegal, no debería haberlo asentado solo un año y medio después del nombramiento. Para la Corte, ese retraso afectaría sobremanera la garantía de estabilidad en el cargo, permitiendo presiones externas, aspectos que impactarían directamente en la independencia judicial.

Cuanto al derecho de ser oído, la Corte IDH resaltó que los miembros del Tribunal Constitucional no fueron notificados de la discusión sobre las irregularidades sobre su designación, no siendo conferido a ellos el derecho de responder a las acusaciones en el Congreso. Además, entendió que cuando existe un juicio político, es necesario que sean puestos en términos claros cuando este se inicia y cuando es finalizado. Para la Corte, la votación realizada en el día 8 de diciembre de 2004 reabrió juicio político que ya había sido previamente finalizado.

Sobre la independencia judicial, la Corte IDH nuevamente asentó que para que haya destitución de un juez es necesario que se verifiquen conductas graves, especialmente considerando las garantías de la estabilidad e inamovilidad del cargo. Así, para la Corte, el objetivo de un juicio político conducido por el Congreso Nacional no podría ser el alejamiento de un miembro del Tribunal en razón de la revisión de la constitucionalidad o legalidad de sentencias por él adoptadas<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> La Corte resaltó que la unión del gobierno con el partido político liderado por el ex presidente Bucaram demuestra indicios sobre los propósitos para apartar los magistrados de la Corte Suprema y los miembros del Tribunal Constitucional, teniendo en vista la existencia de un interés en anular los juzgamientos penales que fueron llevados a cabo por la Corte Suprema en contra el ex presidente

En lo que interesa para la presente OC, esos fueron los términos en que los Estados de Perú y Ecuador fueron condenados por violaciones a los artículos 8º y 25 (protección judicial) de la Convención<sup>55</sup>.

### **3.7 DIÁLOGOS HORIZONTALES: BREVE RELATO DE LOS PROCESOS DE JUZGAMIENTO POLÍTICO O *IMPEACHMENT* EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO: LOS RECIENTES CASOS DE PARAGUAY, HONDURAS, PERÚ Y BRASIL**

Como se ha adelantado en las secciones e ítems anteriores de este AC, la presente OC no debe constituir un prejuzgamiento de casos que penden de análisis por la CIDH. De otro lado, está fuera de toda duda la relevancia y actualidad de la preocupación de la CIDH y de la Corte IDH sobre los procesos de *impeachment* contra jefes del Poder Ejecutivo en los países que forman el SIDH. De esa forma, una exposición analítica del modo como algunos procesos de *impeachment* recientes han transcurrido en el ámbito regional, colabora para la mayor densificación que se pretende conferir a los artículos 8º, 9º, 23 y 25 de la CADH.

Es lo que se pasa a hacer, en el ámbito de los diálogos jurisdiccionales horizontales, es decir, aquellos realizados a partir de una exposición de las diversas soluciones que fueron encontradas en ámbito local en el ámbito de los procesos de *impeachment*. Así, este AC pretende colaborar al punto central de la OC, a saber: como las garantías

---

Bucaram y también contra el actual presidente. Destituir el Tribunal Constitucional, el Tribunal Electoral y la Corte Suprema, en 14 días, parece inaceptable para la Corte. Todos esos actos generaron aún más inestabilidad política y diversos movimientos se insurgieron en contra el gobierno por entender que estaba violando el Estado de Derecho. Una vez instalada, la nueva Corte Suprema de Justicia adoptó una serie de medidas de trascendencia política, a ejemplo de la declaración de nulidad de las acciones contra el ex presidente Bucaram. En la secuencia, la Corte Suprema de Justicia fue destituida y el país permaneció aproximadamente siete meses sin este órgano.

<sup>55</sup> Regístrese, por completud, que, en el precedente del Ecuador, la Corte también condenó el Estado con base en el artículo 24 de la Convención, por violación a la igualdad ante la ley.



previstas en la CADH, especialmente procedimentales, pueden asegurar que tales procesos transcurran de modo a preservar el ambiente de legalidad democrática diseñado por el SIDH.

### **3.7.1 EL *IMPEACHMENT* EN EL PARAGUAY**

#### **3.7.1.1 EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL *IMPEACHMENT* EN EL PARAGUAY**

La Constitución paraguaya es de 1992. La previsión constitucional del *impeachment* está en el artículo 225, el cual establece que:

“El presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes.

La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos, En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria”.

Como se puede percibir, la previsión constitucional es abierta, abriendo márgenes para que ocurra la responsabilización política por el mal desempeño de las funciones presidenciales, además de delitos cometidos, sean ellos comunes o políticos.

El proceso de responsabilización consiste en formulación de la denuncia por la Cámara de Diputados, que debe ser aprobada con el quorum de 2/3 de los diputados. El Senado juzga con el mismo quorum. No existe previsión de plazos para referido proceso. No fue encontrada ninguna ley infra constitucional que disciplinase el proceso de *impeachment*.

### 3.7.1.2 CASOS ANTERIORES

Anteriormente al *impeachment* de FERNANDO LUGO en 2012, dos procesos de *impeachment* fueron llevados a cabo en el Paraguay, pero, ningún de ellos resultó en la destitución del presidente.

El primer caso se inició en 1998, en contra al entonces presidente Raúl Cubas Grau, luego después del atentado que mató el vicepresidente Luis María Argaña. Sin embargo, Cubas Grau renunció antes mismo del voto final del congreso.

Raúl Cubas Grau fue acusado de mal desempeño de sus funciones después de haber desobedecido un orden de prisión contra el general Lino César Oviedo, condenado a diez años de prisión por una tentativa de golpe militar en 1996, contrariando lo que fuera decidido por la Suprema Corte paraguaya.

Los actores que llevaran a cabo el proceso de *impeachment* podrían ser considerados como parte de una élite en el congreso, sin embargo, sus acciones fueron posteriormente apoyadas por la población en las calles<sup>56</sup>. Además de eso, los conflictos internos en la mayor fuerza

---

<sup>56</sup> Leiv Marsteintredet, *Presidential interruptions in Latin America: concepts, causes and outcomes*. 2009, University of Bergen.

política del país, el partido Colorado, fueron definitivos para el alejamiento del presidente en 1999.

En cinco de diciembre de 2002 fue abierto un proceso de *impeachment* en la Cámara contra Luiz González Macchi, en razón del mal uso de sus funciones y corrupción. Entre las denuncias en contra del presidente figuraba el desvío de cerca de dieciséis millones de dólares de la privatización de bancos.

No obstante, no fue alcanzado el quorum necesario en el Senado para su alejamiento, ya que dieciocho de los 44 (cuarenta y cuatro) senadores votaron “no” al *impeachment* del presidente.

### **3.7.1.3 HECHOS RELACIONADOS AL *IMPEACHMENT* DEL PRESIDENTE FERNANDO LUGO**

FERNANDO LUGO de la “Alianza Patriótica para el Cambio” fue electo en 2008, rompiendo con la hegemonía de 62 (sesenta y dos) años del Partido Colorado en Paraguay.

Lugo propuso pautas que culminaron con la disminución de su popularidad. En el ámbito personal, el ex obispo católico fue demandado en Juicio para el reconocimiento de paternidad de supuestos hijos. Además de eso, hubo poco apoyo parlamentario a su posición en cuanto a conflictos referentes a tierras, y que acabarían afectando intereses de élites oligárquicas. No obstante, el punto culminante de la caída de popularidad del presidente fue el “caso de Curuguaty”.

En esta propiedad hubo conflicto entre policiales y “carperos” (movimiento de campesinos sin tierra), en 15 de junio de 2012. Murieron 17 (diecisiete) personas: 11 (once) campesinos y 6 (seis) policías. El conflicto fomentó la narrativa de la inseguridad y de la tolerancia del presidente con grupos campesinos, considerados terroristas.

El proceso contra Lugo fue célere. La denuncia fue presentada en 21 de junio de 2012 y la destitución del presidente fue votada en el Senado en el día siguiente.

El libelo acusatorio alegaba cinco ítems: (i) la ilegalidad del financiamiento de encuentro de jóvenes socialistas en el comando de ingeniería de las fuerzas armadas, ocurrido en 2009; (ii) el “caso Ñacunday”, a saber, que el gobierno habría financiado invasiones de tierra en la región; (iii) inseguridad creciente por supuesta permisividad a “grupos terroristas”; (iv) firma del Protocolo de Ushuaia II, considerado atentado a la soberanía del país; y (v) el ya mencionado caso Curuguay.

Los hechos fueron imputados a Lugo por “inanición e incompetencia”. Segundo la denuncia “todas las causas mencionadas arriba son de notoriedad pública, motivo por lo cual no necesitan ser probadas, conforme el ordenamiento jurídico en vigor”<sup>57</sup>. En el día 21 de junio de 2012, la Cámara de Diputados aceptó la acusación por 76 (setenta y seis) votos favorables y 1 (uno) contrario, con 3 (tres) abstenciones. Lugo tuvo menos de 24 (veinticuatro) horas para preparar su defensa. En 22 de junio, el proceso en el Senado tramitó durante aproximadamente cinco horas, en que hubo una sesión extraordinaria para la defensa, evaluación de pruebas, examen de las pruebas, alegación y votación. El resultado fue de 39 (treinta y nueve) senadores favorables y 4 (cuatro) contrarios a la destitución.

---

<sup>57</sup> PARAGUAY. Congreso Nacional. Cámara de Diputados. Libelo Acusatorio. Asunción, mimeo, 2012. Disponible online en: <<https://apublica.org/wp-content/uploads/2012/11/Libelo-Acusatorio.pdf>>.

### 3.7.1.3 EL CASO EN EL JUDICIAL

Fernando Lugo propuso ante la Corte Suprema de Justicia acción de inconstitucionalidad de la Resolución n° 878<sup>58</sup> para anular el juzgamiento de la destitución bajo alegación de violación del debido proceso y del derecho de defensa.

En el día 25 de junio la acción fue rechazada preliminarmente<sup>59</sup> con el fundamento de que el proceso de *impeachment* sería regido por el art. 225 de la Constitución, que, por su vez, otorgaba la competencia para juzgamiento al Congreso. De esa forma, el proceso tendría naturaleza política y no jurisdiccional. Así, se afirmó que las garantías procesales no serían absolutas en esa modalidad de proceso, además de que no habría competencia del Poder Judicial para conocer la cuestión.

Lugo propuso, entonces, una segunda acción, que fue juzgada en 20 de septiembre de 2012. El fundamento de la acción fue el de que la Resolución n° 881<sup>60</sup> sería inconstitucional. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia reafirmó el carácter político del proceso y su imposibilidad de ser judicializado por el hecho de la competencia ser del Congreso. Confiérase:

“Por otra parte, el carácter “político” y no judicial del juicio político origina que en su realización no se apliquen las normas propias de un juicio realizado en sede judicial y que la forma y los plazos en que se desarrollará el mismo, puedan ser reglamentadas por los órganos encargados de su

---

<sup>58</sup> Se trata de la Resolución de 21 de junio de 2012, que estableció el proceso para la tramitación del juicio político previsto en el artículo 225 de la Constitución nacional paraguaya.

<sup>59</sup> PARAGUAY. Decisión provisional de la acción de inconstitucionalidad 1533. Disponible en: <[http://www.pj.gov.py/descargas/ID1-317\\_accion\\_de\\_inconstitucionalidad.pdf](http://www.pj.gov.py/descargas/ID1-317_accion_de_inconstitucionalidad.pdf)>.

<sup>60</sup> Se trata de la Resolución de 22 de junio de 2012, que “separó del cargo de presidente de la república el ciudadano Fernando Armindo Lugo Méndez”.

desarrollo. Por lo cual la acción de inconstitucionalidad debe ser rechazada”<sup>61</sup>.

La sentencia no enfrentó directamente la alegación de que la evaluación de mal desempeño de la actividad de presidente podría ser de carácter de aprobación o reprobación subjetivo, no obstante, consideró que la apertura del concepto de “mal desempeño” establece que sería competencia del Congreso hacer juicio discrecional sobre su encuadramiento.

En cuanto al procedimiento adoptado, tampoco cabría a la Corte posicionarse pues implicaría en violación de la competencia del Congreso de establecer sus propias normas.

#### **3.7.1.4 RESPUESTAS DE LAS INSTITUCIONES REGIONALES**

La crisis política en Paraguay tuvo respuestas de las instituciones regionales durante y después del proceso de *impeachment*. En los días anteriores a la conclusión del proceso hubo manifestaciones de la UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas), con el envío de cancilleres para Asunción; y de la OEA (Organización de los Estados Americanos), con la solicitud del Secretario General de que fuese respetado el “debido proceso”<sup>62</sup>.

Después del *impeachment* la UNASUR y el MERCOSUR (Mercado Común del Sur), suspendieron a Paraguay bajo la aplicación de la “cláusula democrática”. La previsión de la cláusula democrática está en

---

<sup>61</sup> PARAGUAY. Corte Suprema de la Justicia. Acuerdo y Sentencia nº 1.323. p. 75/91. In: Gaceta Judicial. Año 2013, nº 3. Disponible online en: < [http://www.pj.gov.py/ebook/libros\\_files/Gaceta\\_Judicial\\_3\\_2013.pdf](http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Gaceta_Judicial_3_2013.pdf)>.

<sup>62</sup> Conforme divulgado por la propia OEA. Disponible online en: <[http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-226/12](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-226/12)>.

los dos Protocolos de Ushuaia sobre Democracia (1998 y 2011) en el ámbito del Mercosur; Protocolo Adicional sobre Democracia (2010) en el ámbito de la UNASUR y en la Carta Democrática Interamericana (2001) en el ámbito de la OEA.

Los documentos tratan de “ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático” y “amenaza del orden constitucional”, pero no definen específicamente cuales serían esas situaciones. Tanto UNASUR cuanto MERCOSUR consideraron que el procedimiento no respetó el debido proceso legal de Lugo. En la decisión 26/12, de 29 de junio de 2012<sup>63</sup>, la UNASUR consideró que hubo ruptura del orden democrático por el procedimiento sumarísimo que evidenció clara violación del derecho al debido proceso, y consecuentemente, de las mínimas garantías para la defensa adecuada. La suspensión de las organizaciones fue revocada después de la elección de Horacio Cartes para la Presidencia en 2013.

La OEA envió para Asunción una misión para verificar la situación en el país entre el día 01 y 03 de julio de 2012, produciendo informe<sup>64</sup> sintetizando sus principales preocupaciones. El compromiso de que las elecciones en el año siguiente (2013) serían mantenidas fue recibida con optimismo por la OEA.

De esa manera, se tiene la hipótesis en que las organizaciones regionales adoptaron el entendimiento de que el proceso de responsabilización del presidente violó sus garantías procesales, eximiéndose de manifestaciones más directas sobre el sentido y alcance de la democracia en el país.

---

<sup>63</sup> Confírase: UNASUR, Decisión n° 26/12. Disponible online en:<[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_integracao/docs\\_UNASUL/DEC26.2012.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_integracao/docs_UNASUL/DEC26.2012.pdf)>.

<sup>64</sup> Informe de la OEA. Disponible online en:<[http://www.oas.org/en/about/speech\\_secretary\\_general.asp?sCodigo=12-0058](http://www.oas.org/en/about/speech_secretary_general.asp?sCodigo=12-0058)>.

### 3.7.2 EL CASO HONDURAS: NECESARIO *DISTINGUISHING*

Aunque la propia OC presente el ejemplo de Honduras como caso de juzgamiento político realizado de manera irregular – la CIDH no duda en calificarlo como “golpe de Estado” – no parece que pueda ser considerado un caso de juzgamiento político en sentido estricto, razón por la cual será tratado de forma apartada y más detallada en sección posterior de este AC.

La comunidad internacional – incluyendo los EUA, la Unión Europea y la Asamblea General de la ONU – inmediatamente condenó la destitución del presidente Zelaya<sup>65</sup>. A partir de la invocación de la Carta Democrática Interamericana, la Asamblea General de la OEA denominó el hecho ocurrido como golpe, en razón de la “alteración inconstitucional del orden democrático”, dando inicio al proceso de suspensión de participación de Honduras en la OEA<sup>66</sup>. La OEA solo readmitiría Honduras en junio de 2011, más de un año y medio después de la elección de Porfirio Lobo<sup>67</sup>.

Las justificativas políticas hondureñas no fueron suficientes para esconder la manera con que el presidente fue destituido sin la escucha o procedimiento previo. La ausencia de clara especificación constitucional a respecto de quién decide su destitución – y, especialmente, bajo cuales bases procedimentales – contribuyeron para dejar aún más manifiesta la ofensa a preceptos básicos del debido proceso legal<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Albert Trithart, *Democratic coups? Regional responses to the constitutional crises in Honduras and Niger*, Journal of Public and International Affairs, Princeton, 2013, p. 112-133.

<sup>66</sup> Douglass Cassel, *Honduras: Coup d'Etat in Constitutional Clothing?*, Scholarly Works, Paper 969, 2009.

<sup>67</sup> Albert Trithart, *Democratic coups?*, op. cit., p. 115.

<sup>68</sup> Douglass Cassel, *Honduras: Coup d'Etat in Constitutional Clothing?*, op. cit.



A diferencia de los otros dos casos – Paraguay y Brasil –, la destitución del presidente de Honduras y los eventos políticos que la circundaron fueron examinados por los órganos del SIDH.

En el informe del país hecho sobre Honduras en 2009<sup>69</sup>, con el título “*Honduras: derechos humanos y golpe de Estado*”, la CIDH expresó elocuentemente su condena a los eventos relacionados a la destitución del presidente Zelaya, calificándolos como golpe de Estado y apuntando por la ilegitimidad del estado excepción implementado luego<sup>70</sup>.

Ese informe tuvo como principal objetivo presentar las violaciones de derechos humanos resultantes del nombrado golpe de Estado, sin profundizarse propiamente cuanto a los argumentos constitucionales, favorables o contrarios, relacionados a la deposición de Zelaya. Todavía, la reprobación del proceso de *impeachment* es evidente, desde la copiosa calificación del golpe de Estado, hasta la declaración de ilegalidad del estado de excepción y de la manera como las autoridades de hecho estaban conduciendo investigaciones sobre denuncias de violaciones de derechos.

En el caso “*López Lone y otros Vs. Honduras*”<sup>71</sup>, la Corte IDH expresamente afirma que la destitución de Zelaya constituye hecho ilícito internacional del que deriva la ilegitimidad internacional del gobierno de hecho instalado. La Corte recogió las diversas

---

<sup>69</sup> OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Honduras: Derechos Humanos y golpe de Estado. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 55. 30 diciembre 2009.

<sup>70</sup> OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Honduras: Derechos Humanos y golpe de Estado. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 55. 30 diciembre 2009, par. 7, 88 e 162.

<sup>71</sup> Corte IDH. Caso *López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Disponible online en: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>. Acceso en 7 ene 2018.

manifestaciones de otros órganos internacionales, calificando el evento como golpe de Estado.<sup>72</sup>

Aspecto crucial de diferenciación es que la Constitución de Honduras no preveía siquiera la posibilidad de *impeachment*<sup>73</sup>, como hacen otras Constituciones del continente americano ya referidas en este AC, como, por ejemplo, las Constituciones del Paraguay y del Brasil.

De esa forma, aunque el caso hondureño pueda ser comprendido como un ejemplo de golpe de Estado<sup>74</sup>, difícilmente el caso Zelaya/Honduras puede ser encuadrado como un caso de juzgamiento político propiamente dicho (*impeachment*).

Confundir el caso de Honduras con otros en que fue observado, en alguna medida mínima, el procedimiento constitucionalmente establecido para destitución del jefe del Poder Ejecutivo no favorece la elaboración de una OC clara y pertinente por la Corte. De esa forma, aunque la CIDH haya se referido a ese caso en su OC, él no debería figurar como ejemplo de “juzgamiento político”. Los hechos y argumentos extraídos del caso Zelaya solo servirían para bajar las aclaraciones relacionadas al “juzgamiento político” hecho de manera constitucional y – como pretende la OC– que observe garantías previstas en la Convención.

<sup>72</sup> Corte IDH. Caso *López Lone y otros Vs. Honduras*, op. cit., par. 152, 160, 174 e 229.

<sup>73</sup> El dispositivo del *impeachment* fue revocado, de manera un poco confusa y equivocada, por enmienda a la Constitución hondureña en 2003. Ver: Frank M. Walsh, *The Honduran Constitution is not a suicide pact: the legality of Honduran President Manuel Zelaya's removal*, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, V. 38, 2010, p. 364.

<sup>74</sup> Como apunta Abbott Matthews, *Perspectives on Instability: Honduras and Paraguay*, *Security and Defense Studies Review*, V. 14, 2013, p. 144: “In Honduras, the process of removing Zelaya started when the National Congress and Supreme Court applied constitutional articles 304, 306, 313, and 373–374. These articles, as described before, gave the other institutions the capacity to remove Zelaya and invoke the armed forces to enforce the ruling. However, when the process was carried out within such a short time period and resulted in Zelaya’s illegal exile, it was clear that the procedures had swerved into unconstitutional territory.” En sentido contrario, defendiendo los fundamentos constitucionales para la destitución, ver Frank M. Walsh, *The Honduran Constitution is not a suicide pact*, op. cit.

### 3.7.3 EL RECIENTE CASO PERUANO

El caso más reciente de juicio político involucrando un presidente de la República tuvo lugar en el Perú, en el segundo semestre de 2017. El procedimiento tuvo inicio después de la noticia de que el presidente Pedro Pablo Kuczynski habría recibido ventajas pecuniarias indebidas de la empresa brasileña Odebrecht, cuyo origen tendría relación con supuestas consultorías prestadas por el político en periodo anterior a la disputa electoral de 2016. Los hechos se referían a situaciones ocurridas entre los años de 2001 y 2006, periodo en que el presidente ocupaba el cargo de ministro de Estado en el gobierno del entonces presidente Alejandro Toledo. Kuczynski, que inicialmente negó haber recibido cualquier tipo de pago, reconoció posteriormente que obtuvo ventajas pecuniarias de la empresa brasileña por medio de su empresa Westfield Capital Ltd<sup>75</sup>.

Dentro de la perspectiva de la presente OC, se debatió, en el caso concreto, si el juicio político estaría a servicio de la democracia o contra ella. En otras palabras, si el juicio político estaba siendo ejercido de forma válida. De un lado, se traía la alegación de la incapacidad moral del presidente, por la práctica de supuestos actos de corrupción; de otro, el sostenimiento de un posible golpe de estado, con la violación de la separación de poderes y al sistema de frenos y contrapesos.

En el ámbito del Congreso peruano, unicameral, fue discutida de manera fugaz, la moción de vacancia presidencial con base en la alegada incapacidad moral de Kuczynski para ejercer el cargo, la cual fue admitida en 17 de diciembre de 2017, después de la obtención del voto

---

<sup>75</sup> Es lo que narra la moción.

mínimo de 40% de parlamentares previsto en el artículo 89-A del Reglamento Interno del Congreso Nacional.

En la oportunidad, Kuczynski envió carta al secretario general de la Organización de los Estados Americanos en que manifestó su preocupación con los hechos y la estabilidad democrática de su país, apuntando violación a la Carta Democrática Interamericana, solicitando, aún, el envío de un observador externo para la sesión de debate.

Admitida la moción, la tercera en un periodo de cien años en el Perú, el juicio fue designado para el día 21 de diciembre de 2017. En esa misma ocasión se facultó al presidente la realización de su defensa, sea personalmente, sea por medio de abogado constituido.

En la víspera del inicio de la votación, Kuczynski utilizó una estrategia de contenido político, promoviendo la divulgación de mensajes a la nación aseverando que su destitución implicaría la renuncia de los cargos de vicepresidentes, ocupados por Martín Vizcarra y Mercedes Aráoz, de forma que el jefe del ejecutivo sería el presidente del Congreso, que tendría que convocar nuevas elecciones generales. De esa forma, se vinculó el destino del presidente al del propio Congreso que lo juzgaría, una vez que las nuevas elecciones generales abarcarían todos los cargos electivos del Ejecutivo y del Legislativo nacional. Frente a ese nuevo panorama, hasta los congresistas más favorables al proceso de alejamiento del presidente alteraron su posicionamiento.

Iniciada la votación, la moción no fue aprobada en virtud de la ausencia de quorum de 2/3 (87 votos) para decretarse la vacancia presidencial. Fueron contabilizados 79 (setenta y nueve) votos a favor

de la moción, 19 (diecinueve) votos desfavorables y 21 (veintiuna) abstenciones<sup>76</sup>.

Aunque el procedimiento realizado no fue propiamente el proceso de *impeachment*, previsto en el artículo 117 de la Constitución, este también configura, indudablemente, una especie de juicio político, cuyo transcurso se dio enteramente en el ámbito del Poder Legislativo, regulado, incluso, por el Reglamento Interno del Congreso Nacional.

En conclusión, ante la brevedad con que el procedimiento se desarrolló, la cuestión atinente a la preservación de las garantías judiciales también aquí se presenta en la dimensión del diálogo horizontal, aunque el instituto en cuestión tenga contornos peculiares frente a otros tipos de juicios políticos.

### **3.7.4 EL CASO BRASILEÑO**

#### **3.7.4.1 LA MEDIDA CAUTELAR EN LA ADFP (ALEGACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DEL PRECEPTO FUNDAMENTAL) N° 378 SOBRE EL RITO DEL PROCESO DE *IMPEACHMENT***

El presente punto trata de la Alegación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) propuesta por el Partido Comunista del Brasil con el objetivo de tener analizada por el Supremo Tribunal Federal la compatibilidad entre el rito del *impeachment* del Jefe del Poder Ejecutivo previsto y estipulado por la Ley n° 1.079/1950, que define los crímenes de responsabilidad y reglamenta el respectivo proceso de juzgamiento, y la Constitución de la República de 1988.

---

<sup>76</sup> El hecho fue ampliamente noticiado en los medios de comunicación local e internacional. Ejemplo, confíerase la siguiente noticia, disponible online en: <<http://larepublica.pe/politica/1160646-ppk-vacancia-presidencial-en-vivo-congreso>>.

La ADPF tuvo por objetivo la declaración de no recepción, así como la interpretación conforme la Constitución, de distintos dispositivos de la Ley nº 1.079/1950, la ley regente del procedimiento de *impeachment* en el Brasil. Según el autor, varias previsiones de la Ley nº 1.079/1950 no fueron recibidas por la sistemática constitucional pos-Carta de 1988, debiendo haber compatibilización de disposiciones remanentes a la Constitución de 1988, así como la eliminación de lagunas en la respectiva reglamentación. Así, pugnó por un efectivo filtraje constitucional de la Ley nº 1.079/1950.

El partido requirente sustentó, en resumen, la necesidad de defensa previa en todas las fases del proceso; el alejamiento de la aplicación del Reglamento Interno de la Cámara y del Senado en el rito delimitado por la Ley; el reconocimiento de que la defensa deba participar por ultimo de todas las fases de instrucción; la incompatibilidad con la Constitución vigente de la previsión que permite a la Cámara funcionar como tribunal de acusación; el reconocimiento de que el alejamiento del presidente solo ocurre después de la instauración del proceso por el Senado Federal; y que, durante el juzgamiento, los Senadores no podrían ejercer, simultáneamente, la función acusatoria y juzgadora. Por fin, presentó las razones para la aprobación del pedido cautelar requerido. La Presidencia de la República, el Senado Federal y la Cámara de Diputados prestaron informaciones, la Abogacía General de la Unión se manifestó y la Procuraduría General de la República emitió parecer.

La cautelar incidental requerida por el autor se refiere a la forma de votación (abierta o cerrada) y al tipo de candidatura (indicación por el líder o candidatura independiente) de los miembros de la Comisión Especial junto a la Cámara de Diputados.

El Partido requirente presentó pedidos en medidas cautelares incidentales, especialmente en lo que se refiere a la forma de votación abierta en la composición de la Comisión Especial. El ministro Relator Edson Fachin concedió, con eficacia hasta la sesión plenaria de 16 de diciembre de aquel año, el pedido cautelar requerido y solicitó nuevas informaciones.

#### **3.7.4.1.1 EL VOTO DEL MINISTRO EDSON FACHIN, RELATOR ORIGINARIO**

El ministro Relator, Edson Fachin, dividió su voto en partes:

(i) Primeramente, voto por el conocimiento de la mencionada ADPF, resumiendo de la siguiente forma sus razones para tanto:

“(i) la jurisprudencia de esta Corte es pacífica sobre incumbir al propio STF el juicio sobre lo que se debe comprender por precepto fundamental, mediante esfuerzo hermenéutico que identifique “las disposiciones esenciales para la preservación de los principios basilares de los preceptos fundamentales de un determinado sistema” (ADPF – MC 33, Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006); (ii) en la presente hipótesis es posible inferir potencial ofensa, especialmente, al sistema de gobierno, a la separación de poderes, a la soberanía popular, al derecho al debido proceso legislativo y a las garantías procedimentales en el curso de la apuración del crimen de responsabilidad; (iii) aún, está presente, el requisito de la subsidiariedad, pues “la existencia de procesos ordinarios y recursos extraordinarios no debe, excluir, a priori, la utilización de la alegación de incumplimiento de precepto fundamental, en virtud del aspecto marcadamente objetivo de esa acción” (ADPF – MC 33, Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006); (iv) al contrario de lo que se alega en las informaciones de la Cámara de Diputados, el objeto de la presente alegación, como aclarado en el informe, es la Ley 1.079/50, que dispone sobre crímenes de responsabilidad, y fue promulgada bajo la égida de la Constitución de la República de 1946. Se trata,

por lo tanto, de un juicio de recepción sobre diploma legislativo anterior al orden constitucional actual y no de la supuesta tentativa de juzgamiento de inconstitucionalidad de los reglamentos internos de las Casas del Congreso Nacional; (v) aún, considero que las medidas cautelares incidentales que tratan de la elección de la comisión especial guardan pertinencia con la potencial recepción del art. 19 de la Ley 1.079/50 por la Constitución de la República de 1988, especialmente en lo que se refiere a la expresión “comisión especial electa”; (vi) aunque así no fuese, las nociones de instrumentalidad de las formas y de economía procesal recomiendan considerar las Peticiones/STF 64.212 y 64.216, ambas de 2015, como aditamento a la pieza inicial, teniendo en vista la viabilidad del enjuiciamiento de una nueva alegación incidental ante la relevancia de la controversia constitucional en discusión; (vii) por fin, el tema referente al impeachment presidencial es de la más alta magnitud jurídico-política, de manera a revelar la imperatividad de un diálogo institucional entre el Supremo Tribunal Federal, en la calidad de guardián de las reglas de la democracia constitucional, y los demás Poderes de la República, aquí, por intermedio de la prestación de la jurisdicción constitucional en proceso objetivo”.

(ii) En el segundo punto, trató del régimen de responsabilidad del presidente de la República. Analizando la naturaleza jurídica del instituto del *impeachment*, el ministro adujo que:

“(i) transcurre del régimen republicano y democrático la posibilidad de responsabilización del mandatario máximo de la nación; (ii) es en el precepto fundamental de la relación entre los poderes que se debe buscar la naturaleza jurídica del impeachment, definiendo como un modo de ejercerse el control republicano del Poder Ejecutivo; (iii) la exigencia de ley específica, de un lado, y las garantías procesales, de otro, permiten configurarlo como modalidad limitada de control, en la medida en que, siendo la República un fin común, ambos los poderes deben a él dirigirse; (iv) el límite, por su vez, transcurre del hecho de que no se puede, bajo el pretexto de control, desnaturalar la separación de poderes; (v) no se puede



identificar el instituto del *impeachment*, propio de los regímenes presidencialistas, con la moción de desconfianza, propia de los regímenes parlamentaristas; (vi) el régimen presidencialista, más rígido de lo que el parlamentarista sobre las causas de responsabilización del Jefe del Poder Ejecutivo, adopta tipificación jurídico-política de los crímenes de responsabilidad; (vii) aun así, es de naturaleza jurídico-política el juzgamiento constitucionalmente atribuido al Parlamento; (viii) la opción constitucional por un sistema de gobierno presidencialista impone que se interprete el instituto del *impeachment* tanto bajo el prisma de los derechos y garantías individuales del ocupante del cargo público, cuanto por la reserva de estricta legalidad, corolario para la armoniosa relación entre los poderes; (ix) al Supremo Tribunal Federal compete el control de la estricta legalidad procedimental del proceso de *impeachment*, asegurando que el juicio jurídico-político de competencia del Parlamento, pasible de control judicial solo y tan solamente para amparar las garantías judiciales del contradictorio y amplia defensa, se desarrolla dentro de los estrictos límites del debido proceso legal”.

(iii) En tercer tópico, se trató sobre la exigencia de ley específica. Examinando la legislación, nuevamente el ministro sintetizó el punto trabajado:

“no hay duda cuanto a la recepción de los aspectos materiales de la Ley nº 1.079/1950 por la Constitución de 1988; cuanto a sus aspectos procesales, sin embargo, teniendo en vista las modificaciones en relación al papel de la Cámara de Diputados y del Senado Federal en el proceso de *impeachment* en relación a las ordenes jurídicas anteriores, es necesario realizar su lectura a la luz de los mandamientos constitucionales; el sistema procesal del *impeachment* está hoy previsto en la imbricación entre la Constitución y la Ley nº 1.079/1950, que dan las líneas maestras y estructurantes a ser seguidas.”

(iv) En cuarto lugar, habló del filtraje constitucional de la Ley nº 1.079/1950 a la luz de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 y de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Adujo el Relator que el STF no tiene el papel de editar normalización acerca de la materia; bajo el palio de la autocontención, se cogita solo filtraje constitucional, o sea, incidencia plena de la CRFB/1988 y examen de la Ley 1.079/50 a la luz de principios y reglas constitucionales vigentes. Arremató aseverando que el procedimiento de *impeachment* de presidente de la República debe respetar todas las garantías judiciales previstas en el Pacto de San José de Costa Rica y en la Constitución de 1988. En lo que se refiere al debido proceso legal y proceso de responsabilización jurídico- política, el relator afirmó que:

“se atribuye al proceso más de lo que la simple tarea de servir como instrumento del proveimiento final, y así debe ser comprendido, por lo tanto, como medio de concretización de los ideales democráticos, cuya materialización pasa, necesariamente, por el desarrollo de procedimientos justos que observen las garantías constitucionales de los litigantes; y en el caso, en la sistemática cuestionada, existe una cisión cuanto a la responsabilización jurídico- política del presidente de la República. Vale decir, la Cámara de Diputados juzga la admisibilidad de la denuncia para fines de procesamiento y el Senado es encargado del proceso y juzgamiento del presidente”.

En cuanto a la aplicación subsidiaria de los Reglamentos Internos de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, el ministro Fachin propuso el entendimiento al Plenario:

“los Reglamentos Internos de la Cámara de Diputados y del Senado Federal tienen aplicación en el rito del *impeachment* en aquello que se refiere a la

autoorganización interna de los referidos órganos legislativos, pero no para la autorización, procesamiento y juzgamiento del impeachment. Así, no hay violación a la reserva de ley exigida por el art. 85 de la Constitución de 1988.” Concluye, entonces, que se debería adoptar la técnica de la “interpretación conforme” al art. 38 de la Ley 1.079/50.

En lo que se refiere al recibimiento de la denuncia por la Cámara de Diputados, entendió que:

“el recibimiento operado por el presidente de la Cámara configura juicio sumario de la admisibilidad de la denuncia para fines de deliberación colegiada, y no existe obligatoriedad de defensa previa a esa decisión; como medio inherente al contradictorio, debe ser asegurado al acusado la oportunidad de manifestación previa a la aprobación del parecer de la Comisión Especial; en el proceso instaurado por la Cámara, si el juicio positivo no importar autorización de procesamiento del presidente de la República, se trata de juicio de admisibilidad interno. Habiendo autorización, la decisión resuelve el mérito del proceso instaurado en la Cámara, con admisión del procesamiento en el ámbito del Senado Federal. Anticipo, desde luego, que la ausencia de defensa previa, en esa fase preambular, no viola el debido proceso legal, razón por la cual no concedo el pedido cautelar “a”.”

En lo tocante al procedimiento de *impeachment* en la Cámara de Diputados, votó por la improcedencia del pedido cautelar incidental del Autor que visaba garantizar que la votación en el Plenario de la Cámara de Diputados para formación de la Comisión Especial fuese abierta. Aún, en relación al pedido cautelar “c” de la petición inicial, votó por declarar la recepción del art. 20, *caput* y §1º, de la Ley 1.079/50; dar interpretación conforme al art. 20, §2º de la Ley 1.079/50, a fin de firmar el entendimiento de que antes de la discusión única en plenario sea leída la manifestación del presidente de la República sobre el parecer

preliminar elaborado por la Comisión Especial; declarar la recepción del art. 21, 22, *caput*, §1º, 2º, así como del art. 23, *caput*, de la Ley 1.079/50; dar interpretación conforme al art. 22, § 3º a fin de firmar el entendimiento de que el presidente de la República debería ser notificado para presentar alegaciones finales sobre el parecer definitivo de la Comisión Especial.

Sobre el derecho al contradictorio después del parecer final y previo a la votación y necesidad de fundamentación de la Comisión Especial a la luz de las hipótesis típicas, entendió el ministro que el contradictorio, para allá de una garantía formal, con la contraposición entre hipótesis acusatoria y defensiva, tiene el don de conferir carácter de legitimidad al proceso decisorio. También adujo la exigibilidad de fundamentación de la subsunción al tipo jurídico- político del crimen de responsabilidad imputado por la Comisión Especial. La indicación de la tipicidad configura, así, presupuesto de la autorización de procesamiento.

En lo tocante al procedimiento de *impeachment* en el Senado Federal, entendió que, autorizada la instauración del proceso en contra el presidente de la República (art. 51, I, de la CRFB/1988), o, en otras palabras, admitida la acusación contra él (art. 86, *caput*, de la CRFB/1988), será sometida a juzgamiento. A partir de este momento, se inicia la tramitación del proceso ante el Senado Federal. En este punto, el voto analizó los pedidos cautelares 'f', 'g', 'h' y 'j' de la ADPF. Entendió por la imposibilidad de juicio de admisibilidad por el Senado Federal y la obligatoriedad de procesamiento y juzgamiento. Confirmando al art. 24 interpretación conforme, reconoció solo que la Cámara envía al Senado la autorización para instauración de proceso, e denegó los pedidos cautelares de ítems 'g' y 'h'. Según el ministro, el Senado no

detiene competencia para rechazar autorización expedida por la Cámara de Diputados, cabiendo solo la instauración del procedimiento, por no existir facultad de la Mesa del Senado cuanto a eso, ya que es claro lo que define el art. 86 de la Constitución: “admitida la acusación contra el presidente de la República, él será sometido a juzgamiento”.

Rechazó, también, el pedido cautelar ‘j’, entendiendo que “tanto cuanto las causas de impedimento y sospecha, otras limitaciones impuestas a los magistrados, propias del proceso jurisdiccional, que visan la garantía de un juicio dotado de la más absoluta imparcialidad, no se compatibilizan con el proceso jurídico-político del *impeachment*”. Defirió el pedido cautelar ‘f’, dando interpretación conforme los artículos 28 y 29 de la Ley 1.079/50, fijando interpretación según la cual, a cada fase procesal, la manifestación del acusado, personalmente o por sus representantes legales, debe ser el último acto de instrucción, trayendo a colación nuevamente la fundamentación referente al principio del contradictorio.

#### **3.7.4.1.2 EL VOTO DEL MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, REDACTOR DE LA DECISIÓN**

El ministro Luís Roberto Barroso abrió la divergencia y pautó su voto, en sus propias palabras: (i) en la seguridad jurídica, respetando los precedentes del STF a respecto del *impeachment* producidos durante el proceso ocurrido en 1992 y (ii) en los ritos adoptados por el Congreso Nacional, con el timbre del Supremo, durante el procedimiento de *impeachment* acontecido en 1992.

En el tercer punto de su voto, el ministro Barroso disertó sobre los ‘puntos de divergencia’ con el Relator, ministro Fachin. Relacionó tres órdenes de argumentos que justificarían el acogimiento de sus

posicionamientos por el Plenario: (i) razones de hermenéutica constitucional; (ii) razones de seguridad jurídica consistentes en la observancia de posicionamientos emitidos anteriormente por la Corte; (iii) razones de observancia a la regla del juego democrático.

En este primer orden de argumentación, de carácter hermenéutico, el ministro Barroso se vale, primeramente, de un enfoque histórico, afirmando que la Constitución de la República de 1988 trae una innovación al disponer distintamente de las Constituciones anteriores (1946, 1967 y 1969) a respecto de la materia. De acuerdo con el ministro, la Constitución de 1988 designa a la Cámara de Diputados solo el papel de autorizar la instauración de proceso por el Senado. Percibiese diferenciación, por lo tanto, entre esta sistemática, en la cual la Cámara tiene papel de condicionar el inicio del proceso para que la acusación prosiga en el Senado, y los regímenes constitucionales anteriores, en los cuales la Cámara funcionaba como “*tribunal de pronuncia*”. En el aspecto literal defendió la posibilidad de comprensión de la expresión ‘juzgamiento’, presente en el art. 86 de la CRFB/1988, como abarcadora del proceso como un todo, incluyendo la fase del juicio preliminar sobre el recibimiento de la denuncia.

El ministro Barroso discordó del ministro Relator Edson Fachin, aún, al afirmar que admitir que la no previsión en el reglamento interno del Senado Federal sobre el juicio de admisibilidad significaría la inexistencia de esa fase procedimental, lo que resultaría en invertir la lógica de la jerarquía de las normas y subordinar la Constitución de la República al Reglamento Interno del Senado. En base en una interpretación sistemática, el ministro Barroso comparó la disminución del papel del Senado Federal con la retirada de su juicio preliminar a la transformación de la Casa en un “*simple balcón de protocolo*”.

Ahora en el ámbito del argumento de la seguridad jurídica y de la necesaria observancia de precedentes relevantes, resaltó entendimiento fijado cuando del juzgamiento del Mandato de Seguridad nº 21.564, ocasión en la cual el Supremo Tribunal Federal juzgó MS impetrado por el entonces presidente de la República Fernando Collor. El ministro aún recordó la gran repercusión de la decisión después del Supremo haber decidido, en reunión administrativa, las reglas del proceso de *impeachment* del entonces presidente Collor<sup>77</sup>.

En lo tocante a su tercer orden de argumentos, referente a las razones de observancia de las reglas del juego, recordó que la propia Procuraduría General de la República emitió manifestaciones divergentes por ocasión de la ADPF 378 y del MS 21.564, siendo que entendió que el Senado dispone de competencia para analizar la admisibilidad de denuncia que ya fuera autorizada por la Cámara. Esto sería en la visión del ministro, una demostración del hecho de que el posicionamiento del STF a la época fuera incorporado al ordenamiento jurídico brasileño, en cierta medida, razón por la cual la alteración del entendimiento de la corte significaría una ruptura normativa.

### **3.7.4.1.3 CONCLUSIÓN DEL JUZGAMIENTO SOBRE EL RITO DEL PROCESO DE *IMPEACHMENT***

El Plenario del Supremo Tribunal Federal, por mayoría de 8 a 3, optó por seguir el entendimiento, propuesto por la divergencia del ministro Luís Roberto Barroso, de que el Senado Federal no está

---

<sup>77</sup> "Poco importa que tales decisiones hayan sido proferidas hace más de veinte años y por composición substancialmente distinta de la Corte. Lo que está en juego, al final, es una de las materias más sensibles a la democracia y a la separación de poderes en el país, que, hasta mismo por su excepcionalidad, tiende a ser objeto de pocas y espaciadas decisiones por el STF. Si tales decisiones no fueren llevadas a serio como elemento conformador de la actuación de la Corte, la seguridad jurídica, naturalmente reducida en un proceso político como el *impeachment*, quedará aún más vacía."

vinculado al juicio autorizador de la Cámara de Diputados. En resumen, en el resultado final del juzgamiento de la ADPF 378 se decidió:

(a) Que siendo presentada la denuncia en contra el presidente de la República por crimen de responsabilidad, cabe a la Cámara la autorización para instauración de proceso<sup>78</sup>, lo que implica en el ejercicio de un juicio político sobre los hechos presentados. El Senado, por su vez, tiene el papel privativo de procesar y juzgar el presidente, lo que engloba un juicio inicial de instauración o no del proceso, es decir, la decisión sobre el recibimiento de la denuncia autorizada por la otra Casa. El entendimiento fue fundamentado en la imposibilidad de otra interpretación del texto constitucional, independientemente del enfoque dado, en la seguridad jurídica (considerando el caso de *impeachment* del presidente Fernando Collor de Mello) y en el hecho de ser ya un entendimiento consolidado e incorporado al orden jurídico brasileño. Con base en eso, el STF entendió no haber sido recepcionados por la Constitución de 1988 los arts. 23, §§ 1º, 4º y 5º; 80, 1ª parte; y 81, todos de la Ley 1.079/1950, porque incompatibles con los arts. 51, I; 52, I; y 86, § 1º, II, todos de la CF/1988; (b) en relación al rito del *impeachment* en la Cámara: el plenario debe deliberar solo una única vez, por mayoría calificada de sus integrantes, sin necesitar, todavía, desobligarse del gran encargo probatorio. El derecho a la amplia defensa del acusado es efectivado con la realización de diez sesiones, tal como decidido en el caso Collor; (c) en relación al rito del *impeachment* en el Senado: dada la inexistencia de reglas específicas acerca de las etapas iniciales del rito en el Senado, debe ser seguido el mismo entendimiento dado por el STF

---

<sup>78</sup> Art. 51, I, da CF/1988.



cuando del juzgamiento del caso Collor, consistente en la aplicación de las reglas de la Ley n° 1.079/1950 relativas a denuncias por crimen de responsabilidad contra ministros del STF o contra el PGR.

Con eso, se concluye que la instauración del proceso por el Senado se da por deliberación de la mayoría simple de los miembros, partiendo de parecer de Comisión Especial, siendo improcedente la solicitud del autor de la ADPF de (i) posibilitar a la propia Mesa del Senado, por decisión no recurrible, rechazar sumariamente la denuncia; y (ii) aplicar el quorum de 2/3 exigible para el juzgamiento final por la Casa Legislativa, a esta etapa inicial del procesamiento; (d) que no es posible la presentación de candidaturas o listas independientes para formación de la Comisión Especial (cautelar incidental), una vez que incompatible con el art. 58, *caput* y §1º de la CRFB/1988. Pedido procedente; (e) que la votación para formación de la Comisión Especial solo puede darse por el voto abierto (cautelar incidental), en respeto a los principios democrático, representativo y republicano, y también en respecto al precedente firmado con el caso Collor. Pedido procedente; (f) que la defensa tiene derecho de manifestarse después de la acusación (ítem ‘e’ del pedido cautelar), en respeto a la garantía constitucional del debido proceso legal (*dueprocessoflaw*). Pedido procedente.

Ya por deliberaciones unánimes, también en el mérito, se decidió: (a) que es imposible la aplicación subsidiaria de las hipótesis de impedimento y sospecha al presidente de la Cámara (ítem ‘k’ del pedido cautelar). El art. 36 de la Ley n° 1.079/1950 ya cuida de la materia<sup>79</sup>, no

---

<sup>79</sup> Art. 36. No puede interferir, en ninguna fase del proceso de responsabilidad del presidente de la República o de los ministros de Estado, el diputado o senador;

a) que tuviera parentesco consanguíneo o afín, con el acusado, en línea recta; en línea colateral, los hermanos, cuñados, mientras durar el cuñado, y los primos y cohermanos;

b) que, como testigo del proceso tuviera declarado de propio conocimiento.

habiendo necesidad de la incidencia subsidiaria del Código de Proceso Penal; (b) que no hay derecho a la defensa previa (ítem 'a' del pedido cautelar), ya que no consiste en exigencia del principio constitucional de la amplia defensa, tampoco de los compromisos internacionales asumidos por Brasil, pues es, en verdad, una excepción en el proceso penal. Es decir, no hay impedimento para que la primera oportunidad de presentación de defensa en el proceso penal común se realice después del recibimiento de la denuncia. Pedido improcedente; (c) que la proporcionalidad en la formación de la Comisión Especial puede ser evaluada en relación a bloques (ítem 'd' del pedido cautelar): el régimen constitucional de 1988 estableció la posibilidad de asegurarse la representatividad por bloque (art. 58, §1º) y la delegación de la materia al RI/CD (art. 58, *caput*).

La evaluación de la proporcionalidad por bloque fue hecha y ha sido aplicada reiteradamente por la Cámara en la formación de sus Comisiones y fue seguida en el caso Collor. Pedido improcedente; (d) que los senadores no necesitan apartarse de la función acusatoria (ítem 'j' del pedido cautelar); (e) que es posible la aplicación subsidiaria de los reglamentos internos de la Cámara y del Senado (ítem 'b' del pedido cautelar), pues no viola la reserva de ley especial impuesta por el art. 85, párrafo único, de la Constitución, desde que las norma regiminales sean compatibles con los preceptos legales y constitucionales pertinentes, limitándose a disciplinar cuestiones *interna corporis*. Pedido fue considerado improcedente; (f) que el interrogatorio, instrumento de autodefensa que densifica las garantías del contradictorio y de la amplia defensa, debe ser el acto final de la instrucción probatoria (ítem 'f' del pedido cautelar), en una aplicación

analógica de la interpretación dada por el STF al rito de las acciones penales originarias. Pedido considerado procedente.

Así, conforme Decisión, fue conocida la acción por unanimidad de votos y rechazadas las preliminares, en los términos del voto del Relator, Min. Edson Fachin. La actuación judicial es restricta, en el caso del *impeachment*, a la garantía del debido proceso legal en el rito, especialmente, en lo que se refiere a la observancia a los derechos y garantías del acusado (legalidad, contradictorio y amplia defensa), previstos en la CADH. El papel del STF en tal juzgamiento es, por lo tanto, lo de conferir armonía al rito para con las reglas y los principios constitucionales, celando por el respeto al previsto en la Constitución de la República y en la CADH.

#### **3.7.4.2 EL PROCESO DE *IMPEACHMENT* EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS**

Denuncia por Crimen de Responsabilidad 1/2015, presentada por Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Júnior y Janaína Conceição Paschoal, en desfavor de la entonces presidenta de la República Dilma Vana Rousseff, encausada en el día 2 de diciembre de 2015, afirmaron, en síntesis:

(a) que el Brasil está “sumergido en profunda crisis” política “y sobre todo”, MORAL”, (f. 02); (b) hay un “cuadro de horror”; (c) la existencia de instituciones que “están funcionando bien”, y por eso los crímenes pueden ser desvendados; (d) hay sospechas sobre las cuentas de la campaña de la entonces presidente; (e) el Tribunal de Cuentas de la Unión “señaló flagrantes violaciones a la Ley de Responsabilidad Fiscal” (f. 03); (f) la entonces presidente “dejó de contabilizar préstamos tomados de Instituciones Financieras públicas (Caixa Económica Federal y Banco del Brasil), contrariando, a un solo tiempo, la prohibición de hacer referidos

préstamos y el deber de transparencia cuanto a la situación financiera del país. En resumen, hubo un maquillaje deliberadamente orientado a pasar para la nación (y también a los inversores internacionales) la sensación de que el Brasil estaría económicamente saludable y, por lo tanto, tendría condiciones de mantener los programas en favor de las clases más vulnerables”; (g) el Tribunal de Cuentas de la Unión “rechazó las cuentas del Gobierno Dilma, relativamente a 2014”; (i) alega la violación del art. 9º, ítems 3 y 7, de la Ley 1079/1950 (crímenes contra probidad – “no hacer efectiva la responsabilidad de sus subordinados, cuando manifiesta en delitos funcionales o en la práctica de actos contrarios a la Constitución”; “proceder de modo incompatible con la dignidad, la honra y el decoro del cargo”); (j) maquillaje de las cuentas públicas (coloquialmente llamado de “pedaladas fiscales”).

En lo tocante a los crímenes de responsabilidad practicados contra la Ley Presupuestaria, específicamente contra las normas que rigen la apertura de créditos suplementares, alegaron:

(a) la edición de decretos para apertura de créditos suplementares sin autorización del Congreso Nacional (art. 10, ítems 4 y 6, Ley 1.079/1950), en el valor de R\$18.448.483.379,00 (más de dieciocho mil millones de reales); (b) que el Gobierno Federal no estaba cumpliendo las metas de la Ley de Directrices Presupuestarias – el resultado primario; (c) que la entonces presidente conocía el incumplimiento de la meta y el no control los gastos; (d) que los hechos ocurrieron en 2014 y 2015; (e) que las Leyes Presupuestarias de 2014 y 2015 preveían que la “apertura de créditos suplementares” solamente ocurriría si fuese “compatible con la obtención de la meta de resultado primario”; (f) que la “infracción a las leyes presupuestarias es patente, contumaz y reiterada”.

Cuanto a los crímenes de responsabilidad por las “desinformaciones contables y fiscales” – alias “pedaladas fiscales, dijeron:

(a) que “la contabilidad de la Unión no refleja la realidad de las cuentas públicas – lo que afronta la necesaria transparencia” (f. 22); (b) que hubo violación al art. 11, ítems 2 y 3 de la Ley 1.079/1950, así como del art. 85 de la Constitución Federal; (c) “la Unión realizó operaciones de crédito ilegales a partir de la no transferencia de recursos a entidades del sistema financiero nacional controladas por la propia Unión” (f. 24); (d) que hubo falta de respecto al art. 29, III, de la Ley de Responsabilidad Fiscal, así como del art. 36 (que “prohíbe la realización de operaciones de crédito entre una institución financiera estatal y el ente de la federación que la controla, en la calidad de beneficiario del préstamo”); (e) los bancos oficiales surgieron solo como “operadores del programa, no como agente financiador”.

Aún, hay acusación del “no registro de valores en el rol de pasivos de la deuda neta del sector público”, crimen previsto en el art. 9º de la Ley 1.079/1950. La alegación es:

“afronta a la Ley Presupuestaria Anual – LOA, en la medida que impide el efectivo acompañamiento de las cuentas de Gobierno, pues parte expresiva del pasivo deja de ser registrada, con lo que el acompañamiento de las metas de superávit primario pasa a ser una ficción” (f. 36).

Pidieron, al final, la pérdida del mandato de la presidenta e inhabilitación para ejercer cargo público por ocho años (art. 52, párrafo único, Constitución).

En la sesión del día 3 de diciembre de 2015, la denuncia fue leída ante la Cámara de Diputados. A seguir, el presidente de la Cámara de Diputados, Eduardo Cunha, resolvió constituir Comisión Especial “destinada a dar parecer sobre la denuncia en contra de la señora presidenta de la República”, con la siguiente composición: “formada por 65 (sesenta y cinco) Diputados titulares e igual número de suplentes a ser electos por el Plenario, de acuerdo con la siguiente proporción:

PMDB 8 (ocho); PP 4 (cuatro); PTB 3 (tres); Democratas 2 (dos); PRB 2 (dos); SD 2 (dos); PSC 2 (dos); PHS 1 (uno); PTN 1 (uno); PMN 1 (uno); PEN 1 (uno); PT 8 (ocho); PSD 4 (cuatro); PR 4 (cuatro); PROS 2 (dos); PCdoB 1 (uno); PSDB 6 (seis); PSB 4 (cuatro); PPS 1 (uno); PV 1 (uno); PDT 2 (dos); PSOL 1 (uno); PTC 1 (uno); PTdoB 1 (uno); PMB 1 (uno); y Rede 1 (uno)". Y, entonces, se aprueba la notificación a la presidenta.

En 17 de abril de 2016, en sesión deliberativa extraordinaria, la Cámara de Diputados autorizó la instauración del proceso por crimen de responsabilidad, por “apertura de créditos suplementares por decreto presidencial, sin autorización del Congreso Nacional (Constitución Federal art. 85, VI, y art. 167, V; y Ley nº 1.079, de 1950, art. 10, ítem 4, y art. 11, ítem 2); y de la contratación ilegal de operación de crédito (Ley nº 1.079, de 1950, art.11, ítem 3)”<sup>80</sup>.

Después de la votación por la admisibilidad de la denuncia por la Cámara de Diputados, el proceso tramitó al Senado Federal, recibiendo, nuevamente, parecer.

### 3.7.4.3 EL MANDATO DE SEGURIDAD Nº 34.130

El presente tópico objetiva analizar el pedido de Medida Cautelar en Mandato de Seguridad 34.130/DF<sup>81</sup>, impetrado en contra los actos

<sup>80</sup> El entero tenor se encuentra disponible online en la siguiente dirección: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/impeachment-da-presidente-dilma/sessao-091-de-170416>>.

<sup>81</sup> El juzgado tiene la siguiente enmienda: MANDATO DE SEGURIDAD. MEDIDA CAUTELAR. DERECHO CONSTITUCIONAL. CONTROL DE ACTOS DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS EN EL RITO DEL PROCESO DE IMPEACHMENT DE PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO LEGAL. DEBER DE APRECIACIÓN DE LA DENUNCIA ORIGINALMENTE PRESENTADA. MEDIDA CAUTELAR DENEGADA. 1. En el juzgamiento de la ADPF 378, Rel. Min. Edson Fachin, Redactor para la Decisión el Min. Luís Roberto Barroso, DJe 18.12.2015, el Tribunal asentó que en el rito del proceso de Impeachment cabe a la Cámara de Diputados autorizar o no la instauración del proceso en contra el presidente de la República en los crímenes de responsabilidad y al Senado Federal compete el recibimiento, pronuncia y juzgamiento de la denuncia, debiendo el presente writ ser examinado a la luz de la Constitución, de la Ley 1.079/1950 y, especialmente, de lo que esta Corte decidió en la ADPF 378. 2. Tratándose de mera condición de ser procedente para la instauración del proceso de Impeachment, no existe *fumus boni iuris* cuanto a las

realizado en el curso del proceso de *impeachment* de la entonces presidente Dilma Rousseff, exponiendo las discusiones del Plenario del Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente en relación al debido proceso legal, al contradictorio y a la amplia defensa (art. 5º, LIV y LV de la Constitución de 1988<sup>82</sup>).

Es pertinente destacar que el Mandato de Seguridad es medicina constitucional, prevista en el ordenamiento jurídico brasileño para, segundo el art. 5º LXIX de la Constitución de 1988, “proteger derecho líquido y cierto, no amparado por habeas corpus o habeas data, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuera autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público”. Además, el Mandato de Seguridad no admite dilación probatoria, de forma que las pruebas y documentos esenciales deben acompañar la petición inicial. Además de eso, es posible el requerimiento de medida cautelar en instancia de Mandato de Seguridad, la cual será concedida se presente el *fumus boni iuris*, es decir, la probabilidad del derecho, la verosimilitud de las alegaciones y el *periculum in mora*, esto es, el peligro de la demora, el recelo de que la demora judicial cause un daño de grave o difícil reparación.

---

alegaciones de ofensa a la amplia defensa y al contradictorio, substanciadas en la ausencia de notificación de la denunciada sobre la realización de aclaraciones acerca de la denuncia y posterior denegación del pedido de reapertura de plazo para la manifestación de la defensa, adjuntada de documento extraño al objeto de la denuncia y ausencia de manifestación del Procurador de la impetrante en la sesión de lectura del informe en la Comisión Especial. Eso porque, en esa fase aún no hay acusado o litigante. 3. La autorización advenida de la votación habida en la Comisión Especial de la Cámara de Diputados es para el proseguimiento bajo el tenor de la denuncia, exentando para el efecto de apreciación ulterior en Plenario, lo que fuera extraño al ‘vero e próprio’ tenor primero de la denuncia. 4. Medida cautelar denegada (MS 34130 MC, Relator (a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, juzgado en 14/04/2016, PROCESO ELECTRÓNICO DJE-185 DIVULG 31-08-2016 PUBLIC 01-09-2016).

<sup>82</sup> Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:

LIV - nadie será privado de libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal;

LV - a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general son asegurados el contradictorio y amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes;

El caso en análisis, trata de Mandato de Seguridad con pedido cautelar impetrado por la presidente de la República, Dilma Vana Rousseff, representada por el Abogado-General de la Unión, José Eduardo Martins Cardozo, en virtud de los actos practicados por el presidente de la Cámara de Diputados en el ejercicio de sus competencias y del presidente y Relator de la Comisión Especial que aprobó el parecer por la admisibilidad de la apuración de la Denuncia por Crimen de Responsabilidad de nº 01/2015. El proceso fue encausado en 14/04/2016, siendo la cautelar denegada en 15/04/2016 y la Decisión publicada en 01/09/2016.

El Mandato de Seguridad, sostiene, en síntesis: a) la competencia del STF para realización de control de los actos de la Cámara de Diputados en el proceso de *Impeachment* que atenten en contra normas constitucionales y procedimentales; b) no se trata de acto *interna corporis* de la Cámara de Diputados, inexistiendo ofensa a la separación de los poderes; c) que se aplicaría al proceso de *Impeachment* las garantías fundamentales que hacen viable el ejercicio de amplia defensa, estando incluida la necesidad de imputaciones claras, objetiva y circunscriptas al objeto, sin ampliación posterior o a lo largo del proceso.

Cuanto al mérito, la inicial afirma distintas violaciones a macular los actos realizados en los autos de la Denuncia por Crimen de Responsabilidad de nº 01/2015: a) aduce que los límites de la denuncia fueron extrapolados en los debates y discusiones realizados ante la Comisión Especial, llevando a la inviabilidad de la defensa, frente el constante cambio en relación a los hechos imputados; b) resalta que, en el plano de trabajo de la Comisión, fue determinada la realización de “aclaraciones” sobre la denuncia, sin que la presidente haya sido



notificada del acto, del cual transcurrió ampliación de los hechos supuestamente posibilitadores de la práctica de crimen de responsabilidad; c) sostiene que en la sesión en que ocurrieron las “aclaraciones”, hubo extrapolación de los términos de la denuncia, siendo tratados aspectos ajenos a los trabajos de la Comisión, haciendo inviable la construcción de una defensa materialmente hábil, debido a *mutatio* emprestada a las imputaciones; d) alude que fue adjuntado a los autos del proceso que tramita en la Comisión Especial, documento absolutamente distinto al objeto de la denuncia, a saber, la delación premiada realizada en proceso penal por el Senador Delcídio do Amaral, en que pese la total desconexión de los hechos allí narrados con el objeto de la denuncia; e) argumenta que no fue aprobado el pedido de reapertura de plazo para la defensa frente la recolecta de las “aclaraciones” acerca de la denuncia presentada y acogida, lo que imposibilitó el derecho de defensa proporcional al que efectivamente viene siendo imputado; f) dice que, en confronto con la legislación de regencia, no fue autorizado al defensor constituido por la presidente en la sesión en que se realizó la lectura del informe producido por el Diputado Jovair Arantes, el derecho a la voz; g) afirma que fueron indicadas, en el parecer elaborado por el relator de la Comisión Especial, diversas imputaciones y consideraciones de cuño persuasivo, totalmente desconectadas del tenor de la denuncia, en flagrante e inconstitucional ampliación de las imputaciones de las cuales la presidente fue intimada para defenderse, lo que hace inviable la construcción de una defensa sustancialmente adecuada; h) resalta que fue aprobada por la Comisión Especial parecer elaborado por el Diputado Jovair Arantes, maculado por todos los vicios narrados arriba, de entre otros; i) aduce que fue determinada por la Mesa de la Cámara

de Diputados la lectura en Plenario y la publicación de la integra del parecer en el Diario de la Cámara de Diputados, nuevo acto practicado subsecuentemente a las nulidades apuntadas y contaminado por ellas.

Por fin, requiere la concesión de la cautelar, para que el presidente de la Cámara de Diputados, su Mesa Directiva y cualquier de sus órganos se abstengan de llevar al Plenario la deliberación referente a la Denuncia por Crimen de Responsabilidad de nº 1/2015 hasta que sanadas todas las alegadas violaciones o hasta la apreciación del Mandato de Seguridad por el Plenario del STF. En el mérito, requiere la nulidad de todos los actos del proceso de Denuncia por Crimen de Responsabilidad de nº 1/2015 posteriores a la decisión del presidente de la Cámara de Diputados que permitió la adjuntada en los autos del Término de Delación Premiada del Senador Delcídio do Amaral. Subsidiariamente, requiere: a) el reconocimiento de la nulidad del Parecer y de su lectura en Plenario, con la consecuente; b) determinación de elaboración de nuevo Parecer en los estrictos límites de la denuncia originalmente recibida por el presidente de la Cámara de Diputados; c) el desentrañamiento de los autos de todos los términos de delación premiada de cualquier persona, así como de cualquier documento extraño a las materias recibidas por el presidente de la Cámara de Diputados; d) el reconocimiento de la nulidad de la realización de la sesión de escucha de los denunciantes ocurrida en 30.03.2016 y el desentrañamiento de cualquier de los actos con ella relacionados; e) caso reconocida la validez de esta última, sea reabierto en el plazo de 10 (diez) sesiones para la presentación de la defensa.

El ministro Edson Fachin, como relator del caso, fue el primero a proferir su Voto. En el destaca que, en relación al alcance del derecho al contradictorio y a la amplia defensa en el proceso de *Impeachment*, votó

anteriormente en la ADPF 378 en el sentido de que los mismos implican: a) realizar una interpretación conforme al art. 20, §2º de la Ley 1.079/50<sup>83</sup>, con el objetivo de firmar el entendimiento de que antes de la discusión en plenario sea leída la manifestación del presidente de la República, sobre el parecer preliminar elaborado por la Comisión Especial; b) declarar la recepción del art. 22, *caput* de la Ley 1.079/50<sup>84</sup> para que, en el caso del plenario decidir que la denuncia debe ser objeto de deliberación, el presidente de la República sea notificado para contestar la denuncia, indicando medios de prueba; c) realizar interpretación conforme al art. 22, §3º<sup>85</sup> de la Ley 1.079/50 para firmar el entendimiento de que la oportunidad de contradecir el parecer final de la Comisión Especial configura medio inherente al contradictorio. Afirma, aunque resaltó en su voto anterior en la ADPF 378 que la indicación de la tipicidad es presupuesto de la autorización de procesamiento, en la medida de responsabilización del presidente de la República en las hipótesis previa y taxativamente establecidas. Sostiene que, en su voto anterior, defendió que, en relación al art. 23, §1º, de la Ley 1.079/50<sup>86</sup>, se debe dar interpretación conforme la Constitución vigente para inferir que a la expresión “decretada la acusación”,

---

<sup>83</sup> Art. 20. § 2º Cuarenta y ocho horas después de la publicación oficial del parecer de la Comisión Especial, el mismo será incluido, en primer lugar, en el orden del día de la Cámara de Diputados, para una discusión única.

<sup>84</sup> Art. 22. Terminada la discusión del parecer, y sometido el mismo a la votación nominal, será la denuncia, con los documentos que la instruyan, archivada, si no fuera considerada objeto de deliberación. En caso contrario, será remitida por copia auténtica al denunciado, que tendrá el plazo de veinte días para contestarla e indicar los medios de prueba con que pretenda demostrar la verdad del alegado.

<sup>85</sup> Art. 22 § 3º Publicado y distribuido ese parecer en la forma del §1º del art. 20, será el mismo, incluido en el orden del día de la sesión inmediata para ser sometido a dos discusiones con el interregno de 48 horas entre una y otra.

<sup>86</sup> Art. 23. § 1º Si de la aprobación del parecer resultar la procedencia de la denuncia, se considerará decretada la acusación por la Cámara de Diputados.

constante en el art. 59, I de la Constitución de 1946<sup>87</sup>, debe ser dirigida una interpretación evolutiva, a la luz del art. 51, I de la Constitución de 1988<sup>88</sup>, de forma que se debe fijar interpretación constitucional al §1º del art. 23 de la ley, en el sentido de que el efecto lógico de la procedencia de la denuncia en la Cámara de Diputados es la autorización para procesar al presidente de la República por crimen de responsabilidad, de forma que debe ser declarada la no recepción de los artículos 23, §5º<sup>89</sup>, 80, *caput*<sup>90</sup>, *ab initio*; y 81<sup>91</sup> de la Ley 1.079/50.

En su voto, el ministro Fachin resalta que a pesar de sus ponderaciones en el juzgamiento de la ADPF 378, el Plenario del STF decidió conforme el voto de divergencia del ministro Luís Roberto Barroso (voto vencedor). Conta que el ministro Barroso adujo en sus razones que el papel de la Cámara es el de simple autorización de recibimiento de la acusación, teniendo el Senado el papel de recibimiento de la denuncia, decisión de pronuncia y de condenación, de forma que, en la Cámara hay una única votación por 2/3 sobre la admisión, o no, autorización, o no, de la acusación y que, en el Senado, hay tres votaciones: por mayoría simple, para recibir la denuncia; por

---

<sup>87</sup> Art. 59 - Compete privativamente a la Cámara de Diputados: I – la declaración, por voto de la mayoría absoluta de sus miembros, de la procedencia o improcedencia de la acusación, contra el presidente de la República, en los términos del art. 88, y contra los ministros de Estado, en los crímenes conexos con los del presidente de la República.

<sup>88</sup> Art. 51. Compete privativamente a la Cámara de Diputados: I – autorizar, por dos tercios de sus miembros, la instauración de proceso contra el presidente y el Vicepresidente de la República y los ministros de Estado.

<sup>89</sup> Art. 23 § 5º São efeitos imediatos ao decreto da acusação do presidente da República, ou de ministro de Estado, a suspensão do exercício das funções do acusado e da metade do subsídio ou do vencimento, até sentença final.

<sup>90</sup> Art. 80. Nos crimes de responsabilidade do presidente da República e dos ministros de Estado, a Câmara dos Deputados é tribunal de pronuncia e o Senado Federal, tribunal de julgamento; nos crimes de responsabilidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador Geral da República, o Senado Federal é, simultaneamente, tribunal de pronuncia e julgamento.

<sup>91</sup> Art. 81 A declaração de procedência da acusação nos crimes de responsabilidade só poderá ser decretada pela maioria absoluta da Câmara que a preferir.

mayoría simple, para la pronuncia; y por mayoría de 2/3, para la condenación.

En continuidad, después de exponer las razones del voto vencedor del ministro Barroso en la ADPF, el ministro Fachin resalta que mantiene la misma convicción de su Voto anterior, pero que, en virtud del principio de la colegialidad, los pedidos del Mandato de Seguridad deben ser analizados bajo la perspectiva del voto vencedor del ministro Barroso en la ADPF 378.

Después de dicha explicación, dando continuidad al voto, el ministro Fachin aduce que, relativamente (a) a la extrapolación de la denuncia en los debates y discusiones ante la Comisión Especial, (b) a la ausencia de notificación de la denunciada sobre la realización de aclaraciones sobre la denuncia y (c) a la total extrapolación de los términos de la denuncia, lo que se está debatiendo es la admisibilidad para la autorización del procesamiento y juzgamiento de *Impeachment*. En ese aspecto, el ministro Fachin alude que el encargo probatorio durante la tramitación del pedido de *Impeachment* en la Cámara de Diputados, debe ser conforme el voto vencedor del ministro Barroso en la ADPF 378. Sostiene que, conforme adujo el ministro Barroso, el rito del *Impeachment* ante la Cámara, previsto en la Ley nº 1.079/50, tuvo su sistemática en parte revocada por la Constitución de 1988 que alteró el papel institucional de la Cámara en el *Impeachment* del presidente de la República. Para el ministro Fachin, conforme voto vencedor del ministro Barroso, el Plenario de la Cámara debe deliberar una única vez, por mayoría calificada de sus integrantes, sin necesitar, dejar de incumbirse de gran encargo probatorio, pues cabe a la Cámara solo autorizar o no la instauración del proceso. Según el ministro Fachin, de acuerdo con el Voto vencedor del ministro Barroso, no pueden ser

considerados como recepcionados por la Constitución de 1988 preceptos legales que atribuyen a la Cámara de Diputados funciones excedentes del papel de instauración de proceso en contra el presidente. Así, en los términos del voto de Barroso, deben ser considerados como recepcionados por la Constitución de 1988 los arts. 20 y 21 de la Ley nº 1.079/50<sup>92</sup>, desde que, interpretados conforme la Constitución, para que se entienda que las “diligencias” referidas en el art. 20 no se destinan a probar la (im)procedencia de la acusación, pero solo a aclarar la denuncia.

El Voto del ministro Fachin asevera que, como se infiere de la lectura del Voto vencedor del ministro Barroso en la ADPF 378, no se debería admitir como ofensa al derecho al contradictorio las aclaraciones propuestas por la Comisión Especial, pues las diligencias referidas en el art. 20 no se destinan a probar la (im)procedencia de la acusación, pero sí a aclarar la denuncia.

El ministro Fachin registra que, por ocasión de los debates realizados en el juzgamiento de la ADPF 378, destacó una preocupación en relación a la consecuencia del rito que la divergencia del ministro Barroso proponía. Explica que tal preocupación con el rito más abreviado en la Cámara, sería porque el derecho de la presidente defenderse sería mucho abreviado. Apunta el ministro Fachin que,

---

<sup>92</sup> Art. 20. La Comisión a que alude el artículo anterior se reunirá dentro de 48 horas y, después de elegir su presidente y relator, emitirá parecer, dentro del plazo de diez días, sobre si la denuncia debe ser o no juzgado objeto de deliberación. Dentro de ese periodo podrá la comisión proceder a las diligencias que juzgar necesarias para aclaración de la denuncia.

§ 1º El parecer de la comisión especial será leído en el expediente de la sesión de la Cámara de Diputados y publicado integralmente en el Diario del Congreso Nacional y en independientes, juntamente con la denuncia, debiendo las publicaciones ser distribuidas a todos los diputados.

§ 2º Cuarenta y ocho horas después de la publicación oficial del parecer de la Comisión especial, será el mismo incluido, en primer lugar, en el orden del día de la Cámara de Diputados, para una discusión única

Art. 21. Cinco representantes de cada partido podrán hablar, durante una hora, sobre el parecer, resaltado el relator de la comisión especial el derecho de responder a cada uno.

durante las discusiones, propuso que en la Comisión Especial fuesen garantizadas tres manifestaciones: luego después del parecer preliminar; después de la primera discusión única en el Plenario de la Cámara, que admite la denuncia como objeto de deliberación, veinte días para contestar, y un conjunto de razones finales después del parecer final de la Comisión. El ministro Fachin aún destaca que, en las discusiones del juzgamiento de la ADPF 378, el ministro Barroso propuso que el rito en la Cámara fuese exactamente lo mismo adoptado para el *Impeachment* de Collor, que tuvo diez sesiones para la defensa establecidas por el STF, resaltando el ministro que aquello que se pierde en ritual en la Cámara se transfirió, por fuerza de la Constitución, para el Senado. En ese cuadro, el ministro Fachin aduce, aunque, por la lectura de los debates que integran la decisión de la ADPF 378 no hay en rigor ni litigante, ni acusado. Frente todo lo expuesto, el ministro Fachin concluye que, en el mandato de seguridad en análisis, lo que la presidente objetiva es hacer prevalecer la tesis que restó vencida en el juzgamiento de la ADPF 378, lo que no tiene cabimiento.

Cuanto a la (d) adjuntada de documento extraño al objeto de la denuncia, en especial, la delación premiada realizada por el Senador Delcídio do Amaral, el ministro Fachin sostiene que tal elemento fue considerado como irrelevante para el informe final de la Comisión Especial. Argumenta aunque, si es en el Senado que el contradictorio deberá ser ampliamente ejercido, debe ser en el Senado que la pertinencia del documento con la denuncia debe ser evaluada.

En relación a (e) no aprobación del pedido de reapertura del plazo para la defensa después de las aclaraciones prestadas, el ministro Fachin asevera que no prospera para la presidente, pues en los términos del Voto vencedor en la ADPF 378, no se está a promover acusación, pero

simple discusión sobre posible juicio de autorización para la instauración de proceso de *Impeachment*, de forma que las diligencias deben ser entendidas como siendo aquellas tendientes a aclarar la denuncia. El ministro Fachin registra, aún, conforme Solicitud n° 24/2016 que la Comisión Especial invitó a la presidente a participar de la fase de aclaraciones.

El ministro Fachin aún vota en el sentido de que la (f) falta de manifestación del Procurador de la presidente en la sesión de lectura del Informe no constituye cercenamiento de defensa porque tal momento es de competencia exclusiva de los Diputados miembros de la Comisión. Sostiene aún, en lo que se refiere (g) a las distintas imputaciones y consideraciones supuestamente desconectadas del tenor de la denuncia como originalmente formulada, como lo que se apreciará en el Plenario es mismo tenor inicial, Fachin afirma que no se sostiene la alegación de obstaculización de la defensa adecuada, pues la impetradora se manifestó sobre tales imputaciones en el día 04/04/2016 después del cierre de la fase de aclaraciones.

Después de tales fundamentaciones, Fachin concluyó su Voto en el sentido de que, tomando como baliza el Voto vencedor en la ADPF 378, no constatados los vicios alegados, no hay que hablarse en nulidad del Parecer o en necesidad de renovación de cualquier de los actos ya practicados. Asenta que la autorización advenida de la votación habida en la Comisión Especial es para el proseguimiento bajo el tenor de la denuncia original, exentándose, para apreciación ulterior en plenario de la Cámara de Diputados lo que fuera extraño al primer tenor de la denuncia. Por fin, concluye por la no concesión de la cautelar, por la ausencia de *fumus boni iuris*.



Después del ministro Fachin proferir su voto como Relator, el Abogado-General de la Unión propuso cuestión de orden, solicitando que pudiese realizar sustentación oral. Fundamentó su pedido en el sentido de que se interpretase el Código de Proceso Civil de manera conyugada con la Ley que disciplina el Mandato de Seguridad, para entenderse por la posibilidad de, en casos como ese, en que pudiese haber la pérdida del objeto del Mandato de Seguridad por la no concesión de la medida cautelar, se defiriese al abogado la posibilidad de sustentación oral.

Cuanto al pedido, el Relator ministro Fachin, afirmó que, como posiblemente se encontraban en la última sesión que precedería la circunstancia fáctica a que el Mandato de Seguridad se refería, votó en el sentido de deferir la sustentación oral. Después, fue abierto el debate cuanto a la posibilidad de sustentación oral. El ministro Ricardo Lewandowski acompañó el ministro Fachin, alegando que estaban frente una situación excepcional, pues cualquier decisión a ser tomada por la Cámara de Diputados tendría un grande impacto político, social y económico. Aludió que mismo que después la Corte revea el entendimiento en un juzgamiento de mérito del mandato de seguridad, los perjuicios serán irreparables. Afirmó que, en homenaje al principio de la amplia defensa, sería adecuado oír el Abogado-General de la Unión.

En manifestación cuanto a la posibilidad de sustentación, el ministro Gilmar Mendes afirmó la inconsistencia del argumento del Abogado-General de la Unión, aduciendo que, si no fuera aprobada la cautelar, el mandato de seguridad prosigue y se puede anular la decisión de la Cámara. En el mismo sentido, el ministro Celso de Mello afirmó no ser viable la postulación del Abogado-General de la Unión, resaltando que, mismo que no aprobada la cautelar, el *writ* del mandamiento podrá

venir a ser concedido, con la invalidación de la deliberación cuestionada.

Aún cuanto a la cuestión, el ministro Marco Aurélio resaltó que la extensión del pedido, en términos de cautelar no define el derecho o no a la sustentación en la tribuna. Ya el ministro Barroso afirmó que no concordaba con la colocación de una excepción para que el Abogado-General de la Unión sostuviese, votando por la imposibilidad de sustentación. El ministro Barroso fue acompañado por los ministros Teori Zavascki, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes y Marco Aurélio. Los argumentos traídos fueron, entre otros, la necesidad de resguardarse la isonomía. El ministro Celso de Melo también no aprobó el pedido de sustentación oral, alegando que, no obstante, la vigencia del nuevo Código de Proceso Civil, aún continua a subsistir la inadmisibilidad de la sustentación oral en ciertas causas como en los pleitos de medida cautelar.

Así, el Plenario del STF decidió, por mayoría, no aprobar la solicitud del Abogado-General de la Unión de realizar sustentación oral, vencidos los ministros Edson Fachin y Ricardo Lewandowski, que acogían el pedido.

Voto subsecuente fue lo del ministro Luís Roberto Barroso, para el cual, en síntesis, hay las siguientes impugnaciones por parte de la presidente de la República: 1) la de que el parecer iría allá del objeto de la denuncia, en los términos en que ella fue efectivamente recibida; 2) las violaciones a la amplia defensa y al contradictorio. Alude que, tal como el ministro Fachin, piensa que la deliberación que será hecha por la Cámara será en los términos de la denuncia. Aduce que cree que el parecer dice muchas cosas más allá, pero, concretamente, fuera lo que

sea *obiter dicta* o contextualización, trata de las dos imputaciones demarcadas por la denuncia.

En manifestación sobre el voto del ministro Barroso, el ministro Fachin alude que la pretensión de la impetración es hacer un control judicial del contenido del parecer, lo que no acoge. En respuesta, Barroso afirma que interpretó lo que está en el parecer, que no sean las cuestiones de denuncia, como *obiter dicta* y no propiamente materia a ser objeto de deliberación. Aduce que en lo tocante a las violaciones a la amplia defensa y al contradictorio restó asentado que esa fase en la Cámara aún era una fase preprocesal, por lo tanto, una analogía más próxima a una investigación de lo que la de un proceso ya judicializado. Argumenta que la amplia defensa y el contradictorio más minucioso serán ejercidos eventualmente en el Senado. Dice que considerara que la deliberación en la Cámara era un juicio preliminar político de simple autorización. Argumento que si es equiparable a la investigación, es una fase en que el contradictorio es mitigado. Cuanto a la queja de no haber podido responder a tiempo y a la hora algunas impugnaciones, incluso fuera del ámbito de la denuncia, dice que no se aplica aquí, por decisión del Supremo, un contradictorio detallado y minucioso.

Después del voto del ministro Barroso, el ministro Lewandowski requirió una aclaración en relación al art. 218, párrafo 8º de la Resolución de la Cámara de Diputados nº 22, de 1992<sup>93</sup>. Afirmó que entendió que tanto el ministro Fachin como el ministro Barroso estaban afirmando que lo que será considerada es denuncia en sus dos aspectos y no el parecer. El ministro Fachin, en respuesta, afirmó que tentó en su voto explicar que la orientación mayoritaria en la ADPF 378, en contra

---

<sup>93</sup> \*Art. 218. (...) § 8º Terminada la discusión del parecer, será lo mismo sometido a votación nominal por el proceso de llamada de los Diputados.

su voto, del ministro Gilmar y del ministro Toffoli, se formó en el sentido de delimitar esa fase como simplemente autorizadora, transfiriendo al Senado un papel de destaque. Dice que la conclusión que llega es solo la de inferir coherencia con el voto mayoritario. Aduce que la interpretación que el ministro Lewandoski está a dar y ese dispositivo sucumbe frente de lo que prevaleció mayoritariamente en el Plenario. En réplica, el ministro Lewandowski alude que también entiende que la Corte decidió en la ADPF 378 que esa es una fase de simple prueba en la Cámara de Diputados. Todavía, resalta que está entendiendo que sería una cierta demasía colocarse en votación en Plenario una imputación que atribuye a la presidente hechos anteriores a los mandatos, o hechos anteriores, incluso, al momento en que ella fue electa por primera vez. Cuestiona si la Cámara tendría la amplitud de deliberar sobre cualquier tema que extrapolase la denuncia. En contra argumentación, Fachin afirma que el recibimiento de la denuncia la delimitó, de forma que cuando se refiere a la denuncia original, está refiriéndose a la denuncia al recibimiento que es autoridad de la Presidencia de la Cámara.

El ministro Teori Zavascki votó en el sentido de acompañar el Relator. En su voto, aduce no ver los requisitos para la concesión de la cautelar en el mandato de seguridad. Sostiene que las alegaciones de la presidente pueden ser divididas en dos grandes bloques. Dice que un bloque es referente a la cuestión relacionada con el exceso, en que el Mandato de Seguridad no deja claro si es exceso en la deliberación de la Comisión, afirmando que hubo exceso en los debates hechos en la Comisión, que tendrían ido allá del objeto de la denuncia. El ministro continúa afirmando que se alega también que se adjuntaron documentos extraños al objeto y que el objeto deberá ser la denuncia en

los términos y límites en que fue recibida. Alude que el ministro Fachin resolvió eso muy claramente, así como el ministro Barroso, siendo ese el primero bloque de alegaciones. Dice que el segundo bloque de alegaciones dice respecto a posibles daños al contradictorio y a la amplia defensa. Alude que en ese punto el ministro Fachin dejó puntuado que el procedimiento en el ámbito de la Comisión, como definido en el juzgamiento de la ADPF 378, es un procedimiento de la admisibilidad de la acusación. Resalta que acrecentaría que siempre es necesario que se demuestre efectivo perjuicio decurrente de la alegada nulidad por cercenamiento de defensa. Argumenta que las diversas oportunidades que la defensa tuvo de manifestarse en el proceso alejaron eventuales deficiencias puntuales que pueden haber habido. Dice que no ha visto en el mandato de seguridad demostración de perjuicio efectivo por eventuales inconsistencias que puedan haber habido en relación al contradictorio y al derecho de defensa, especialmente en lo que se refiere a la falta de oportunidad para manifestarse sobre las aclaraciones adicionales.

Posteriormente, la Ministra Rosa Weber profirió su voto. En él afirma que dedujo que el ministro Fachin parte del principio de que la denuncia debe ser apreciada en los exactos límites en que fue recibida. Alude que, al hacer la lectura de la inicial del Mandato de Seguridad, ha visto que en ella se alega que la denuncia presentaba una tercera imputación, pero que fue recibida solo cuanto a dos imputaciones. Aduce que le parece que por eso el Abogado-General de la Unión vino defender la tesis de la preclusión, pues en el momento oportuno no tendría sido manejado el recurso previsto en el Reglamento Interno de la Cámara. Sostiene que, partiendo del presupuesto que están tratando de la denuncia en los límites en que recibida, acompaña integralmente

el voto de Fachin en el sentido de que también no se puede alegar cercenamiento de defensa en función del cuanto decidido en el examen de la ADPF 378.

Ya el ministro Luiz Fux, en su Voto, destaca que en la ADPF 378 el STF estableció ese rito concediendo a la Cámara solo el poder de autorizar el encaminamiento del proceso al Senado Federal. Alude que la cuestión del juzgamiento *ultra, extra ou citra petita* es una cuestión que se dará en el ámbito del Senado Federal, porque el propio STF decidió que la actuación de la Cámara es la de solo autorizar el encaminamiento del proceso para el Senado Federal. Sostiene que los ministros Fachin y Barroso dejaron claro que el parecer se astringe exactamente a esos dos hechos relativos a la denuncia. Aduce que asiste también razón al ministro Teori en el sentido de que, en esa fase, no hay ningún perjuicio y la ley es clara en el sentido de que no se decreta ninguna nulidad cuando no hay perjuicio, por fuerza del principio de la instrumentalidad de las formas.

Después, la Ministra Carmen Lúcia presento su voto en el sentido de acompañar el Relator, llamando atención para la circunstancia que fue por él enfatizada de que, en los documentos adjuntados en el Mandato de Seguridad, se tiene por lo menos en algunos trechos la copia del parecer y, en más de una ocasión, se hace referencia a eventos que dicen respecto al periodo anterior. Alude que no podrían ser incluidos hechos y actos supuestamente practicados, pero que no dicen respecto al actual mandato. Dice que lo que es objeto de la denuncia es lo que fue objeto del parecer, en lo que necesita ser ahora sometido rigurosamente y estrictamente.

El ministro Gilmar Mendes, en su voto, acompaña integralmente el Relator.

Ya el ministro Marco Aurélio, en su Voto, aduce que la cautelar debe ser concedida en algún sentido. Alude que todos los colegas están de acuerdo en asentar que, en el caso, la presidente es juzgada según los términos de la denuncia y no los del parecer, en el cual hubo la unión de hechos extraños a la denuncia. Dice que, en la parte no admitida no hubo recurso para el Plenario, como previsto en el Reglamento Interno de la Cámara.

El ministro Marco Aurélio aduce que pidió un aparte al ministro Barroso después de él haber consignado el rito de la Cámara en la ADPF 378. Dice que cuestionó el ministro Barroso en el sentido de que, en rigor, llevando en cuenta clausula constitucional, aún no se tiene en el ámbito de la Cámara ni acusado ni litigante. Después de la explicación, levantó la cuestión de se podrían cogitar de lo que proclamó el ministro Barroso (diez sesiones para defensa) si aún no se tiene la calificación de acusado en la Cámara, aunque existente denuncia a concluir imputaciones. Alude que a su ver no.

Aún, el ministro dice que entiende que los hechos articulados en la inicial del Mandato de Seguridad fueron comprobados. Aduce que en el Mandato de Seguridad se apuntó haber algo que prácticamente impidió el ejercicio del derecho de defensa. Alude que volviendo a la Ley nº 1.079/50, reconoce que hay una razón de ser de la existencia del parecer. Dice que él gana contornos y hasta verdadera pronuncia, teniendo sido leído en sesión como redactado. Admite que el tribunal apuntó que no se tiene en el proceso de la Cámara dos fases: habría la fase previa, en la cual no habría derecho de defensa, que desaguaría a tenor del dispuesto en la Ley nº 1.079/50, en una deliberación para asentarse, en el caso, la denuncia es objeto o no de deliberación, siendo que, observada esa primera fase, volvería el proceso a la comisión para instrucción, que

presupone la audición de la involucrada y emisión de un nuevo parecer cuanto al que sería, segundo la Ley n° 1.079/50, la procedencia, o no, de la imputación y la continuidad del proceso de impedimento. Cree que considerado hasta el propio sistema se tiene fase de audición de la interesada y otra, como está en la ley, de verdadera instrucción. Dice que, segundo el §1º del artículo 22<sup>94</sup> de la Ley n° 1.079/50, concluido el plazo y con o sin contestación de la acusada, la Comisión Especial determinará las diligencias requeridas por quién denunció y también por la denunciada o lo que juzgar conveniente y realizará las sesiones necesarias para la toma de declaraciones de los testigos de ambas las partes. Aduce que al menos que se declare que ese artículo 22 de la Ley n° 1.079/50 es inconstitucional, hay que observarse, admitida la fase única para parecer, el debido proceso legal y el contradictorio.

El ministro Marco Aurélio argumenta también en su voto que ha de haber por el consenso de la mayoría el diferimiento de alguna cautelar, porque, sino la deliberación en la Cámara considerará en último análisis el parecer que fue leído en Plenario. Alude que no tiene duda de que los diputados van tomar en cuenta la pieza de la Comisión

---

<sup>94</sup> Art. 22. Terminada la discusión del parecer, y sometido el mismo a votación nominal, será la denuncia, con los documentos que la instruyan archivada, si no fuera considerada objeto de deliberación. Caso contrario, será remitida por copia auténtica al denunciado, que tendrá el plazo de veinte días para contestarla e indicar los medios de prueba con que pretenda demostrar la verdad del alegado.

§ 1º Expirado ese plazo y con o sin la contestación, la comisión especial determinará las diligencias requeridas, o que juzgar convenientes, y realizará las sesiones necesarias para la tomada de declaración de los testigos de ambas partes, pudiendo oír el denunciante y el denunciado, que podrá asistir personalmente, o por su procurador, a todas las audiencias y diligencias realizadas por la comisión, interrogando y contestando los testigos y requiriendo nueva interrogación o careo de las mismas.

§ 2º Expiradas esas diligencias, la comisión especial proferirá, en el plazo de diez días, parecer sobre la procedencia o improcedencia de la denuncia.

§ 3º Publicado y distribuido ese parecer en la forma del §1º del art. 20, será el mismo, incluido en el orden del día de la sesión inmediata para ser sometido a dos discusiones, con el interregno de 48 horas entre una y otra.

§ 4º En las discusiones del parecer sobre la procedencia o improcedencia de la denuncia, cada representante de partido podrá hablar una sola vez y durante una hora, quedando las cuestiones de orden subordinadas al dispuesto en el §2º del art. 20.



Especial tal como se contiene. Argumenta que, si el STF concluye que la denuncia baliza la apreciación del colegiado, debe señalar en ese sentido y la única forma de hacerlo, con eficacia es implementando una cautelar. Afirma que el artículo 22 de la Ley nº 1.079/50 fue recepcionado por la Carta de 1988. Cuestiona lo que será objeto de la deliberación, si la imputación contenida en la denuncia recibida o las imputaciones contenidas en el parecer de la Comisión Especial. Alude que el consenso es en el sentido de ser la denuncia, tal como recibida por el presidente de la Casa. Resalta aún que quedó vencido cuando dijo que, teniendo la deliberación del Senado tamaña repercusión a implicar el alejamiento de la presidente de la República por 180 días, esa medida debe presuponer votación por la mayoría calificada, de 2/3. Dice que el tribunal apuntó que no, que la deliberación del Senado podría hacerse por mayoría simple. Constata que el proceso en la Cámara en el cual se exige para tenerse como autorizada la acusación 2/3 es de la mayor valía, pues abre la puerta para una criba del Senado, a ocurrir por mayoría simple. Cuestiona si no cabe cautelar la acusación al que constante de la denuncia.

Aún, el ministro Marco Aurélio alude que el parecer extravasa los límites de la denuncia. Aduce que la presidente se defendió tal como constante en la denuncia y no en el parecer de la Comisión Especial. Argumenta que si el Supremo silenciarse cuanto a esa cuestión habrá la consideración del parecer en la extensión existente, objeto de lectura para conocimiento de los que votarán.

En manifestación el ministro Lewandowski alude que esa es una preocupación suya porque segundo el art. 218 §8º de la Resolución de la

Cámara de Diputados nº 22, de 1992<sup>95</sup> es el parecer que será sometido a la votación y todos afirmaron que debe tener una correspondencia entre él y la denuncia.

En continuidad, el ministro Marco Aurélio argumenta que como la presidente se defendió de la denuncia, no se defendió después de la lectura del parecer en el Plenario, de forma que la deliberación del Colegiado mayor tendrá de considerar estrictamente la denuncia y no el parecer, que la extravasó. Afirmó que acoge, en un primer plano, las preliminares de nulidad. Dice que ha de haber el implemento de cautelar, para que no haya dudas que la deliberación del Plenario de la Cámara de Diputados quedará estricta a lo que se contiene en la denuncia admitida, no pudiendo el colegiado tomar en cuenta hechos diversos, no constantes en la denuncia.

En su voto, el ministro Celso de Mello acompañó el ministro Relator Edson Fachin, no aprobando la postulación cautelar.

Por fin, en su voto, el ministro Lewandowski dice que concuerda con el ministro Marco Aurélio en lo que dice respecto a la necesidad de implementar una cautelar, teniendo en vista la conclusión que llegó el plenario en el sentido de que la denuncia debe ceñirse solo aquellas dos acusaciones que fueron recibidas por el presidente de la Cámara. Dice que entiende que el procedimiento en la Cámara es un procedimiento que lleva a un simple juicio de admisibilidad, un juicio, segundo la ADPF 378, precario, porque puede ser alterado por el Senado, de manera que no llega el punto de asentar que hubo nulidad por cercenamiento de la defensa. Aduce que el plenario de la Cámara por amplia mayoría entendió que no hubo nulidad insanable. Alude los denunciantes fueron

---

<sup>95</sup> "Art. 218. (...) § 8º Terminada la discusión del parecer, será lo mismo sometido a votación nominal por el proceso de llamada de los Diputados.

oídos y la denunciada no. Argumenta que hubo perjuicio, el cual se materializó en el sentido del desbordamiento del parecer con relación aquello que se contenía en la denuncia. Insistiendo en el art. 218, § 8º de la Resolución de la Cámara de Diputados nº 22, de 1992, que dice que el parecer es que será sometido a la votación nominal por parte de la Cámara de Diputados, afirma que acoge el pedido alternativo formulado en la impetración de la alinea “c”, en el sentido de que haya el debido desentrañamiento de los autos de la Denuncia por Crimen de Responsabilidad nº 1 de 2015 de todos los documentos relativos a delaciones premiadas de cualquier persona, así como de cualquier documento que sea extraño a las materias recibidas por el presidente de la Cámara de Diputados. Concluye que si el §8º del art. 218 de la Resolución de la Cámara de Diputados nº 22, de 1992 establece que el parecer que es votado y si el parecer trae una serie de materias extravagantes puede inducir a error los nobles Parlamentares. Vota por la implementación parcial de la medida cautelar para que sea eliminado del parecer todo aquello que no consta de la denuncia recibida por el presidente de la Cámara de Diputados y, en consecuencia, nada de aquello que conste de la denuncia, si eventualmente acepta por la Cámara de Diputados, pueda ser apreciado por el Senado Federal.

Frente ese cuadro, los ministros del Supremo Tribunal Federal, decidieron, por mayoría y en los términos del voto del Relator ministro Edson Fachin, no aprobar el pedido de medida cautelar y firmar el entendimiento en el sentido de que: “(...) la autorización advenida de la votación habida en la comisión especial es para el proseguimiento bajo el tenor de la denuncia original, exentándose, para el efecto de apreciación ulterior en plenario de la Cámara de Diputados, lo que fuera extraño al tenor ‘vero y propio’ del tenor primero de la denuncia”.

Fueron vencidos los ministros Marco Aurélio y Ricardo Lewandowski. En el fin del juzgamiento, sometida la cuestión al Plenario, los ministros autorizaron que fuese consignado en acta que el objeto de deliberación por la Cámara estará restringido a la denuncia recibida por el presidente de aquella Casa, o sea i) “seis Decretos firmados por la denunciada en el ejercicio financiero de 2015 en desacuerdo con la LDO y, por lo tanto, sin autorización del Congreso Nacional” e ii) “reiteración de la práctica de las llamadas pedaladas fiscales”.

#### **3.7.4.4 EL PROCESO DE *IMPEACHMENT* EN EL SENADO**

##### **3.7.4.4.1 DE LA ADMISIBILIDAD DE LA DENUNCIA ANTE EL SENADO FEDERAL**

Afirmó el informe que el defecto de la conducta de la entonces presidente Dilma Vana Rousseff fue la forma como condujo la política fiscal, “mediante el uso irresponsable de instrumentos presupuestarios-financieros”. Así para “tipificar” la conducta, se decidió que hubo:

- (a) “Ofensa a los art. 85, VI y art. 167, V de la Constitución Federal, y a los art. 10, ítem 4, y art. 11, ítem 2 de la Ley nº 1.079 de 1950, por la apertura de créditos suplementares sin autorización del Congreso Nacional”.
- (b) “Ofensa a los art. 85, VI y art. 11, ítem 3 de la Ley nº 1.079, de 1950, por la contratación ilegal de operaciones de crédito con institución financiera controlada por la Unión”.

Se admitió la denuncia, instaurándose el proceso de impeachment.

### **3.7.4.5 DEL PARECER DE LA JUNTA PERICIAL DESIGNADA EN EL ÁMBITO DE LA COMISIÓN ESPECIAL DEL IMPEACHMENT 2016 – SENADO FEDERAL**

Siguiendo para el parecer de la Junta Pericial, se entendió que:

#### **(a) sobre los decretos de crédito suplementar:**

“1. La estricta redacción del art. 4º de la LOA/2015 no hace mención a la compatibilidad entre los Decretos y la programación financiera, pero entre aquellos y la programación presupuestaria. Los institutos, aunque correlacionados, no se confunden. Ejemplo de eso es el pagamiento de restos a pagar y la restitución de recursos de terceros, que tienen reflejados la programación financiera, pero no en la presupuestaria.

2. En ese escenario, de los cuatro Decretos no numerados ora en análisis, que abrieron crédito suplementar, tres de ellos promovieron alteraciones en la programación presupuestaria incompatibles con la obtención de la meta de resultado primario vigente en la época de la edición de los Decretos. Son ellos: los Decretos de 27 de julio de 2015, en los valores de R\$ 1.701.389.028,00 y R\$ 29.922.832,00; y el Decreto de 20 de agosto de 2015, en el valor de R\$ 600.268.845,00.

3. Como esos decretos no se subsumen las condicionantes expresas en el caput del art. 4º de la LOA/2015, su apertura demandaría autorización legislativa previa, en los términos del art. 167, inciso V, de la CF/88.

4. En el momento de la edición de los Decretos, la meta vigente era aquella originalmente constante de la LDO/2015. No obstante, la meta considerada a la época, incluso para fines de definición y operacionalización de las limitaciones de empeño y movimentación

financiera, fue la constante del PLN 5/2015, que solo fue convertido en la Ley nº 13.199/2015 en 3 de diciembre de 2015.

**5.** Aunque no se haya obtenido informaciones completas relativas a la ejecución de las partidas suplementares constantes exclusivamente de esos tres Decretos (excluidas las partidas iniciales y demás suplementaciones), esta Junta identificó que por lo menos una programación de cada decreto fue ejecutada presupuestaria y financieramente en el ejercicio financiero de 2015, con consecuencias fiscales negativas sobre el resultado primario apurado.

**6.** Hay efectos negativos sobre la obtención de la meta resultado primario transcurridos de la utilización del superávit financiero del ejercicio anterior y del exceso de recaudación como fuentes para suplementación de gastos primarios.

En el caso del superávit financiero, los recursos constituyen ingreso presupuestario de ejercicio anterior, no siendo computados como nuevo ingreso presupuestario en el ejercicio en que se abre el crédito suplementar. La consecuencia es generación de un gasto primario no compensado por una recaudación de ingreso primario o cancelación de un gasto primario de montante equivalente.

En lo que tange al exceso de recaudación de ingresos primarios, eses constituyen ingreso primario del ejercicio y tienen efecto positivo sobre el resultado primario. Así, en una situación de no cumplimiento de la meta, tal como la relatada en los diversos Informes de Evaluación de Ingresos y Gastos Primarios editados por el Poder Ejecutivo a lo largo del ejercicio de 2015, ese exceso de recaudación debe ser utilizado para la recomposición del resultado fiscal proyectado, objetivando el alcance de la meta vigente en la época considerada.

7. Segundo las informaciones presentadas por la SOF (DOC 121 y anexos), en los procesos de formalización de los Decretos no hubo alerta de incompatibilidad con la meta fiscal.

8. Hay acto comisivo de la Exma. Sra. presidente de la República en la edición de los Decretos, sin controversia sobre su autoría”<sup>96</sup>.

**(b) sobre las operaciones con bancos oficiales:**

1. Las subvenciones concedidas en el ámbito del Plano Safra tiene previsión legal (Ley nº 8.427/1992), y el gasto ejecutado en 2015 había previsión presupuestaria de la LOA/2015. Las subvenciones son pagadas al Banco de Brasil por el Tesoro Nacional por equalización de tasas y los beneficiarios son los tomadores de crédito rural contratado junto a la institución financiera. Los pagamientos de esas subvenciones son regulados por normas del Ministerio de Hacienda.

2. Hubo operaciones de crédito del Tesoro Nacional junto al Banco de Brasil, conforme las normas contables vigentes, en consecuencia, de los retrasos de pago de las subvenciones concedidas en el ámbito del Plano Safra. En 31 de diciembre de 2014, el valor debido por el Tesoro al Banco de Brasil era de R\$ 9,51 mil millones, y, en 15 de diciembre de 2015, de R\$ 10,65 mil millones (DOC 132).

3. A despecho del comando del art. 50, inciso II, de la LRF, los pasivos – subvenciones y operaciones de crédito – no eran, históricamente, registrados por el Tesoro Nacional lo que pasó a ocurrir a partir de 31 de diciembre de 2015 (DOC 132). En contrapartida, el Banco del Brasil

---

<sup>96</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer da Junta Pericial designada no âmbito da Comissão Especial do Impeachment* 2016. Disponible online en: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?t=196168&mime=application/pdf>, acceso en enero de 2018>.

registraba los valores debidos por el Tesoro Nacional en su balance patrimonial en cuenta del activo no captada por las estadísticas fiscales elaboradas por el Banco Central.

4. A atualização da subvenção devida é calculada com base nas taxas SELIC e da caderneta de poupança. Tais taxas remuneram o credor, em lugar de apenas manterem o poder aquisitivo dos montantes devidos. Desse modo, tal atualização constitui verdadeira correção da subvenção devida.

La actualización de la subvención devida es calculada con base en las tasas SELIC y de la libreta de ahorro. Tales tasas remuneran el acreedor, en lugar de solo mantener el poder adquisitivo de los montantes debidos. De ese modo, tal actualización constituye verdadera corrección de la subvención devida.

5. En consecuencia de retrasos de pagamiento, el montante acumulado, en 31 de diciembre de 2014, a título de corrección (“actualización”) del principal debido era de R\$ 1,05 mil millones (DOC 132). En 2015, el valor efectivamente pagado a ese título fue de R\$ 1,13 mil millones (Tabla 8).

6. Las cuotas con vencimiento entre los meses de enero y de noviembre de 2015 fueron pagadas con retraso, en diciembre de 2015, lo que generó el pagamiento de corrección de R\$ 450,57 millones del principal (Tabla 7).

7. Las Normas (Portarías) del Ministerio de Hacienda que reglamentan los pagos en el ámbito del Plano Safra no definen explícitamente el plazo para pagamiento, pero lo hacen de forma implícita, estipulando un marco temporal a partir del cual incidirá la corrección de la actualización devida.



**8.** Específicamente en lo que tange a la Portaria MF nº 315/2014, la actualización comenzaba a ser acumulada a partir del primer día después del final del plazo de la eculización, siendo franqueado hasta veinte días para que el Bando del Brasil presentase los documentos exigidos para la liquidación del gasto y para el consecuente pagamiento (art. 1º, §2º de la Ley nº 8.427/1992, así como arts. 62 y 63, § 1º, ambos de la Ley nº 4.320/1964). En ese sentido, ante la inexistencia de un término para vencimiento, vigoraba el principio de la exigibilidad inmediata de la obligación, debiendo el pagamiento haber sido efectuado en la misma fecha en que el Banco de Brasil presentase los referidos documentos.

**9.** La Portaria MF nº 419/2015 autorizaba el pagamiento de eculización generadas entre 1º de julio de 2015 y 31 de diciembre de 2015. Caso el envío de los documentos ocurriese hasta el vigésimo día del mes subsecuente al fin del periodo de apuración, habría la verificación de conformidad, por la STN, hasta el último día del mes. Caso eso aconteciese después de ese vigésimo día, el plazo de validación sería extendido hasta el último día del mes subsecuente al del envío. La eculización sería corregida después del primer día del mes subsecuente a la validación de conformidad por la STN. Así, el pagamiento debería ocurrir hasta el último día del mes del envío de los documentos o, si las informaciones fuesen enviadas después de ese vigésimo día del mes, tal pagamiento debería ocurrir hasta el último día del mes subsecuente al de este envío.

**10.** El pagamiento de la eculización relativa al periodo de 1º de julio a 31 de diciembre de 2015, conforme el art. 3º de la Portaria MF nº 915/2015, que revocó la Portaria nº 419, debe ocurrir en el plazo de cinco días hábiles, a contar del día siguiente a la fecha de recibimiento de los documentos o de la nueva presentación de sus versiones corregidas para

validación. La corrección de la equalización debida ocurre, desde el último día de este plazo para validación, hasta la fecha del efectivo pagamiento. De esa manera, el pagamiento debe ocurrir hasta el quinto día hábil de la presentación de los documentos que fueron validados.

11. Los retrasos en los pagos debidos al Banco de Brasil constituyen operación de crédito, teniendo la Unión como deudora, lo que afronta al dispuesto en el art. 36 de la LRF. Esa conclusión es extraída a partir del cotejo entre la naturaleza de ese pasivo y los siguientes dispositivos, todos de la LRF: art. 29, inciso III y § 1º; art. 35, caput.

12. Por el análisis de los datos, de los documentos y de las informaciones relativos al Plano Safra, no fue identificado acto comisivo de la Exma Sra. presidente de la República que haya contribuido directa o inmediatamente para que ocurriesen los retrasos en los pagos<sup>97</sup>.

### **3.7.4.6 LA SENTENCIA DE IMPEACHMENT DE LA SRA. DILMA VANA ROUSSEFF**

En la acogida de la acusación, el Senado Federal, en sentencia firmada por el presidente de la Sesión de Juzgamiento, ministro Ricardo Lewandowski (ministro presidente del Supremo Tribunal Federal), en 31 de agosto de 2016, así decidió:

“El Senado Federal entendió que la Señora presidente de la República DILMA VANA ROUSSEFF cometió los crímenes de responsabilidad consistentes en contratar operaciones de crédito con institución financiera controlada por la Unión y editar decretos de crédito suplementar sin autorización del Congreso Nacional previstos en los art. 85, inciso VI, y art.

---

<sup>97</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer da Junta Pericial designada no âmbito da Comissão Especial do Impeachment 2016*, op. cit.

167, inciso V, de la Constitución Federal, así como en el art. 10, ítems 4, 6 y 7, y art. 11, ítems 2 y 3, de la Ley nº 1.079, de 10 de abril de 1950, por 61 votos, habiendo sido registrados 20 votos contrarios y ninguna abstención, quedando así la acusada condenada a pérdida del cargo de presidente de la República Federativa del Brasil”<sup>98</sup>.

### **3.8 APORTES CONCLUSIVOS**

En conclusión, a la presente sección de este AC, se entiende que, aunque la OC no sea la mejor instancia para resolver todas las cuestiones que involucran las minucias procedimentales de los casos concretos sometidos a la CIDH y, eventualmente, a la Corte IDH, el presente AC buscó evidenciar formas por las cuales las garantías procedimentales previstas en el SIDH pueden servir como una salvaguardia formal a un uso distorsionado del *impeachment*. En ese sentido, se espera que esta Corte IDH busque interpretar los artículos 8º, 9º, 23 y 25 de la Convención, con una mirada atenta para la normatividad que transcurre de los diálogos vertical y horizontal.

---

<sup>98</sup> BRASIL. Senado Federal. *Sentença*. Disponible online en: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contradilma-rousseff>

#### **4. LA CENTRALIDAD DEL ARTÍCULO 23 DE LA CADH EN LOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA REGIÓN: LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA CONSOLIDAR EL HIPERPRESIDENCIALISMO Y LA TENSION ENTRE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y LAS FACULTADES SANCIONATORIAS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

En la primera sección de este AC se sostuvo que la Corte IDH no debe resolver la consulta solicitada por la CIDH o, por lo menos, no debe hacerlo sin antes explicar las razones que justifican la competencia consultiva de la Corte IDH en este caso concreto a la luz de las propias reglas que el tribunal ha fijado sobre la materia. Además, en ese caso, se señaló que la Corte IDH debe reformular las preguntas elaboradas por la CIDH para distinguir esta consulta de la formulada (e inadmitida por la Corte IDH) previamente por el secretario general de la OEA. En la segunda sección se afirmó que la Corte IDH debe asumir un enfoque de deferencia con los Estados en ámbitos con un fuerte contenido político. En la tercera sección se ofreció un contexto dialógico para que la Corte IDH tenga elementos de juicio en el evento en que decida resolver la consulta formulada por la CIDH.

En esa misma línea, este AC finaliza con una advertencia al tribunal interamericano sobre la necesidad de ampliar la interpretación del artículo 23 de la CADH y de subsanar las omisiones en las cuales ha incurrido el tribunal respecto de esa importante disposición de la CADH cuando ha conocido de casos contenciosos<sup>99</sup>.

En efecto, la Corte IDH debe tomar nota de la excesiva austeridad con la cual ha interpretado el artículo 23 de la CADH. Desde el punto de

---

<sup>99</sup> Jorge Ernesto Roa Roa. "Las antinomias entre las Constituciones y la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el gran dilema del juez constitucional y convencional interamericano". En: Saiz Arnaiz, Alejandro (coord.); Solanes, Joan y Roa, Jorge (eds.). *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 137-162.

vista técnico, esa austeridad se ha manifestado en que el tribunal ha aplicado de manera exclusiva el método originalista de interpretación, tanto en su versión textualista como voluntarista, cuando se ha enfrentado a problemas que involucran el artículo 23 de la CADH.

Como se ha señalado en otro lugar, el originalismo aplicado a la interpretación del artículo 23 de la CADH, no solo contrasta con la aplicación del método de interpretación evolutiva que el tribunal interamericano ha predicado de la hermenéutica de la CADH y de los demás tratados de derechos humanos, sino que ha omitido importantes aristas de los problemas que ha debido resolver en relación con el artículo 23 de la CADH. Por mencionar solo algunos, la Corte IDH ha omitido la posición de los derechos de los electores, de la oposición o de las mujeres cuando ha resuelto los casos contenciosos sobre derechos políticos<sup>100</sup>.

Además de lo anterior, la Corte IDH debe tomar nota de que la austeridad excesiva y el originalismo aplicado a la interpretación del artículo 23 de la CADH ha causado problemas y disfuncionalidades dentro de los Estados. Entre otras, las más acusantes son el uso instrumental del artículo 23 de la CADH y del control de convencionalidad para provocar rupturas al principio de separación de poderes, frenos y contrapesos, alternancia en el poder y democracia constitucional mediante la inaplicación de las normas internas (legales o constitucionales) que prohíben la reelección de funcionarios públicos.

Asimismo, la escueta, descontextualizada y originalista interpretación del artículo 23 de la CADH ha causado inseguridad jurídica en relación con las obligaciones de los Estados para perseguir y

---

<sup>100</sup> Jorge Ernesto Roa Roa. "Las antinomias entre las Constituciones y la Convención Americana". op. cit., pp. 137-162.

sancionar la corrupción. En esos casos, la interpretación establecida desde el año 2011 del artículo 23 de la CADH amenaza con vaciar de competencias a múltiples instituciones nacionales que se encargan de sancionar a funcionarios públicos elegidos popularmente cuando estos han cometido actos de corrupción. Esa amenaza se cierne sobre esas instituciones nacionales, incluso cuando estas aplican satisfactoriamente las garantías judiciales del artículo 8 de la CADH y cuando se garantiza el acceso a un recurso judicial efectivo en los términos del artículo 25 de la CADH.

El resultado de la interpretación originalista del artículo 23 de la CADH ha causado la siguiente paradoja en términos de diálogo judicial: los tribunales internos que tradicionalmente dialogan con la Corte IDH se han apartado de los estándares interamericanos sobre el artículo 23 de la CADH en relación con las funciones disciplinarias de funcionarios elegidos popularmente; mientras que los jueces nacionales que han mostrado más resistencias a dialogar con el tribunal interamericano han ejercido el control de convencionalidad y han aplicado el artículo 23 de la CADH como fundamentos para inaplicar sus normas nacionales que prohíben la reelección presidencial.

Desde luego, el tribunal interamericano no es responsable exclusivo por el uso inadecuado, instrumental o desviado que se haga de su propia jurisprudencia por parte de las autoridades nacionales. Sin embargo, el tribunal es responsable por la adecuada y completa interpretación de los tratados internacionales que definen su competencia *ratione materiae* y por el impacto interno que tiene la aplicación de métodos de interpretación caducos en la hermenéutica constitucional y en la hermenéutica del derecho internacional de los derechos humanos.

Todas las consideraciones formuladas previamente en este escrito de AC se hacen con el acostumbrado respeto por el tribunal interamericano y con la confianza en la apertura deliberativa de quienes integran el tribunal. Asimismo, todo asomo de crítica formulada en este AC que se formula con base en la confianza en los órganos del SIDH y la convicción firme de su potencial mejoramiento con base en el aporte constructivo de los Estados y la sociedad civil.

Las autoras y los autores de este escrito de observaciones manifiestan a la Corte IDH su intención de participar en la audiencia pública sobre el procedimiento de OC

De la señora jueza y los señores jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

# 3

## OPINIÃO CONSULTIVA SOLICITADA PELA COLÔMBIA À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A REELEIÇÃO PRESIDENCIAL INDEFINIDA

### FICHA

<b>Ano de realização</b>	2020
<b>Caso</b>	Solicitação de Opinião Consultiva Formulada pela República da Colômbia, referente à Figura da Reeleição Presidencial Indefinida no Contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos
<b>Tema</b>	Reeleição Presidencial Indefinida no Contexto do Sistema Americano de Direitos Humanos
<b>Partes</b>	1. [Não aplicável] [Opinião consultiva]
<b>Autores da peça</b>	Centro de Estudos da Constituição (CCONS-UFPR) e Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos (NESIDH-UFPR): Ana Carolina Lopes Olsen; Estefânia Maria de Queiroz Barboza; Heloísa Fernandes Câmara; José Arthur Castillo de Macedo; Melina Girardi Fachin (coordenadores); Ana Carolina Ribas; Catarina Mendes Valente Ramos; Giovanni Padovam Ferreira (revisores); Adriana Inomata; Alcebiades Meireles Meneses; Amanda Filas Licnerski; Ana Cláudia Milani e Silva; Ana Letícia Skudlarek; Antônio Carlos Gonçalves Filho; Bianca Ketlyn Anderle Correia; Brenda de Fátima Vidal; Claudia Beeck Moreira de Souza; Dilermando Aparecido Borges Martins; Fernanda Izídio Câmara; Guilherme Ozório Santander Francisco; Gustavo Buss; Kamila Maria Strapasson; Leonardo Cabral; Lincoln Renato Vieira Zanardine; Marina Bonatto; Marina
	Silva Vilas Boas; Paula Naomi Fukuda Alvarez; Pedro Abrantes Martins; Rick Daniel Pianaro da Silva; Victor Gressler Wontroba; Victor Hugo StreitVieira; Yago Paiva Pereira.



## CONTEXTO

A República da Colômbia solicitou opinião consultiva à Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base no art. 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos, sobre a figura da “reeleição presidencial indefinida”. A solicitação apresentada dispõe, como motivação factual do pedido, julgamentos em nível de controle de constitucionalidade em outros países da América Latina: Nicarágua, Honduras e Bolívia. Em 2009, a “Sala de lo Constitucional” da Corte Suprema de Justiça da Nicarágua prolatou decisão declarando inaplicáveis os artigos da Constituição do mesmo país que proibiam a reeleição contínua para os cargos de Presidente, Vice-Presidente, Prefeito e Vice-Prefeito. Similarmente, em 2015, a “Sala de lo Constitucional” da Corte Suprema de Justiça de Honduras declarou inaplicável o artigo da Constituição do mesmo país que proibia a reeleição. O Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, por sua vez, em 2017, prolatou decisão que permitiria ao então presidente Evo Morales se reeleger para um quarto mandato presidencial consecutivo. Ainda em sua solicitação, a República da Colômbia afirmou desejar uma opinião consultiva da Corte Interamericana sobre possíveis riscos do abuso da figura da reeleição presidencial indefinida em uma democracia baseada em um sistema de eleição direta, sob três aspectos: se a reeleição presidencial seria um direito humano protegido pela Convenção Americana de Direitos Humanos; capacidade dos Estados para limitar ou proibir a reeleição presidencial, e se isso feriria direitos dos candidatos e dos eleitores; quais efeitos teria a permissão para a permanência de um governante no poder mediante a reeleição presidencial indefinida, em

especial com relação aos direitos humanos das pessoas sob jurisdição de Estados-membros da Organização dos Estados Americanos.

### **RESUMO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS**

Argumenta-se pela inexistência de um direito humano a reeleições presidenciais indefinidas e que quaisquer restrições aos direitos políticos devem ser estabelecidas pelos Estados mediante lei, conforme previsto nos artigos 30 e 32.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, respeitado o *corpus iuris* americano e objetivo final de garantir a existência de processos democráticos autênticos e plurais.

Destaca-se a indissociabilidade entre democracia, Estado de Direito e direitos humanos, considerando que: “O direito à democracia que se constrói a partir dessa gramática colabora para a tarefa de atualização dos direitos humanos e se alinha com o compromisso de emancipação humana e de inclusão democrática. Mais do que a criação de instituições representativas, a democracia como direito humano exige o compromisso dos governos e instituições com a proteção desses direitos” (p. 14).

Entende-se que o processo de reeleição tende a beneficiar o indivíduo que já é titular do cargo público, naquele processo eleitoral. Dispõe-se que essa questão, conjugada com ambientes onde os sistemas de freios e contrapesos não funcionem adequadamente, pode resultar em processos de deterioração democrática. “Quando há Estado de Direito e Poder Judiciários fracos, aumenta a chance de presidentes tentarem alterar as regras para permitir ou ampliar os termos da reeleição — daí a relação entre experiências de degradação democrática e ampliação de reeleição para a forma indefinida” (p. 20). Neste sentido,

afirma-se que o direito à reeleição pode ser empregado com fins de estabelecimento de um projeto autoritário, caracterizando-se enquanto elemento de processo de degradação democrática.

Com base no decidido pela Corte Interamericana em dois casos referentes ao estabelecimento de restrições em processos eleitorais — *Yatama vs. Nicarágua* e *Castañeda Gutman vs. México* —, argumenta-se que os direitos políticos não são absolutos e o rol de restrições previstas no art. 23.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos não é taxativo. No entanto, aduz-se que quaisquer limitações estabelecidas aos direitos políticos devem ser feitas mediante lei, com objetivo de atender a uma determinada finalidade legítima, respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Neste sentido, dispõe-se que a restrição a reeleições limitadas não seria uma violação ao art. 23.2. Ao contrário, tratar-se-ia de medida justamente alinhada com as práticas democráticas e com o intuito de evitar que eventuais reeleições indefinidas possibilitem que: “o candidato reiteradamente reeleito tenha cada vez mais influência e poder, com aptidão para fazer uso de sua posição para se manter indefinidamente em seu cargo, ameaçando princípios democráticos como a alternância de poder, a igualdade entre candidatos, a possibilidade de acesso ao poder e até mesmo a liberdade de escolha dos eleitores.” (p.26).

Em análise comparada, argumenta-se também que os organismos internacionais de proteção de direitos humanos, sejam eles regionais ou globais, não permitem a reeleição indefinida de seus membros (sejam juízes ou não).

Alude-se ao parecer da Comissão de Veneza, órgão consultivo do Conselho da Europa em matéria constitucional, elaborado a convite do

Secretário-Geral da OEA. Na leitura apresentada, também a Comissão de Veneza teria posição crítica aos Estados que permitem mais de uma reeleição para chefe de Estado, em especial alegando não haver direito humano à reeleição e que a eleição em si não é um direito absoluto. Ressalta-se, porém, que o paradigma europeu trazido pela Comissão não pode ser transplantado sem ponderação à realidade regional da América Latina.

Faz-se menção aos diálogos entre os diversos sistemas de proteção aos direitos humanos, em nível globalizado, com nova afirmação da necessidade de se ter em conta as especificidades latino-americanas. Aponta-se que noventa por cento dos Estados da América Latina são repúblicas presidencialistas, com exposição sobre as características do presidencialismo enquanto sistema de governo. A gravidade das diversas desigualdades sociais no bloco latino-americano é ressaltada enquanto elemento constitutivo das realidades políticas locais, com tendência ao autoritarismo e ao populismo.

Argumenta-se que há, na América Latina, sistemas “hiperpresidencialistas”, o que geraria diversos problemas, dentre eles a personalização do poder político. É feita a ressalva de que mesmo em sistemas hiperpresidencialistas é possível a formação de governos de coalizão, o que seria o caso do Brasil, marcado justamente pelo presidencialismo de coalizão.

Ressalta-se também a ascensão de um novo populismo, o qual praticaria um “constitucionalismo abusivo”. Assim, haveria a possibilidade de “as instituições democráticas de um Estado [serem] enfraquecidas mediante o uso de procedimentos constitucionais legitimamente previstos em suas respectivas cartas políticas” (p. 42).

Aponta-se para o Brasil e para a Venezuela como exemplos recentes de constitucionalismo abusivo.

## **CONCLUSÕES**

Tratando-se de peça de *amicus curiae* em solicitação de opinião consultiva, requereu-se ao fim, simplesmente, a admissão da contribuição pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **RECOMENDAÇÕES**

Em sua opinião consultiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que “a reeleição presidencial indefinida não constitui um direito autônomo protegido pela Convenção Americana de Direitos Humanos, nem pelo *corpus iuris* do direito internacional dos direitos humanos”. Decidiu também que “a proibição da reeleição indefinida é compatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e a Carta Democrática Interamericana”. Por fim, decidiu ainda que “a habilitação da reeleição presidencial indefinida é contrária aos princípios de uma democracia representativa e, a fim, às obrigações estabelecidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem”.

## **ATUALIZAÇÕES**

Em 07 de junho de 2021, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu sua opinião consultiva relativa à reeleição presidencial indefinida em sistemas presidenciais no contexto do Sistema

Interamericano de Direitos Humanos. A própria Corte entendeu adequado reformular as questões que lhe foram postas, dispendo-as de forma diversa. De especial importância foram as seguintes questões reformuladas: “a reeleição presidencial indefinida é um direito humano protegido pela Convenção Americana de Direitos Humanos?”; “a limitação ou proibição da reeleição presidencial é uma restrição aos direitos políticos que está de acordo com os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade, em conformidade à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o assunto?”; e “a reeleição presidencial indefinida é compatível com a existência da democracia representativa no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos?”.

A Corte conceitualizou a reeleição presidencial indefinida como “a permanência no cargo de pessoa que exerça a Presidência da República por mais de dois períodos consecutivos de duração razoável”, sem que tal duração “possa ser modificada durante a vigência do mandato”. A Corte ressaltou, ainda, que suas considerações se restringem ao contexto de um sistema presidencial.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, há uma interdependência entre democracia, Estado de Direito e a proteção de direitos humanos. Embora a democracia implique a eleição de governantes por maiorias, ela deve também proteger os direitos de minorias, segundo a Corte. Além, o exercício efetivo da democracia consistiria em obrigação jurídica internacional dos Estados americanos.

Para a Corte, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais seria um elemento constitutivo de uma democracia representativa. Adicionalmente, o processo democrático requereria a imposição de limites ao exercício do poder. Assim, a democracia

representativa e seus princípios, fundantes para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, incluiriam a obrigação de evitar que uma pessoa se perpetue no poder. O acesso ao poder e o exercício do poder devem, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, estar submetidos ao Estado de Direito.

Desta forma, embora o Sistema Interamericano de Direitos Humanos não imponha um sistema político específico aos Estados, nem modalidades determinadas de limitações sobre os direitos políticos, os regramentos adotados devem ser compatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte adotou, ao fim, as recomendações acima elencadas, por cinco votos a favor e dois votos contrários.

Curitiba (Brasil), 23 de julho de 2020.

À

**Corte Interamericana de Direitos Humanos**

San José (Costa Rica)

*Ref. AMICUS CURIAE À SOLICITAÇÃO DE OPINIÃO CONSULTIVA FORMULADA PELA REPÚBLICA DA COLÔMBIA, REFERENTE À FIGURA DA REELEIÇÃO PRESIDENCIAL INDEFINIDA NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS*

Os pesquisadores da Universidade Federal do Paraná vinculados ao **NÚCLEO DE ESTUDOS EM DIREITOS HUMANOS (NESIDH - UFPR) E AO CENTRO DE ESTUDOS DA CONSTITUIÇÃO (CCONS - UFPR)** abaixo firmados apresentam à honorável Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Corte” ou “a Corte IDH”) um resumo das observações ou *amicus curiae* (doravante “AC”) em relação ao pedido de parecer consultivo (doravante “OC”) em relação à figura da reeleição presidencial indefinida apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Comissão” ou “CIDH”).

A signatária Melina Girardi Fachin é a responsável por receber comunicações e notificações enviadas pela Corte IDH, seja no endereço Rua Casimiro José Marquês de Abreu, 172 - São Lourenço, Curitiba



## **1. CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA PRESENTE SOLICITAÇÃO DE OPINIÃO CONSULTIVA**

O objetivo desta primeira parte do AC é demonstrar, ante os limites da função consultiva da Corte IDH, as condições de admissibilidade da solicitação de OC formulada pela República da Colômbia, referente à *figura da reeleição presidencial indefinida no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*.

Em função das perguntas formuladas na referida solicitação, dois limites elaborados pela jurisprudência interamericana para o exercício da função consultiva da Corte IDH devem ser analisados em especial: i) o não comprometimento dos debates políticos internos; ii) a necessidade de não invasão da competência contenciosa da Corte, mediante o adiantamento de um entendimento que deveria se manifestar em um litígio concreto.

### **1.1 NÃO INTERFERÊNCIA EM DEBATES POLÍTICOS INTERNOS: ESPAÇOS PARA DEFERÊNCIA E PARA FIXAÇÃO DE *STANDARDS***

A presente solicitação de OC se insere em um espaço dinâmico definido pelo princípio da subsidiariedade ou complementariedade, em que a interpretação das normas convencionais pela Corte IDH, moldando o *corpus iuris* interamericano, complementa os sentidos a serem extraídos destas normas<sup>1</sup>. É a partir de sua função complementar que a Corte IDH reconhece a necessidade de “*ayudar a los estados*

---

<sup>1</sup> OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Preâmbulo.

*miembros (...) para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales*<sup>2</sup>.

Esta atividade se realiza em um regime de cooperação, no qual a Corte IDH, por um lado, exerce sua competência convencional de intérprete das normas de direitos humanos, indicando sentidos a serem observados pelos demais integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (doravante “SIDH” ou “sistema interamericano”) e, de outro, reconhece espaços de autonomia dos Estados para a incorporação desses sentidos aos seus sistemas jurídicos internos. Essa dupla dimensão da subsidiariedade<sup>3</sup> se encontra especialmente presente no exercício da função consultiva solicitada pelo Estado da Colômbia respeito das reeleições presidenciais indefinidas, como se passa a expor.

Em função da temática sob análise, a Corte IDH deve estar atenta aos limites por ela assinalados para o exercício da função consultiva, de modo que se ajuste à necessidade imperiosa de fazer avançar a proteção dos direitos humanos, estabelecendo padrões a serem seguidos pelos Estados, porém sem comprometer os espaços salutares dos debates políticos internos. No caso em análise, cabe à Corte IDH observar que

---

<sup>2</sup> CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC 13/93** “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, par. 23.

<sup>3</sup> A subsidiariedade regula a alocação de autoridade pública em um sistema multinível a partir da preferência pelas decisões adotadas nos locais. Esse princípio engloba uma dimensão negativa que limita as competências das autoridades dos níveis mais altos (supranacionais) para garantir espaço a decisões políticas e jurídicas adotadas por autoridades locais; e uma dimensão positiva que favorece o controle dessas decisões por entidades supra-estatais, como Conselhos e Tribunais de Direitos Humanos. NEGISHI, Yota. The subsidiarity principle's role in allocating competences between human rights courts and states parties: the hybrid model of centralized and diffused conventionality control of domestic law. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**.

V. III. Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 125-160, p. 126. Nessa linha, a subsidiariedade abarca tanto o respeito pelo pluralismo quanto a necessidade de regras comuns que harmonizem as particularidades.

tratar das reeleições presidenciais indefinidas envolve uma questão de ordem complexa, pois abarca elementos jurídicos e políticos.

Todavia, não é o tema político que poderia impedir a manifestação da Corte. Como se depreende da OC nº 6/86, ao tratar do sentido da expressão “leis”, previsto no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante “CADH” ou “Convenção Americana”) como elemento essencial a autorizar restrições a direitos humanos, a Corte IDH interpretou o dispositivo à luz da legitimidade democrática, fornecendo inclusive diretrizes para os Estados para a confecção dessas medidas legislativas:

*A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder<sup>4</sup>.*

Em outra oportunidade, na OC nº 25/18, esta Corte também se manifestou sobre a existência do direito humano ao asilo, enfrentando temas essencialmente políticos. Se de um lado reconheceu o direito ao asilo como direito humano, fixando um *standard* interamericano para sua proteção, por outro deixou à apreciação dos Estados a regulação do asilo diplomático, que não estaria albergado pela CADH<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-6 de 9 de mayo de 1986**. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 6, par. 22.

<sup>5</sup> CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018**. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y

Ao tratar da inibição dos debates políticos internos como limite à função consultiva, a Corte observou que seu pronunciamento não pode ser instrumentalizado para influenciá-los, mas em momento algum isso impede que ela se pronuncie sobre projetos de lei ou leis internas de Estados quando estes mesmos o solicitam, em manifesta boa-fé<sup>6</sup>. No presente caso, o Estado solicitante esclareceu que o tema das reeleições presidenciais indefinidas não é no momento tema de debate no ambiente interno colombiano, mas foi objeto do Ato Legislativo nº 2 de 2015, que afastou esta prática do seu sistema jurídico.

Em outros Estados, também existem medidas restritivas à reeleição presidencial indefinida, como é o caso do Brasil, a ser abordado adiante, enquanto em outros as disputas no âmbito político e inclusive jurisdicional já se realizaram para reconhecer esta possibilidade. Na medida em que as decisões proferidas por algumas cortes de última instância de Estados-parte do SIDH decidiram pelo reconhecimento da figura da reeleição indefinida como dedutível da norma do artigo 23 da CADH, como é o caso da Bolívia, justifica-se a manifestação da Corte – não objetivando influenciar diretamente processos políticos em curso, mas orientar a melhor interpretação da norma convencional pertinente.

## **1.2 RESPOSTA À PRIMEIRA PARTE DA PRIMEIRA PERGUNTA SOBRE A EXISTÊNCIA DE UM DIREITO HUMANO A REELEIÇÕES PRESIDENCIAIS**

---

alcançe de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 25, par. 110, 132.

<sup>6</sup> ROA ROA, Jorge. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 44.

## **INDEFINIDAS COMO UM DIREITO HUMANO PROTEGIDO PELA CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS**

A divergência interpretativa quanto ao alcance do direito a se candidatar aos cargos políticos de um Estado merece uma atuação harmonizadora da Corte IDH, na medida em que a figura das reeleições presidenciais indefinidas, como será demonstrado mais adiante neste AC, representa um mecanismo comprometedor das condições básicas de sobrevivência da democracia e do pluralismo. Esta situação se acentua no ambiente latino-americano, marcado por regimes presidencialistas fortes. A disputa de sentidos do direito humano à participação política, a se candidatar a um cargo político, reclama um *standard* mínimo adequado à realidade política latino-americana, a fim de balizar a atuação dos Estados, colocando-os no caminho da preservação dos direitos políticos encartados no artigo 23 da CADH, bem como no artigo 6 da Carta Democrática Interamericana.

Como se depreende da redação da norma convencional, o direito humano de todos os cidadãos serem “eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores”<sup>7</sup> compreende uma norma aberta que propositadamente deixou espaço para os Estados criarem as conformações necessárias às suas realidades políticas. O tema da reeleição parece ter sido deixado à conformação pelos Estados, o que deve ser feito em um ambiente deliberativo capaz de ouvir todos os interessados em condições de igualdade.

Contudo, é importante frisar que o reconhecimento da possibilidade de afirmar a inexistência de um direito humano à

---

<sup>7</sup> OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. op. cit. Artigo 23.b.

reeleição indefinida a cargo de Presidente da República não significa deixar aos Estados uma carta branca para tratar da matéria – e é neste sentido que a manifestação da Corte sobre este tema pode estabelecer importantes pautas para a proteção da democracia em respeito à melhor interpretação das normas convencionais.

A resposta à primeira pergunta formulada nesta consulta, no tocante à existência do direito humano à reeleição presidencial indefinida, não implica invadir o ambiente da deliberação política dos Estados, mas sim fornecer contornos para a prática em conformidade com sistema interamericano, pautado pela proteção de uma democracia não apenas formal, mas material, como evidenciado na OC nº 6/86<sup>8</sup>.

Decidir sobre a possibilidade da reeleição presidencial indefinida é ressaltar as condições básicas para o funcionamento democrático e o próprio exercício dos direitos políticos consagrados na Convenção Americana. Tendo em vista que os direitos humanos exercem um importante papel contramajoritário<sup>9</sup>, permitir que a arena político-jurídica de cada Estado-membro autorize a reeleição presidencial indefinida abre flancos para ataques à democracia. Se, de um lado, aos Estados deve ser reconhecida a faculdade de resolver sobre os contornos da possibilidade de reeleição para cargos do Poder Executivo, de outro, a possibilidade de reeleição presidencial indefinida é um tema que deve ser padronizado, tendo em vista uma atuação protetora incremental<sup>10</sup> por parte da Corte IDH em relação à maior eficácia dos direitos políticos.

---

<sup>8</sup> CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-6 de 9 de mayo de 1986**. op. cit., par 22.

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: KAVANAGH, Aileen; OBERDIEK, Jhon (Org.). **Arguing about the Law**. Abingdon-on-Thames, Reino Unido: Routledge, 1981.

<sup>10</sup> A Corte IDH tem adotado interpretações evolutivas das normas da Convenção Americana em diversas oportunidades (Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Opinión Consultiva nº 24/2017, entre outros), o que leva à compreensão de uma atuação de natureza incremental.

Como será abordado adiante, esta Corte deve estar atenta para a existência de regimes hiperpresidencialistas na América Latina, em que reeleições indefinidas favorecem a manipulação do debate político interno com vistas à perpetuação no poder da figura presidencial. Essa possibilidade sempre poderia ser invocada como um trunfo do presidente em exercício para, com base na própria CADH, boicotar processos democráticos e plurais de alternância no exercício do poder – sendo especialmente perigoso em um desenho institucional que permite a concentração do poder político na figura do Executivo<sup>11</sup>.

Nesta ótica, o tema se distancia da possibilidade – reconhecida por esta Corte no caso *Castañeda Gutman vs. México* – de os Estados regularem requisitos de elegibilidade, como a filiação a partido político<sup>12</sup>. Eventual proibição de candidaturas individuais não tem a capacidade de corromper deliberações internas, ao contrário da possibilidade de manutenção perpétua de um presidente no poder, o que coloca em risco o próprio sentido da pluralidade na participação democrática prevista no artigo 6 da Carta Democrática Interamericana.

Portanto, a resposta à primeira pergunta proposta pelo Estado da Colômbia, especialmente sua primeira parte, implica lidar com questões que colocam em xeque as próprias condições para o exercício da democracia. Como bem observado por Carlos Santiago Nino,

---

<sup>11</sup> GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires, 2010, p. 271-272.

<sup>12</sup> *“El sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos. (...) La Corte no considera probado en el presente caso que el sistema de registro de candidaturas a cargo de partidos políticos constituya una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido”* (Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.)

existem direitos que constituem a própria base de uma sociedade democrática e liberal, os quais se encontram excluídos de deliberação, como o caso da liberdade pessoal<sup>13</sup>.

Mecanismos que favorecem a perpetuação de uma pessoa no poder, podendo ajustar as instituições estatais à sua maneira, comprometem o pluralismo enquanto valor básico elementar da democracia, pois legitimam ditaduras majoritárias. Especialmente na América Latina, em razão da persistência de democracias aparentes<sup>14</sup>, justifica-se a atuação jurisdicional tendo como objetivo “proteger a autonomia pessoal, garantir a constituição como prática social e para conter decisões majoritárias que prejudiquem indivíduos ou minorias isoladas”<sup>15</sup>.

### **1.3 RESPOSTA À SEGUNDA PARTE DA PRIMEIRA PERGUNTA: SOBRE EVENTUAL CONTRARIEDADE DAS REGULAMENTAÇÕES QUE LIMITAM OU PROÍBEM A REELEIÇÃO PRESIDENCIAL AO ARTIGO 23 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, SEJA POR RESTRINGIR OS DIREITOS POLÍTICOS DO GOVERNANTE QUE BUSCA SER REELEITO OU POR RESTRINGIR OS DIREITOS POLÍTICOS DOS ELEITORES**

Se, de um lado, a resposta à primeira pergunta elaborada pelo Estado da Colômbia autoriza a interpretação do artigo 23 da Convenção Americana, bem como artigo 6 da Carta Democrática Interamericana, sob a dimensão positiva do princípio da subsidiariedade ou complementariedade, de outro, é preciso ressaltar que o enfrentamento

---

<sup>13</sup> NINO, Carlos Santiago. **Ética e Direitos Humanos**. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 193-194.

<sup>14</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*. In: FIX FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; BOGDANDY, Armin von. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**. Rasgos, potencialidades y desafíos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 37-59, p. 40.

<sup>15</sup> LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. A desconstrução semântica da supremacia judicial e a necessária afirmação do judicial review: uma análise a partir da democracia deliberativa de Habermas e Nino. In **Sequência** [online], n. 66, p.113-136, Florianópolis, 2013.



das possíveis restrições a serem criadas pelos Estados, voltadas para impedir a reeleição presidencial indefinida, demanda graus de deferência. A resposta da Corte IDH a esta segunda parte da primeira pergunta formulada pelo Estado da Colômbia deve se dar em um plano de maior contenção, já que a realidade política de cada Estado acaba por exigir tratamentos diferenciados à possibilidade de reeleições presidenciais, seja vedando-as completamente - como no caso colombiano -, ou permitindo uma reeleição seguida ou mais de uma alternada - sendo este o caso brasileiro.

Decidir sobre a configuração da reeleição presidencial indefinida como direito humano exigirá um enfoque de parcial deferência em respeito à pluralidade de desenhos políticos que o tema das reeleições pode assumir nos Estados-membros<sup>16</sup>. O silêncio normativo dentro do qual a Corte IDH é convidada a operar não significa que o parecer consultivo poderá regular a matéria à exaustão, mas sim deverá apontar linhas gerais que possam ser comuns a todos os Estados, em favor do exercício da democracia.

Ao tratar da possibilidade da criação de restrições à elegibilidade dos cidadãos dos Estados-membros, a Corte IDH tem a oportunidade de reconhecer e valorizar distintos modelos políticos adotados pelos Estados, em respeito a suas particularidades históricas. Esta Corte já teve oportunidade de afirmar que não há um modelo único de democracia e o pluralismo no tratamento da matéria deve ser mantido a fim de que

---

<sup>16</sup> Posicionamento apresentado no *amicus curiae* produzido por Jorge Ernesto Roa Roa e Vera Karam de Chueiri, quando a CIDH solicitou opinião consultiva sobre juízos políticos. (ROA ROA, Jorge Ernesto; CHUEIRI, Vera Karam de et al. **Amicus curiae sobre a solicitação de opinião consultiva relativa à figura do juízo político ou impeachment apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 223, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: Acesso em: 08 maio 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i1.59379/>)

as particularidades de cada sociedade sejam respeitadas: “*la Corte considera necesario señalar que, en términos generales, el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido*”<sup>17</sup>.

Nessa linha, a Corte ressaltou que “*la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional*”<sup>18</sup>, mas está condicionada aos ditames do Direito Internacional a que ele se vinculo, mais propriamente ao *corpus iuris* interamericano. Ao responder sobre a possibilidade de restrições à capacidade eleitoral ativa dos cidadãos, a Corte IDH deve ser cuidadosa para evitar prejudicar, com raciocínios gerais, casos particularese muito diferentes, de modo que responder afirmativamente sobre a possibilidade de restrições não pode implicar um aval prévio para toda e qualquer restrição dos Estados às reeleições presidenciais. É necessário que a Corte enfatize os limites convencionais, bem como aqueles plantados pela jurisprudência interamericana para o exercício dessa função restritiva.

Nessa toada, em respeito ao disposto nos artigos 30 e 32.2, CADH, referidas restrições devem estar pautadas por lei oriunda de um processo democrático inclusivo, mediante ampla deliberação entre os interessados em discussões públicas e transparentes. Devem, ainda, estarmaterialmente comprometidas com a preservação da democracia e do pluralismo, que são princípios informadores do sistema interamericano de direitos humanos (artigo 32.2, CADH), notadamente na Carta Democrática Interamericana.

---

<sup>17</sup> CORTE IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. México**, op. cit. par 162.

<sup>18</sup> Idem, ficha técnica.

Ainda, estas restrições devem passar pelo crivo da proporcionalidade. Nesta seara, ao responder sobre a possibilidade de os Estados regularem limites às reeleições, o parecer deve frisar que estes sejam adequados à preservação dos processos democráticos e do pluralismo, minimamente gravosos para os direitos atingidos, bem como, finalmente, proporcionalmente ajustados aos benefícios aportados. No caso *Castañeda Gutman vs. México*, tratando de restrições aos direitos políticos, esta Corte IDH explicitou que o elemento “necessidade em uma sociedade democrática” deveria ser aferido por três exames que traduzem exatamente os aspectos essenciais que integram a verificação da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Segundo a Corte IDH, uma medida restritiva será considerada válida se: “*a) satisfice una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo*”<sup>19</sup>. A imposição destas condições protege os *standards* interamericanos sem descuidar da abertura necessária às particularidades internas.

Importante frisar que, ao responder sobre a possibilidade de os Estados limitarem a reeleição presidencial indefinida, a opinião consultiva deverá enfrentar a expressão “exclusivamente” que consta do artigo 23.2, CADH: “[a] lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, *exclusivamente* por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”. Reconhecer a possibilidade de restrição ao lançamento

---

<sup>19</sup> *Ibidem* par 186.

de uma candidatura a cargo político pode demandar o enfrentamento de temas de ordem histórica, social e política que não se enquadram especificamente neste rol – como se verificou na restrição à elegibilidade com base na exigência de filiação a partido político no caso *Castañeda Gutman vs. México*. Portanto, é necessário que a Corte IDH se pronuncie sobre a possibilidade de outras restrições aos direitos políticos desde que ressalvadas as exigências colocadas pelos artigos 30 e 32.2, CADH, bem como a proporcionalidade.

Assim, limites legais à reeleição presidencial indefinida são uma forma de garantir a existência de processos democráticos autênticos e plurais, com ampla liberdade e igualdade de participação dos interessados, de modo que a Corte IDH poderia aproveitar a oportunidade para enfrentar o caráter *numerus clausus* do rol de restrições possíveis aos direitos políticos.

Com isso, não estaria a OC sendo utilizada como um mecanismo para diminuição da esfera de proteção dos direitos humanos em tela<sup>20</sup>. Seja porque um eventual direito humano a candidatar-se indefinidamente a reeleições para o cargo de Presidente da República jamais fora declarado no Sistema Interamericano – correspondendo a um silêncio normativo da CADH e da Carta Democrática Interamericana –, seja porque a jurisprudência sobre a matéria precisamente pavimentou o caminho para que não se reconheça esse direito à luz do histórico político latino-americano.

Como se depreende dos julgados *Yatama vs. Nicarágua* e *Castañeda Gutman vs. México*, o fio condutor que trata das restrições estatais aos direitos políticos diz respeito à maximização na participação popular no

---

<sup>20</sup> ROA ROA, Jorge. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Op. Cit., p.69.

ambiente democrático – perspectiva que poderá ser comprometida se os titulares do poder político puderem candidatar-se eternamente para reeleições. As inelegibilidades definidas por critério dos Estados em que se aplicam objetivam permitir a alternância no acesso e no exercício do poder político em igualdade de condições. Neste sentido:

*Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, debengarantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta*

*Democrática Interamericana, “[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas<sup>21</sup>.*

Diante do exposto, importa frisar que a resposta à primeira pergunta formulada pelo Estado da Colômbia não implica, em si, uma invasão ou comprometimento de processos políticos internos dos Estados-membros. Trata-se, isso sim, de uma oportunidade para fornecer uma interpretação ao disposto no artigo 23 da Convenção Americana que possa reconhecer *standards* interamericanos de efetividade dos direitos políticos em ambientes democráticos, em respeito ao pluralismo, bem como atentar para o espaço de deferência a ser deixado aos Estados para enfrentar o tema das reeleições

---

<sup>21</sup> Corte IDH. **Caso Yatama vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrafo 207.

presidenciais indefinidas, sem descuidar das orientações do *corpus iuris* interamericano.

#### **1.4 RESPOSTA À SEGUNDA PERGUNTA SOBRE OS EFEITOS DE EVENTUAL MODIFICAÇÃO ESTATAL PARA GARANTIR, PROMOVER, PROPICIAR OU PROLONGAR A PERMANÊNCIA DE UM GOVERNANTE NO PODER MEDIANTE REELEIÇÃO PRESIDENCIAL INDEFINIDA, ANTE AS OBRIGAÇÕES QUE ESSE ESTADO TEM EM MATÉRIA DE RESPEITO E GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS**

A segunda pergunta formulada pelo Estado colombiano não se coaduna, na maneira como posta, à função consultiva desenvolvida pela Corte IDH. Isso decorre de duas razões:

- i) a pergunta exige análise de fatos para ser adequadamente respondida; ii) da maneira como foi formulada, encobre uma antecipação de julgamento de caso contencioso.

A Corte IDH já expressou que, ao exercer a função consultiva, “no debe procurar la resolución de cuestiones de hecho”<sup>22</sup>. Do contrário, o parecer consultivo “busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y, sobretudo, coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales”<sup>23</sup>.

Em sua OC n° 25/18, a Corte IDH advertiu que a função consultiva busca traçar parâmetros de interpretação gerais e focados no direito convencional, devendo, portanto, esquivar-se de perguntas que “contienen presupuestos fácticos, en tanto se refieren a determinado

---

<sup>22</sup> Corte IDH. **Rechazo de la solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la OEA**. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de junio de 2016, par. 6.

<sup>23</sup> *Idem*

*accionar estatal como condición para que este Tribunal determine si tal formade actuar resulta conforme o no al marco normativo internacional, así como las ‘consecuencias jurídicas’ que deberían derivarse de éste”<sup>24</sup>.*

A segunda pergunta sobre a qual se pretende o exercício da função consultiva, no entanto, está fundada – ainda que não declaradamente – em uma base fática específica: as mudanças legislativas ocorridas na Nicarágua, em Honduras e na Bolívia para autorizar as reeleições presidenciais indefinidas de seus chefes de Estado. É nesse sentido que o Estado colombiano questiona: se um Estado modificar o seu direito interno para possibilitar a reeleição indefinida de um governante já no poder, quais os efeitos dessa modificação nas obrigações que um Estado tem de proteger e garantir os direitos humanos?

Todavia, para responder aos efeitos dessa alteração, a própria situação deveria ser avaliada como um caso concreto, o que é descabido em um parecer consultivo. É dizer: a pergunta parte de um específico agir de três Estados (alterar o ordenamento), em determinado contexto (prorrogação de mandato de um presidente já no poder) e questiona os efeitos jurídicos dessa ação.

Com isso, a segunda pergunta formulada na solicitação, assim como os exemplos nicaraguense, hondurenho e boliviano, para além de contrariar a regra de que pareceres consultivos não se prestam a resolver questões de fato, pois tem por base contextos fáticos específicos sobre os quais solicita o pronunciamento da Corte, evidencia

---

<sup>24</sup> Corte IDH. **La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección**. OC 25/18. Série A, nº 25, parecer de 30 de maio de 2018. Par. 54.

que um caso contencioso pode estar encoberto na formulação da segunda pergunta.

Segundo a Corte IDH, a solicitação de opinião consultiva “*no debe encubrir un caso contencioso o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso*”<sup>25</sup>.

Com isso, segundo Jorge Ernesto Roa Roa, “*la Corte señaló que ella misma debe ser especialmente cuidadosa para evitar que las respuestas a una de las preguntas formuladas en la solicitud de opinión consultiva resulte en una solución encubierta a un caso contencioso*”<sup>26</sup>, imputando ou afastando suposta responsabilidade internacional do Estado.

Em três situações a Corte identificou a pretensão de se enfrentar um caso contencioso pela via do parecer consultivo.

Primeiramente, em 2005, quando a Costa Rica “*buscaba mayor claridad para resolver unos recursos de reconsideración interpuestos en contra de acuerdos que revocaban el nombramiento en propiedad de algunos funcionarios, basados en una norma de la Ley del Personal de la Asamblea Legislativa*”<sup>27</sup>. Assim, a Costa Rica buscava um exame de compatibilidade da norma interna com os instrumentos internacionais de direitos humanos.

---

<sup>25</sup> Corte IDH. **La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección**. OC 25/18. Série A, nº 25, parecer de 30 de maio de 2018. Par. 42.

<sup>26</sup> ROA ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Op. cit.

<sup>27</sup> PAÚL, Alvaro. Rechazo de solicitudes de opinión consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In **Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política**, número 1, vol. 8, Santiago, Jan-Maio/2017, p. 122.

Contudo, Jorge Ernesto Roa (*op. cit*) entende que esse caso ainda não se referia sobre um rechaço com base no encobrimento de um caso contencioso.



Depois, em 2016, quando o Secretário Geral da OEA apresentou pedido sobre garantias processuais em juízos políticos e a Corte afirmou que tal hipótese encobria o caso do impeachment da ex-presidente brasileira Dilma Rousseff<sup>28</sup>.

Por fim, em 2018, a Corte IDH rechaçou outro pedido de OC sobre garantias processuais nos processos de *impeachment*, dessa vez apresentado pela CIDH. Em sua resolução, a Corte afirmou que há uma variedade de formas de juízos políticos, sendo imperiosa a análise individual, em casos contenciosos, quando surgem dúvidas acerca da legitimidade de *impeachments* em um ou outro país<sup>29</sup>.

As razões para a vedação de se buscar resolver um caso contencioso por meio de opinião consultiva são diversas. Afinal, não é esta a racionalidade (contenciosa) que a CADH buscou dar ao procedimento consultivo e uma condenação internacional deve ser precedida do

---

<sup>28</sup> *"En vista de lo expuesto precedentemente, la Corte estima que, de emitir la opinión consultiva en autos, podría constituir un pronunciamiento prematuro sobre el tema o asunto en cuestión, el que le podría ser sometido posteriormente en el marco de un caso contencioso. Adicionalmente, considera que una respuesta a la consulta planteada podría implicar pronunciarse sobre un asunto que aún no ha sido resuelto a nivel interno. Así, la Corte también tiene presente que la solicitud de consulta bajo examen presenta una de aquellas situaciones en las cuales se desvirtuaría el propósito y contenido de la función consultiva con que ha sido investido este Tribunal por el artículo 64.1 de la Convención Americana"* (Corte IDH. **Rechazo de la solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la OEA**. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de junio de 2016, párrafo. 7).

<sup>29</sup> *"En efecto, el Tribunal reconoce que ya existe una línea jurisprudencial sobre garantías judiciales, protección judicial, y juicios políticos que podría dar insumos a las consultas de la Comisión. Sin embargo, la Corte estima que se encontrará mejor situada para garantizar los derechos humanos que podrían estar en juego y examinar la compatibilidad del ordenamiento jurídico de los Estados respecto de la Convención Americana y el corpus juris interamericano en general, realizando un escrutinio caso por caso a través de su jurisdicción contenciosa. Del mismo modo, se evitaría un pronunciamiento prematuro sobre asuntos que podrían ser sometidos a la Corte con posterioridad en el marco de un caso contencioso"* (Corte IDH. **Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2018, párrafo. 34).

devido processo legal interamericano, o que confere a própria legitimidade da decisão<sup>30</sup>.

Essas não são razões estatocêntricas. Pelo devido processo, brinda-se o direito de defesa dos Estados<sup>31</sup> e também a oportunidade de as vítimas se manifestarem<sup>32</sup>. Assim, paraalém de negar a racionalidade da CADH, encobrir um caso contencioso pela via consultiva é grave tanto pela ausência de defesa de Estados no procedimento, como por ceifar a participação das vítimas. Daí porque a Corte deve sempre estar atenta às nuances que diferem a função consultiva da contenciosa.

Entender quando há um caso contencioso encoberto pela função consultiva não é tarefa simples, sendo esta uma oportunidade para a Corte IDH se manifestar sobre o assunto e especificar parâmetros para essa análise. Vale reconhecer que a mera enunciação de exemplos em uma solicitação de OC não afasta a possibilidade de a Corte emitir um parecer, pois o exemplo não se confunde necessariamente com o encobrimento de um caso contencioso. Neste sentido, a Corte IDH já afirmou que:

*El señalamiento de algunos ejemplos sirve al propósito de referirse a un contexto particular e ilustrar las distintas interpretaciones que pueden existir sobre la cuestión jurídica objeto de la Opinión Consultiva de que se trate, sin que por esto implique que el Tribunal esté emitiendo un pronunciamiento jurídico sobre la*

---

<sup>30</sup> Jorge Ernesto Roa Roa revela que ao admitir uma Opinião Consultiva, a Corte IDH pondera entre a segurança jurídica e a proteção de direitos humanos na região, que são dois dos valores que sustentam confiança para o Sistema Interamericano (Op. cit., e-book não paginado, trecho no capítulo 2.IV).

<sup>31</sup> "Lo que no puede hacer es buscar que un caso contencioso bajo su consideración sea resuelto por la Corte a través de la competencia consultiva que, por su propia naturaleza, no brinda las oportunidades de defensa que le otorga la contenciosa al Estado." (Corte IDH. **Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, par. 28)

<sup>32</sup> Corte IDH. **Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados**. Opinión Consultiva OC- 18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, par. 65.

*situación planteada en dichos ejemplos. Además, estos últimos permiten a esta Corte mostrar que su Opinión Consultiva no constituye una mera especulación académica y que el interés en la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos y al fortalecimiento de la conciencia jurídica universal<sup>33</sup>.*

Na solicitação colombiana, contudo, os casos concretos sinalados não representam meros exemplos. Se a segunda pergunta parte da pressuposição de Estados que alteraram o direito interno para permitir a reeleição, a Colômbia usa os casos de Nicarágua, Honduras e Bolívia como “*fundamento de sus preguntas hipótesis y situaciones concretas que denotan el carácter inductivo del razonamiento con el que se formularon las preguntas*”<sup>34</sup>- o que lheé vedado. Apesar de a Colômbia ter afirmado que “*existe la posibilidad de que diferentes Estados de la región busquen realizar modificaciones normativas con el fin de permitir la reelección presidencial indefinida, favoreciendo la perpetuación de los gobernantes en el poder*”, o Estado solicitante deixou claro que a hipótese não se trata de uma mera possibilidade, mas de uma situação já presente em alguns países.

Assim, ao questionar as consequências jurídicas dessa suposta possibilidade, o Estado colombiano, em verdade, questiona quais as consequências jurídicas (que atraem responsabilidades) de atos já praticados, no que encobre um caso contencioso.

Isso fica mais evidente porque a Colômbia, na segunda parte da pergunta dois, questiona se esse cenário de autorização de reeleições indefinidas (frisa-se, já existente em alguns países latino-americanos) *contraria as obrigações* relacionadas ao direito de participar livremente

---

<sup>33</sup> Corte IDH. **Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017**. Serie A No. 23, par. 27

<sup>34</sup> Corte IDH. **Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2018, par. 12

nas eleições, de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto, que garanta a idoneidade da vontade dos eleitores e de ter acesso em condições de igualdade aos cargos públicos de seu país. Ou seja, a pergunta revela um ímpeto de controle de convencionalidade de atos praticados na Nicarágua, Honduras e Bolívia.

Portanto, pelo exposto até aqui, demonstrou-se que, na forma como está redigida, a segunda pergunta tanto pressupõe análise de fatos como encobre casos contenciosos. Esta posição, contudo, não implica o rechaço da solicitação. Primeiro porque, como visto em tópico anterior, a matéria objeto da primeira pergunta demanda um posicionamento desta Corte. Em segundo, a justificativa fornecida pelo Estado da Colômbia para a formulação da segunda pergunta revela tensões que não podem ser ignoradas e bem podem ser enfrentadas sem resposta à primeira pergunta, na análise da possibilidade de se configurar um direito humano a reeleições presidenciais indefinidas<sup>35</sup>.

Segundo o Estado colombiano, *“mientras la primera pregunta pretende esclarecer si la reelección presidencial constituye un derecho protegido bajo la convención (...) la segunda pregunta busca determinar si el hecho de permitir la reelección presidencial indefinida, facilitando la permanencia de un gobernante en el poder, puede resultar contrario a las*

---

<sup>35</sup> “En esta línea, la Corte recuerda que no está necesariamente constreñida a los literales términos de las consultas que se le formulan. Así, en ejercicio de sus facultades inherentes a la competencia otorgada por el artículo 64 de la Convención, puede tener que precisar o esclarecer y, en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean, con el fin de determinar con claridad el objeto sustancial de su labor interpretativa. Ello implica examinar si es posible reconducir la pregunta o las preguntas presentadas a la interpretación de normas de la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, con la cual se requiera proveer una guía efectiva para los Estados” (Corte IDH. **La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección.** OC 25/18. Série A, nº 25, parecer de 30 de maio de 2018. Par. 56)

*obligaciones adquiridas por los Estados bajo la Convención*". Neste caso, a Corte poderia atender parcialmente à segunda pergunta, ao perscrutar não se a reeleição indefinida contraria a CADH, mas sim qual a relação entre a alternância de poder, a proteção da democracia e o respeito e garantias dos direitos humanos citados na segunda pergunta.

Em outras palavras: afirmar que a mudança legislativa praticada para garantir a reeleição indefinida do chefe do Executivo no exercício do seu cargo viola a Convenção parece ser tarefa a ser empreendida no âmbito contencioso. Afinal, dependerá, inclusive, de se entender em que circunstâncias fáticas e políticas a modificação legislativa ou declaração jurisdicional foi empreendida para gerar a possibilidade de reeleição, considerando o histórico dos Estados e os sistemas de governo. No entanto, analisar a relação entre alternância de poder, blindagem da democracia e respeito a direitos humanos é tarefa cabível no âmbito consultivo.

Frise-se que o próprio Estado colombiano reconhece a importância dessa perspectiva ao afirmar que:

*[A] reeleição presidencial, e particularmente a reeleição presidencial indefinida, dá lugar a sérias tensões entre o direito de ser eleito da pessoa que se encontra no poder e o direito de todos os cidadãos de eleger livremente, no marco de eleições periódicas autênticas. Esta situação dá lugar a múltiplos desafios e interrogantes de grande magnitude em relação a consolidação e estabilidade das democracias e à proteção dos direitos humanos nas Américas, assunto sobre o qual todos os Estados-membros da OEA têm um legítimo interesse<sup>36</sup>.*

Logo, é sobre essa tensão que cabe um pronunciamento da Corte IDH, tendo por base a CADH, a Carta Democrática Interamericana e a

---

<sup>36</sup> Solicitação da Opinião Consultiva apresentada pela Colômbia perante a Corte IDH em 21 de outubro de 2019. Par. 30.

Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem. Sugere-se a abordagem da relação entre reeleições presidenciais indefinidas, preservação da democracia e do pluralismo e dos direitos políticos na resposta à própria pergunta um. Isso porque, ao estabelecer se a reeleição é ou não um direito, a Corte é chamada a analisar a CADH como um todo, em que vários direitos têm lugar, devem ser protegidos e, assim, coordenados e concertados. Interpretar a Convenção Americana para responder à pergunta um passará, necessariamente, por avaliar diversos direitos contidos na CADH, incluindo os citados pelo Estado solicitante na segunda pergunta.

Assim, a segunda pergunta, tal como formulada, deveria ser rejeitada, uma vez que exige interpretação de fatos e subverte a função consultiva ao antecipar matéria contenciosa. No entanto, as tensões no âmbito dos direitos políticos, contrapondo-se direitos dos cidadãos de um Estado ao suposto direito à reeleição, integram a razão de ser da consulta e demandam um parecer desta Corte, uma vez que fazem parte da própria dimensão principiológica dos direitos humanos<sup>37</sup>.

## **2. CONSIDERAÇÕES DE MÉRITO DA PRESENTE SOLICITAÇÃO DE OPINIÃO CONSULTIVA**

### **2.1 INDISSOCIABILIDADE ENTRE DEMOCRACIA, ESTADO DE DIREITO E DIREITOS HUMANOS: BREVES CONSIDERAÇÕES**

Na presente seção, enfatiza-se a Democracia como um direito humano a fim de ressaltar as implicações da alternância no poder

---

<sup>37</sup> Daí porque não há direitos absolutos. Essa questão já foi debatida pela Corte IDH ao tratar do direito à vida, como afirmou que não se entende “el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”. (Corte IDH. **Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, p. 258)

político, especialmente ao considerar o enfoque dado na tríade Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos. Ao fim, apresentam-se alguns dos riscos de degradação democrática decorrente de existência de reeleições ilimitadas.

Democracia e direitos humanos estão estreitamente relacionados, já que a garantia de um regime democrático implica em uma melhor proteção aos direitos humanos. No Brasil, por exemplo, a democratização significou também a incorporação dos instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a consequente ampliação do rol de direitos protegidos no âmbito interno<sup>38</sup>. Além disso, um regime não-democrático é mais suscetível a retirar direitos fundamentais de seus cidadãos, já que na democracia eles têm a possibilidade de participar e influir na vida pública, seja de forma direta ou através de representantes eleitos, o que não ocorre em regimes autoritários<sup>39</sup>.

Da mesma maneira, os direitos humanos são necessários para a realização da democracia, uma vez que, para além de determinar normas procedimentais ou forma de exercício do poder político, a democracia requer proteção substancial a direitos fundamentais para que seja exercida de forma plena. Ou seja, se a democratização amplia a proteção aos direitos humanos, essa maior proteção fortalece o processo democrático. Dito de outra forma, “os direitos humanos são a um só tempo a condição e o resultado da democracia”<sup>40</sup>. É essa lógica que

---

<sup>38</sup> PIOVESAN, Flávia. **O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm>>. Acesso em 14 mai. 2020.

<sup>39</sup> MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. **Filosofía de los derechos humanos**. Barcelona: Herder, 2010, p. 197

<sup>40</sup> Idem, p. 197.

constitui a relação entre democracia e direitos humanos e em razão da qual o direito humano à democracia pode ser reconhecido.

Nesse sentido, a Resolução 19/36 do Conselho de Direitos Humanos da ONU<sup>41</sup> estabelece que a democracia inclui o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, tais como a liberdade de associação, liberdade de expressão, o direito a tomar parte na condução dos assuntos públicos e o direito de voto secreto e universal em eleições periódicas. A CIDH também já reconheceu a indispensabilidade da democracia para o real exercício destes direitos e liberdades<sup>42</sup>, destacando que, para sua consolidação, dentre outros elementos, é imprescindível o exercício efetivo dos direitos políticos, através de eleições livres e justas<sup>43</sup>. Também a Carta Democrática Interamericana (art. 3º) assume que, dentre os elementos essenciais da democracia representativa, está o respeito aos direitos humanos.

Por fim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já estabeleceu que o Estado de Direito em uma sociedade democrática é fonte de concretização dos direitos humanos como, por exemplo, através de recursos efetivos (artigo 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos)<sup>44</sup>, de juízes independentes (art. 8.1 CADH)<sup>45</sup> e de um efetivo

---

<sup>41</sup> ONU. Resolução do Conselho de Direitos Humanos 19/36. **Human rights, democracy and the rule of law**. A/HRC/RES/19/36, 23 de março de 2012.

<sup>42</sup> CIDH. **Situación de derechos humanos en Venezuela: Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela**. Informe de país, 2017.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Corte IDH. **Caso Yatama vs. Nicaragua**. Op. cit., par. 169.

<sup>45</sup> Corte IDH. **Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2013. Série C No. 268, par. 198.



controle de constitucionalidade e legalidade sobre os atos do poder público<sup>46</sup>.

Para além da intrínseca relação entre democracia e direitos humanos, já em 1992, Thomas Franck defendia a existência de um direito emergente a um governo democrático, protegido pelo Direito Internacional. Assim, a democracia se torna uma condição para a legitimação de um governo, não apenas pela existência de uma lei interna de determinado Estado nacional, mas pela imposição de uma série de normas internacionais<sup>47</sup>.

Segundo o autor, a ascensão de uma ordem global democrática se dá em três gerações de regras, cuja normatividade e implementação se deram em diferentes estágios do desenvolvimento do Direito Internacional. O primeiro grupo normativo é o da autodeterminação dos povos; o segundo, a liberdade de expressão e pensamento; e, por fim, o direito a eleições livres e abertas, protegido sob o manto dos direitos políticos<sup>48</sup>.

Franck elenca a autodeterminação como raiz histórica sobre a qual ascendeu o direito à democracia. Ela postula o direito de um povo organizado em um território estabelecido de determinar seu destino político coletivo de modo democrático, sendo, assim, um elemento central do direito à democracia<sup>49</sup>. Nesse ínterim, ressalta-se que a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, na resolução 1999/57, denominada “Promoção do direito à democracia”, reconhece

---

<sup>46</sup> CIDH. **Situação dos direitos humanos na Guatemala: Diversidade, desigualdade e exclusão**. Informe de país, 2016, par. 368.

<sup>47</sup> FRANCK, Thomas M. The emerging right to a democratic governance. **The American Journal of International Law**, v. 86, n. 1, p. 46-91, jan. 1992. p. 47.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 52.

que a democracia é lastreada na vontade livremente expressa dos povos para determinar seus próprios sistemas político, econômico, social e cultural, baseada na sua participação integral em todos os aspectos da vida pública<sup>50</sup>.

Quanto aos direitos políticos, o autor ressalta que os principais instrumentos internacionais de direitos humanos, dentre os quais figura a Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhecem o direito à livre e igual participação no governo. Assim, os Estados que negam aos seus cidadãos o direito a eleições abertas estão violando regra chaveda ampla rede de proteção aos direitos humanos<sup>51</sup>. Segundo a CIDH, existe uma relação direta entre o exercício dos direitos políticos e o conceito de democracia como forma de organização do Estado<sup>52</sup>. Ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia que “a vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto” (artigo 21, inciso terceiro). Por fim, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também elencam uma série de direitos cuja garantia é essencial e necessária para a realização de uma democracia fundada na liberdade e na igualdade.

Desse modo, o direito à democracia adquire especial grau de legitimidade por sua associação com uma rede muito mais abrangente

---

<sup>50</sup> ONU. Resolução da Comissão de Direitos humanos 1999/57. **Promotion of the right to Democracy.** E/CN.4/ RES/1999/57, 27 de abril de 1999.

<sup>51</sup> FRANCK, Thomas. op cit, p. 79.

<sup>52</sup> CIDH. **Situación de derechos humanos en Venezuela: Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela**, op cit, par. 148.

de regras internacionais garantidoras de direitos dos indivíduos em face de seus governantes<sup>53</sup>.

Em reeleitura posterior, Susan Marks revelou diferentes pontos de vista que emergiram a partir da relação estabelecida por Tom Franck entre democracia e Direito Internacional. Segundo um desses pontos, o direito à democracia se tornou parte do projeto internacional de desenvolvimento, de modo que o foco da comunidade internacional não se assenta apenas na transição democrática, mas também em sua consolidação.

Democracia significa mais do que eleições, sendo necessário o fortalecimento das instituições, valores e normas democráticas<sup>54</sup>. Assim, para além da democracia enquanto ambiente de proteção dos direitos humanos, podemos considerar que a democracia é também um direito humano.

## **2.2 DEMOCRACIA COMO DIREITO HUMANO**

O rol de proteção dos direitos humanos é constantemente atualizado e ampliado de acordo com as necessidades e anseios vinculados a cada tempo histórico. O reconhecimento de um direito humano à democracia, ao lado dos direitos políticos e liberdades fundamentais, é explicado por esse movimento.

A própria gramática dos direitos humanos evoca o direito de cada sujeito a viver em uma sociedade em que possa intervir na política e na criação de direitos. Os direitos humanos, nesse sentido, tornam-se

---

<sup>53</sup> FRANCK, Thomas, op cit, p. 79.

<sup>54</sup> MARKS, Susan. What has become of the emerging right to a democratic governance. *The European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, 2011. p. 523.

conquistas de sujeitos capazes de influir nas normas e instituições aque estão subordinados, bem como de reivindicar direitos perante essas instituições<sup>55</sup>. O direito à democracia que se constrói a partir dessa gramática colabora para a tarefa de atualização dos direitos humanos e se alinha com o compromisso de emancipação humana e de inclusão democrática. Mais do que a criação de instituições representativas, a democracia como direito humano exige o compromisso dos governos e instituições com a proteção desses direitos.

Nas palavras de Friedrich Müller, “a democracia é direito positivo de toda e qualquer pessoa”<sup>56</sup> que confere ao indivíduo a capacidade de participação e de definição sobre os próprios direitos, ao invés de tratá-lo como mero objeto de proteção<sup>57</sup>. Entendido dessa maneira, o direito à democracia é amparado por uma série de instrumentos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

O art. XX da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, por exemplo, já estabelecia que toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por meio de seus representantes. Por seu turno, o art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos explicita que a autoridade do governo será baseada na vontade do povo, expressa em eleições periódicas e legítimas. Além destes documentos, citados a título exemplificativo, diversos outros reiteram e atualizam este compromisso democrático.

---

<sup>55</sup> FORST, Rainer. **Justification and critique: towards a critical theory of politics**. Cambridge: Polity Press, 2014. p. 39

<sup>56</sup> MÜLLER, Friedrich. Democracia e exclusão social em face da globalização. **Revista Opinião Jurídica**, n. 6, p. 393-403, 2005. p. 395.

<sup>57</sup> KIRSTE, Stephan. O direito humano fundamental à democracia. **Revista direitos fundamentais e democracia**, v. 20, n. 20, p. 5-38, jul./dez. 2016. p. 12.

### 2.3 PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA NO SISTEMA INTERAMERICANO

A CADH ampliou o catálogo de direitos políticos e estabeleceu o direito de participação nos assuntos públicos, de forma direta ou por representantes livremente eleitos (art. 23). Da mesma maneira, a Carta Democrática Interamericana assegura o direito dos povos americanos à democracia e determina que seus governos possuem a obrigação de promovê-la e defendê-la.

A Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA) expressa em seu preâmbulo que “a democracia representativa é condição indispensável para a estabilidade, apaz e o desenvolvimento da região” e que “o verdadeiro sentido da solidariedade e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”. Seu artigo segundo, por sua vez, estabelece como um dos propósitos essenciais da OEA a promoção e consolidação da democracia representativa.

Nesse sentido, a CIDH tem reiterado que a democracia representativa é a forma de organização explicitamente adotada pelos Estados membros da OEA<sup>58</sup>. A Corte IDH acrescenta que a democracia representativa é determinante em todo o sistema de que a CADH faz parte<sup>59</sup>. A jurisprudência da Corte demonstra a importância dada para a tríade Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos, especialmente por em conjunto constituírem-se como garantias que

---

<sup>58</sup> CIDH. **Democracia y derechos humanos en Venezuela**. Informe de país, 2009, par. 22.

<sup>59</sup> Corte IDH. **Caso Yatama vs. Nicaragua**, op cit., par. 192.

têm por função proteger e assegurar o exercício de direitos<sup>60</sup>, que encontram um de seus principais fundamentos na legitimidade democrática consubstanciada no Estado de Direito<sup>61</sup>.

A interpretação que a Corte IDH deu à CADH, como um instrumento vivo, constituiu um passo importante no sentido evolutivo dos direitos políticos no Sistema Interamericano. A partir dela, o artigo 23 não apenas estabelece o direito de votar e ser votado, mas assinala, como dever dos Estados parte, propiciar as condições e mecanismos para que os direitos políticos sejam exercidos de forma efetiva, respeitando o princípio da igualdade e não discriminação<sup>62</sup>. Segundo a Corte, essa participação política pode incluir facetas individuais ou coletivas, como intervir na designação daqueles que governarão o Estado, influenciar na formação da política estatal através de mecanismos de participação direta, ou, em geral, intervir nos assuntos de interesse público, como a própria defesa da democracia<sup>63</sup>.

Mais adiante a relação entre direitos humanos, democracia representativa e direitos políticos foi cristalizada na Carta Democrática Interamericana<sup>64</sup>, que evoca um desenvolvimento normativo positivo no

---

<sup>60</sup> Corte IDH. Garantias judiciais em estados de emergência (artigos 27.2, 25 e 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos). **Opinião Consultiva nº 9/87**, de 6 de outubro de 1987, par. 25 e 26.

<sup>61</sup> Corte IDH. Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3º, 7, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos). **Opinião Consultiva nº 24/17**, de 27 de novembro de 2017, par. 9.

<sup>62</sup> GARCÍA-SAYÁN, Diego. **Voto conconrente do Juiz no caso Yatama vs. Nicarágua**, op. cit., par. 12. e Corte IDH. **Caso López Lone y otros vs. Honduras**. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C No. 302, par. 163.

<sup>63</sup> *Ibidem*, par. 163.

<sup>64</sup> CIDH. **Democracia y derechos humanos en Venezuela**, op. cit., par. 23.

continente americano referente à reafirmação de valores democráticos<sup>65</sup>.

Além dela, destaca-se também a Resolução 1080/1991, o Protocolo de Washington/ 1992 e a Resolução 1753/ 2000. A resolução 1080, ou “cláusula democrática”, constituiu o primeiro mecanismo de ação coletiva da OEA ante intervenções ilegais do processo democrático de governo em um Estado membro. Tal cláusula chegou a ser invocado como resposta a sérias quebras institucionais no Haiti (1991), no Peru (1992) e na Guatemala (1993)<sup>66</sup>. Já o Protocolo de Washington reformou a Carta da OEA e instituiu um mecanismo de ação coletiva com a previsão de sanção e suspensão do Estado membro que descumprisse as regras de normalidade democrática.

Nada obstante, o caso peruano de 1992 (ano do “autogolpe” de Fujimori) demonstrou as limitações do Sistema Interamericano para fazer frente a um ataque à democracia<sup>67</sup>. Em resposta, a Assembleia Geral da OEA em Windsor criou um mecanismo *ad hoc* para o Peru, mais substantivo do que a resolução 1080<sup>68</sup>. A Resolução 1752, de 2000, abriu, então, um curso real de ação multilateral positivo e construtivo para a defesa da democracia no país, constituindo um precedente vital no sistema por três motivos: i) colocou em evidência formas mais sutis de ameaçar a democracia, não contempladas pelos instrumentos anteriores; ii) demonstrou que não há oposição entre o princípio e mecanismos de defesa da democracia e dos direitos humanos e o

---

<sup>65</sup> GARCÍA-SAYÁN, Diego. La protección internacional de los derechos políticos en el contexto interamericano: la Carta Democrática Interamericana. *Revista IIDH*, n. 42, p. 105-119, 2005. p. 106.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 107.

princípio da não-intervenção; iii) incorporou no processo de solução de crise peruana não apenas o governo, mas também a oposição democrática e a sociedade civil<sup>69</sup>.

Com esses antecedentes, tomou-se a decisão de elaborar um instrumento que sistematizaria os princípios democráticos fundamentais, estabelecendo mecanismos adequados para a prevenção e resposta a ameaças à democracia. De acordo com a Carta Democrática Interamericana, existem os "elementos essenciais" da democraciarepresentativa (artigo 3º) e os "componentes fundamentais" para o seu exercício (artigo 4º). Os elementos essenciais são o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais; acesso ao poder e seu exercício sujeito ao Estado de Direito; a realização periódica, livre, justa e eleitoral, baseada no sufrágio universal e secreto, como expressão da soberania do povo; o regime plural de partidos e organizações políticas; e a separação e independência dos poderes públicos.

Quanto ao primeiro dos elementos essenciais - o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais -, não é possível falarmos em democracia sem direitos humanos e Estado de Direito. Quanto aos demais elementos essenciais para uma democracia representativa, a democracia é mais forte e mais resistente quando se baseia em mecanismos legítimos, representativos e justos de interação sociopolítica<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Ibidem., P. 107-8.

<sup>70</sup> ONU. Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos. **Study on common challenges facing States in their efforts to secure democracy and the rule of law from a human rights perspective.** A/HRC/22/29, 17 de dezembro de 2012. Pág. 11. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/HRC/22/29>.



Assim, a democracia no Sistema Interamericano requer não somente legitimidade “de origem”, como também legitimidade “de exercício”<sup>71</sup>. Por fim, o documento reconhece a democracia representativa como um direito dos povos americanos (artigo 1º), prevendo a excepcional possibilidade de intervenção pela OEA para a restauração democrática em três cenários<sup>72</sup>.

Para estabelecermos o conteúdo desta obrigação estatal em relação à reeleição, passamos a tratar de como o *corpus juris* internacional estabelece como características necessárias de um regime democrático.

## 2.4 PARÂMETROS MÍNIMOS DA DEMOCRACIA

Conforme assentado nos tópicos anteriores, é indiscutível a importância do regime democrático para a existência e exercício de direitos humanos, e, ainda, da democracia enquanto direito.

Conforme exposto pela Assembleia Geral da ONU, "embora as democracias compartilhem características comuns, não existe um modelo único de democracia e essa democracia não pertence a nenhum país ou região"<sup>73</sup>. Regimes democráticos organizam-se de formas distintas, a depender de escolhas quanto ao regime político, sistema

---

<sup>71</sup> GARCÍA-SAYÁN, 2005, op cit., p. 110.

<sup>72</sup> A primeira hipótese é “quando um governo ou um Estado membro considerar que seu processo político institucional democrático ou seu legítimo exercício do poder está em risco” (art. 17); a segunda é “quando, em um Estado membro, ocorrerem situações que possam afetar o desenvolvimento do processo político institucional democrático ou o legítimo exercício do poder” (art. 18); e a terceira é quando ocorre “a ruptura da ordem democrática ou uma alteração da ordem constitucional que afete gravemente a ordem democrática num Estado membro” (arts. 19-22). BACK, Charloth. Os direitos políticos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos após a Carta Democrática de 2001. *Revista Ballot*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 158-184, jan./abr. 2016.

<sup>73</sup> ONU. Resolução adotada pela Assembleia Geral 62/7. **Support by the United Nations system of the efforts of Governments to promote and consolidate new or restored democracies.** A/RES/62/07, treze de dezembro de 2007. Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/RES/62/7>>.

eleitoral, organização do Estado, dentre outros<sup>74</sup>. Assim, diante da pluralidade de experiências, é imprescindível a definição de parâmetros mínimos democráticos como forma de evitar dois riscos: o de aceitar regimes incompatíveis com a democracia, e o segundo, autorizar interferências externas em temas de política interna sob a proteção genérica à democracia.

Pesquisas como Freedom House, Latinobarometro, V-DEM, The Polity Project, Instituto Internacional para a Democracia e Assistência Eleitoral (IDEA) mensuram a existência e grau de consolidação democrática. Ainda que com divergências em termos de metodologia de análise, há alguns critérios convergentes.

Por todos, trabalharemos a partir da pesquisa do IDEA. Segundo o Instituto, existem dois princípios chave para que possa ser avaliada a qualidade de uma democracia: o controle público sobre o processo de tomada de decisões ou sobre os tomadores de decisões e a igualdade política. Esses dois princípios se concretizam quando é garantido a todos e a todas o igual direito de se expressar e de participar das decisões públicas, o que depende diretamente da garantia de uma série de direitos ligados à liberdade e a igualdade. Portanto, a democracia depende tanto do estabelecimento desses direitos e princípios quanto dos arranjos institucionais e procedimentais que garantam a sua realização. Nesse sentido:

*[...] [A] garantia dos direitos civis e políticos não necessita de justificação especial numa avaliação democrática, uma vez que estes direitos são*

---

<sup>74</sup> Como referência a distinção que Arend Lipjhart estabelece entre modelos democráticos consensual e majoritário tendo por base critérios como tipo de constituição, sistema eleitoral, forma de Estado, sistema de governo etc. LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. 4. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

*manifestamente necessários para a participação no processo político em associação com outros. A nosso ver, também é justificável incluir os direitos econômicos e sociais*<sup>75</sup>.

A necessidade de respeito à igualdade é endossada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No que concerne aos direitos políticos, a Corte considera indispensável que o Estado gira as condições e mecanismos ótimos para o seu efetivo exercício, respeitando os princípios de igualdade e não discriminação. A garantia da igualdade faz-se indispensável para que os cidadãos possam escolher quem os representará, para que possam concorrer às eleições e para que possam ocupar cargos públicos, sejam eles providos por eleição popular, nomeação ou designação<sup>76</sup>.

Ainda, de acordo com o "estudo sobre desafios comuns enfrentados pelos Estados em seus esforços para garantir a democracia e o Estado de Direito sob a perspectiva dos direitos humanos" do Conselho de Direitos Humanos da ONU, os marcadores mais relevantes dos déficits democráticos são aquelas causadas por impedimentos institucionais à prática democrática, limitação deliberada às liberdades, limites à participação dos cidadãos, debate público fraco ou ausente, falta de políticas efetivas de empoderamento e acesso à justiça e acesso inconstitucional ao poder ou à mudança do governo<sup>77</sup>. Portanto, é em decorrência de tais marcadores que os elementos do artigo 3 da Carta Democrática Interamericana são considerados essenciais.

---

<sup>75</sup> INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE (IDEA).

**Assessing the Quality of Democracy: A Practical Guide.** 2008. p. 27.

<sup>76</sup> Corte IDH. **Caso Yatama vs. Nicarágua**, op cit.

<sup>77</sup> ONU. Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos. **Study on common challenges facing States in their efforts to secure democracy and the rule of law from a human rights perspective**, op. cit., par. 28.

Já entre os componentes fundamentais para o exercício da democracia (artigo 4, Carta Democrática Interamericana), estão a transparência das atividades governamentais, probidade, responsabilidade dos governos na administração pública, respeito pelos direitos sociais e liberdade de expressão e de imprensa, a subordinação constitucional de todas as instituições estatais à autoridade civil legalmente constituída e o respeito ao Estado de Direito de todas as entidades e setores da sociedade. Tais mecanismos são indispensáveis no Estado Democrático de Direito, pois instituições fracas ou disfuncionais estão entre os mais sérios desafios à democracia<sup>78</sup>.

No art. 23 da CADH há o direito de participar na direção dos assuntos públicos; o direito de votar e ser eleito em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e o direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do país. Em sequência, o artigo 24 reafirma o compromisso para com a garantia da igualdade e a não discriminação. Portanto, é dever do Estado estabelecer regras e instituições que sejam capazes de garantir os elementos democráticos. No campo específico da participação político-eleitoral, que é um dos elementos definidores de democracia, isso implica em estabelecer regras que garantam a igualdade de participação, sem vantagens ou desvantagens a quaisquer categorias. Ao identificar vantagens incompatíveis com as premissas de igual participação, caberá ao Estado corrigir a situação, sob pena de descumprimento dos deveres internacionalmente assumidos. Isto nos leva ao questionamento de se a reeleição indefinida pode ser um risco à

---

<sup>78</sup> Ibidem, par. 29.

democracia e se estaria apenas estabelecendo um regime autoritário competitivo?

## **2.5 A EXISTÊNCIA DE REELEIÇÕES PRESIDENCIAIS ILIMITADAS FORNECE ALGUM TIPO DE VANTAGEM OU DESVANTAGEM INDEVIDA?**

Para responder a estas questões, é necessário repassarmos brevemente os estudos sobre reeleição e seus efeitos. Há divergências importantes, no sentido de que para alguns a reeleição aumenta o grau de controle sobre a atuação dos eleitos<sup>79</sup>, enquanto em outras análises considera-se que enfraquecem a democracia por ter vantagens em relação aos competidores<sup>80</sup>, além de aumentar os custos de oposição. Um ponto central a ser avaliado é se os titulares do cargo têm mais chances de serem eleitos do que seus concorrentes.

Na América Latina a proibição de reeleições e limites aos mandatos foram estabelecidos no século XIX por democratas com o objetivo de impedir *caudilhismo*, *continuismo* e concentração do poder no Executivo<sup>81</sup>. Daí porque quase a totalidade dos países da América Latina estabelecem alguma modalidade de restrição<sup>82</sup>.

Há quatro formas com que os países tratam do tema da reeleição: proibição total da reeleição; permissão somente de eleições não

---

<sup>79</sup> GINSBURG, Tom; MELTON, James; ELKINS, Zachary. "On the Evasion of Executive Term Limits," William and Mary Law Review 52 (May 2011): 1807; Patricio Navia, "Limit the Power of Presidents, Not Their Term in Office," Americas Quarterly (Spring 2009), <http://americasquarterly.org/against-presidential-term-limits>.

<sup>80</sup> Keith Krehbiel and John R. Wright, "The Incumbency Effect in Congressional Elections: A Test of Two Explanations," American Journal of Political Science 27 (February 1983): 140-57; Andrew Gelman, and Gary King, "Estimating Incumbency Advantage Without Bias," American Journal of Political Science 34 (November 1990): 1142-64; Adam Przeworski, Democracy and the Limits of Self-Government (New York: Cambridge University Press, 2010).

<sup>81</sup> CORRALES, Javier; PENFOLD, Michael. Manipulating term limits in Latin America. *Journal of democracy*, v. 25, n. 4, 2014, p. 157.

<sup>82</sup> Idem, p. 159.

consecutivas; reeleições não consecutivas limitadas; e reeleições indefinidas, sem nenhum limite<sup>83</sup>. Segundo Corrales e Penfold, os países com reeleições não consecutivas pontuam melhor nos indicadores sobre governança global do Banco Mundial, o qual compreende Estado de Direito, corrupção, estabilidade política e efetividade governamental. Já os países que têm eleições indefinidas são os que pontuam pior<sup>84</sup>.

Nos estudos eleitorais há consenso de que a reeleição leva a vantagens do titular do cargo no processo eleitoral. Embora muitos dos resultados sejam referentes a campanhas para cargos legislativos<sup>85</sup>, a conclusão também é válida em processo de reeleição para cargos do Executivo. Os resultados têm várias causas, como, por exemplo, as vantagens informacionais e a capacidade do eleitor tomar decisões que favorecem o titular do cargo e não o “desafiante”<sup>86</sup>. O titular do cargo durante o mandato tem sua imagem reiteradamente divulgada, sendo o ônus por se tornar igualmente conhecido dos candidatos desafiantes. Em análise histórica sobre a reeleição entre presidentes norte-americanos, mostra-se que entre 1900 e 2009, 73,7% venceram a reeleição. Ademais, os titulares do cargo têm vantagens na obtenção de financiamento de campanha<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Idem, p. 159.

<sup>84</sup> Idem, p. 161.

<sup>85</sup> Exemplificativamente, em verificação feita por reportagem da CNBC, verificou-se que entre 1964 e 2016, tanto na Câmara quanto no Senado norte-americanos, a menor taxa de reeleição dos legisladores foi 85% (1972 e 2012). SCHOEN, John. W. Incumbents in Congress are hard to beat — and a lot of it has to do with Money. Disponível em: < <https://www.cnbc.com/2018/04/26/here-is-why-incumbents-in-congress-are-hard-to-beat.html> >. Acesso em 14 mai. 2020.

<sup>86</sup> “Nossos dados deixam claro que os titulares presidenciais desfrutam de informações vantagem. (...) Por várias medidas, mostramos que mais entrevistados podem avaliar o presidente até o final de seu primeiro mandato” BURDEN, Barry C.; HILLYGUS, D. Sunshine. Polls and elections: Opinion formation, polarization, and presidential reelection. *Presidential Studies Quarterly*, v. 39, n. 3 2009, p. 623-625.

<sup>87</sup> Idem, p. 628.

No caso da América Latina, dos 18 presidentes que concorreram à reeleição entre a década de 1980 e 2013, somente 2 foram derrotados<sup>88</sup>. Entretanto, a taxa depende da modalidade de reeleição: em reeleições consecutivas, os titulares do cargo venceram em 90% dos casos; sob eleições indefinidas, em 83%; sob eleições não consecutivas, a taxa baixa para 40% de vitória de ex-presidentes<sup>89</sup>.

Percebe-se que, na América Latina, a chance de vitória e o percentual de votos tem estreita relação com a concorrência em reeleição, afetando a igualdade na arena eleitoral. A questão torna-se mais preocupante em situações em que as instituições de freios e contrapesos estejam fracas. Neste caso, aumentará as chances de abuso do executivo, que no contexto da América Latina tem diversas atribuições e competências, sendo identificadas como “hiperpresidencialismos”.

Quando há Estado de Direito fraco, aumenta a chance de presidentes tentarem alterar as regras para permitir ou ampliar os termos da reeleição - daí a relação entre experiências de degradação democrática e ampliação de reeleição para a forma indefinida.

## **2.6 REELEIÇÃO INDEFINIDA COMO ELEMENTO DE PROCESSO DE DEGRADAÇÃO DEMOCRÁTICA**<sup>90</sup>

### **2.6.1 OS DIFERENTES COMPONENTES DE UM LEVANTE AUTORITÁRIO**

Alinhada à questão se a reeleição indefinida pode representar risco à democracia, é necessário analisar processos atuais de degradação

---

<sup>88</sup> Idem, p. 162.

<sup>89</sup> Idem, p. 163.

<sup>90</sup> Faltou a referência, talvez esteja aqui por engano, melhor tirar.

democrática para identificar quais foram os mecanismos utilizados e, com isso, apontar possíveis mecanismos de proteção democrática.

Os atuais contextos de ameaças democráticas demonstram que, não raro, institutos ou direitos legítimos podem ser utilizados para desestabilizar um Estado democrático. Nesse sentido, Karen Stenner e Jonathan Haidt sugerem que fenômenos sociais como a ascensão de partidos populistas de extrema-direita em países como os EUA e o Reino Unido não são uma anomalia, nem um “momento de insanidade temporária”, mas um resultado previsível dentro da presença dominante do sistema democrático liberal<sup>91</sup>. Sob tais perspectivas, a questão não é se existe o risco de levantes autoritários dentro de democracias liberais, mas sim *como* tais levantes ocorrerão e quais elementos serão necessários para que esse processo aconteça.

Portanto, retornamos à indagação se nessas circunstâncias o instituto da reeleição seria fator especialmente relevante dentro de um projeto de governo autoritário, e a maneira pela qual tal projeto tem ocorrido dentro do cenário político contemporâneo.

### **2.6.2 LEGALISMO AUTOCRATA E A DETERIORAÇÃO DEMOCRÁTICA**

No que diz respeito aos meios pelos quais líderes autoritários podem dismantlar um sistema democrático e consolidar regime autoritário em seu lugar, o leque de possibilidades é amplo. A imagem de golpes de Estado que ocorreram ao final do século XX, apesar de não poder ser completamente descartada, não é mais o principal meio pelo qual esse processo pode acontecer no cenário político contemporâneo.

---

<sup>91</sup> STENNER, Karen; HAIDT, Jonathan. **Authoritarianism is not a momentary madness, but an eternal dynamic within liberal democracies**. In: SUNSTEIN, Cass. *Can it happen here?: Authoritarianism in America*. New York: Harper Collins, 2018. p. 178-179.



Conforme Kim Schepelle explicitou, atualmente regimes autocratas têm estratégias mais sofisticadas, que reconhecem a hegemonia das democracias liberais no Ocidente e se utilizam dos mesmos institutos que compõem esses governos para formar seu Estado autoritário<sup>92</sup>. O resultado é um regime com a aparência de democracia liberal, que, na prática, se trata de um governo autoritário, distante em sua *práxis* de qualquer genuína ideologia liberal ou democrática. Schepelle chama essa situação de “legalismo autocrata” (*autocratic legalism*)<sup>93</sup>.

Legalistas autocratas tendem a copiar diversas práticas de democracias constitucionais, de maneira que cada prática, se observada individualmente, não apontaria nenhuma tendência autoritária, no entanto, somada a outras características, elas formam conjunto que mantém a aparência de democracia liberal, mas funcionamento completamente diverso<sup>94</sup>. O resultado é a união das piores práticas das democracias liberais para, assim, construir algo absolutamente iliberal em seu conteúdo<sup>95</sup>. Há inegável semelhança entre as estratégias que diferentes governos autocratas se utilizaram para desestabilizar as democracias liberais em que se elegeram, apesar de distintas posições políticas no espectro político.

O primeiro exemplo do processo de “deterioração interna” de uma democracia ocorreu na Venezuela, sob o regime de Hugo Chávez. Chávez foi eleito por voto popular em 1998. Pouco depois de sua chegada ao

---

<sup>92</sup> SCHEPPELE, Kim Lane. **Autocratic Legalism**. Disponível em: <<https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism>>. Acesso em: 14 maio 2020.

<sup>93</sup> Id, *ibidem*.

<sup>94</sup> Id, *ibidem*.

<sup>95</sup> Id, *ibidem*.

poder, o presidente montou nova Assembleia Constituinte, desenhada de maneira a fornecer a seu partido 95% das cadeiras que compunham essa Assembleia, resultando em um texto constitucional que expandia os poderes de Chávez como presidente, fornecendo a ele legitimidade para, por exemplo, fechar o Congresso, que, até aquele momento, representava uma genuína fonte de oposição aos poderes do Executivo. Esse processo, conforme aponta o relatório de 2017 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, resultou em uma suspensão *de fato* dos direitos políticos dos cidadãos venezuelanos<sup>96</sup>. Conforme avaliou a Comissão, as entidades públicas venezuelanas criaram genuínas dificuldades para a participação de partidos de oposição ao governo, além de outras medidas administrativas, como a redistribuição de 201 centros de votação a dois dias da data das eleições municipais<sup>97</sup>. Todas essas alterações foram realizadas apenas em locais onde venceram candidatos do partido de oposição ao do governo nas eleições para o parlamento de 2015<sup>98</sup>. O resultado foi que cerca de 715.000 eleitores foram negativamente afetados pela decisão do governo venezuelano<sup>99</sup>.

Chávez solicitou dois referendos para obter aprovação pública de reforma constitucional destinada a eliminar o limite de reeleições de candidato à presidência do país. O primeiro referendo, apresentado em 2007, foi rechaçado<sup>100</sup>. O segundo, proposto em 2009, foi aprovado, o que possibilitou reeleições ilimitadas do presidente, além de outros cargos

---

<sup>96</sup> CIDH. *Situación de derechos humanos en Venezuela: Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela*, op cit., p. 86.

<sup>97</sup> Id, ibidem. p. 90.

<sup>98</sup> Id, ibidem.

<sup>99</sup> Id, ibidem.

<sup>100</sup> CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, op cit.

de designação popular no governo da Venezuela<sup>101</sup>. A ampliação dos poderes do Estado aumentou exponencialmente no país durante esse período, fazendo com que Comissão Interamericana de Direitos Humanos tivesse dúvidas quanto ao controle eleitoral exercido pelo *Consejo Nacional Electoral* venezuelano em relação aos processos eleitorais que ocorreram em 23 de novembro de 2008 e 15 de fevereiro de 2009. A dúvida não dizia respeito à contagem de votos, mas ao processo eleitoral em si<sup>102</sup>. Vale mencionar que, já antes da votação dos referendos, os partidos de oposição ao do governo de Hugo Chávez já tinham apresentado reclamações a Comissão Interamericana, no sentido de terem sido restringidos em suas tentativas de lançar mensagens de campanha, ou mesmo material informativo a respeito das reformas constitucionais propostas no primeiro referendo<sup>103</sup>.

A extensão do direito a reeleições por período ilimitado representou escalada para moldar o sistema político da Venezuela, de uma democracia liberal para uma autocracia com mera *aparência* de democracia liberal, mas com práticas democráticas cada vez mais superficiais. O fato de não ser possível distinguir linha clara entre o sistema democrático venezuelano e o regime autoritário em que o país se encontra demonstra a eficiência das estratégias que esses líderes têm utilizado para “desconstruir” as democracias que os elegem. É um processo que prospera exatamente por *criar incertezas* quanto ao estado em que se encontra o sistema político do país.

O segundo exemplo desse processo pode ser observado no outro extremo do espectro político. Trata-se do caso do gradual rompimento

---

<sup>101</sup> Id, *ibidem*.

<sup>102</sup> Id, *ibidem*.

<sup>103</sup> Id, *ibidem*.

democrático da Hungria sob o governo do primeiro-ministro húngaro, Viktor Orbán, eleito em 2010 com 53% de votos, tendo seu partido ocupado 68% dos assentos no Congresso. Após reescrita do texto da Constituição via emenda constitucional, e de vasto número de leis durante o seu primeiro mandato<sup>104</sup>, foram aprovadas leis que garantiram a reeleição do primeiro-ministro em 2014<sup>105</sup>.

Além disso, Orbán tomou diversas medidas institucionais para remover opositores e especialistas ideologicamente neutros de instituições públicas, substituindo-os por indivíduos fiéis ao partido, e ainda expandindo seus mandatos para períodos muito maiores do que seria normal dentro de um governo democrático<sup>106</sup>. Ainda, alterou o sistema interno do parlamento de modo que os seus opositores sequer teriam direito de falar dentro da casa legislativa, ou de recomendar quaisquer alterações às leis lá produzidas<sup>107</sup>. Por fim, através de uma supermaioria no Congresso, conquistou poderes que o permitiram alterar qualquer texto de lei, inclusive a própria constituição.

Em um cenário mais recente, Orbán adotou uma lei de emergência que permitiu ao seu regime governar por decreto por tempo indeterminado, expandindo ainda mais seus poderes políticos<sup>108</sup>. O resultado de tais iniciativas pode ser percebido na análise do *Nations in Transit: 2020*, estudo realizado pelo instituto Freedom House, que já não

---

<sup>104</sup> SCHEPPELE, Kim Lane, op cit.

<sup>105</sup> Id, ibidem.

<sup>106</sup> SCHEPPELE, Kim Lane, op cit.

<sup>107</sup> Id, ibidem.

<sup>108</sup> GEHRKE, Laurenz. Hungary no longer a democracy: report. **Politico**, 6 maio 2020. Disponível em:

<[https://www.politico.eu/article/hungary-no-longer-a-democracy-report/?fbclid=IwAR1cNENBWTmSwGfesKBcEpY3wU6o1kEIInnZTqpaRwLuGk\\_tqSA50Nhi2uik](https://www.politico.eu/article/hungary-no-longer-a-democracy-report/?fbclid=IwAR1cNENBWTmSwGfesKBcEpY3wU6o1kEIInnZTqpaRwLuGk_tqSA50Nhi2uik)>. Acesso em: 14 maio 2020.

considera a Hungria uma democracia<sup>109</sup>. O estudo descreve como o Primeiro-Ministro foi tomando controle sobre outras áreas da vida pública em 2019, como a educação e as artes, de modo a entender que, a essa altura, já sequer tem a pretensão de ainda estar governando um Estado democrático<sup>110</sup>.

Orbán, de maneira semelhante a Chávez e Maduro na Venezuela, se elegeu democraticamente e realizou diversos ataques, não só à oposição, mas às instituições democráticas que poderiam oferecer limites à sua influência dentro do país. E, assim, ambos regimes democráticos foram lentamente convertidos em autocracias. O direito à reeleição foi um elemento explorado no projeto autoritário. Trata-se de um elemento no complexo processo de manipulação e reestruturação na transição de democracias liberais para autocracias.

### **2.6.3 O DIREITO À REELEIÇÃO NA CONSOLIDAÇÃO DE UMA AUTOCRACIA**

À luz de tais considerações, tem-se que, desde que dentro de um contexto apropriado, a reeleição pode servir como instrumento em potencial para a consolidação de Estados autocratas. Afinal, um dos elementos que os governos autoritários contemporâneos dividem com seus antecessores é a necessidade de personalização de um movimento político na figura de um líder. Altemeyer identifica esse processo com a necessidade de grupos com um perfil autoritário seguirem um líder, deixando de lado sua identidade individual em prol de sua participação em um grupo, uma multidão encabeçada pela figura do líder autoritário,

---

<sup>109</sup> FREEDOM HOUSE. **Nations in Transit**: Dropping the Democratic Facade. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2020/dropping-democratic-facade>>. Acesso em: 14 maio 2020.

<sup>110</sup> Id, ibidem.

o “rosto” de um corpo político autoritário. Líderes autoritários, por sua vez, constroem sua autoimagem exatamente em torno dessa glorificação, se utilizando de um discurso populista para se apresentarem como a única real encarnação do povo de uma determinada nação. Eles próprios, individualmente, seriam o rosto da nação.

É difícil, sob tal perspectiva, não ver um cenário com número ilimitado de reeleições como um cenário próspero para que lideranças com esse perfil se desenvolvam. Dentro de um contexto de ascensão autoritária, em que um líder autocrata busque ocultar a real natureza de seu regime por meio de uma máscara de democracia liberal, a exploração de um número ilimitado para reeleições ou a tentativa de introduzir esse direito a um sistema democrático que não possuía essa garantia anteriormente, seria, ao lado de outros fatores políticos, como os exemplificados nos regimes da Venezuela e da Hungria, uma atitude previsível de um governo interessado em tornar uma democracia liberal em uma autocracia.

## **2.7 VALORIZAÇÃO DE REELEIÇÕES LIMITADAS EM ORGANISMOS INTERNACIONAIS COMO FATOR DE FORTALECIMENTO DEMOCRÁTICO**

Em análise comparada, é interessante observar que os sistemas regionais e global de direitos humanos não permitem reeleições ilimitadas de seus juizes ou membros de órgãos convencionais e extraconvencionais.

Conquanto se entenda a diferença entre a eleição de juizes e membros dos sistemas supracitados e os chefes dos governos locais que os integram, entende-se que há uma base de proporcionalidade seguida na escolha dos representantes eleitos, em sua maioria por meio de

votações. Assim, a proporcionalidade nas reeleições deve ser observada para garantir maior diversidade, transparência e efetividade. No caso dos sistemas internacionais, para auxiliar na solidariedade entre os Estados e, quanto ao direito interno, para fazer uso e ao mesmo tempo fortalecer os pilares democráticos.

Em caso de órgãos em que não há igualdade de voto entre os representantes dos países, a limitação da reeleição mostra-se como instrumento importante, em conjunto com outros requisitos - como distribuição geográfica por exemplo -, para evitar a perpetuação de um grupo com interesses específicos, que serão refletidos nas decisões. De um ponto de vista intergovernamental ou internacional, reproduz a preocupação acerca da perpetuação da defesa do interesse do mesmo grupo de países, em detrimento de outros que não detêm o mesmo poder de fala ou de voto, o que também pode ser observado na proteção das minorias em âmbito nacional.

Do ponto de vista global, o Conselho de Segurança da ONU, responsável pela paz e segurança internacional, pela recomendação do Secretário Geral à Assembleia Geral, bem como pela determinação de intervenção mais severa em países pela ONU - as Missões de Paz -, apresenta limitação de eleição. Conforme artigo 23.2 da Carta das Nações Unidas, os membros não permanentes serão eleitos por um período de dois anos e, em caso de aumento de membros, dois dos quatro novos membros serão eleitos por um período de um ano. Entretanto, nenhum membro que termine seu mandato poderá ser reeleito para o período imediato<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Capítulo V da **Carta da ONU**. Conselho de Segurança, composição. Artigo 23. 1. O Conselho de Segurança será composto de quinze membros das Nações Unidas. A República da China, a França, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e os Estados Unidos da América serão membros permanentes do Conselho de Segurança. A Assembleia

Do mesmo modo, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) auxilia e administra outros órgãos e instituições sobre questões econômicas e sociais e detém competência para criar órgãos subsidiários e comissões para proteção de direitos econômicos sociais. Quanto à sua composição, é formado por 54 membros, eleitos pela Assembleia Geral por três anos, de modo que é permitida reeleição dos membros<sup>112</sup>.

Embora a Carta das Nações Unidas tenha o objetivo de uniformizar a proteção de direitos humanos no plano internacional, para que seja possível a implementação de um sistema internacional, os Pactos Internacionais de 1966 têm extrema relevância, uma vez que preveem um rol de direitos, com garantias e mecanismos de proteção. Concernentemente a ambos órgãos de proteção dos pactos, é possível averiguar limitação em eleição de seus membros.

Quanto ao órgão de proteção do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - o Comitê de Direitos Humanos -, criado pelo próprio instrumento, este conta com 18 membros que exercem suas funções a título pessoal. Além dos requisitos de elevada moral e conhecimento em direitos humanos, o mandato compreende quatro anos, sendo

---

Geral elegerá dez outros membros das Nações Unidas para membros não permanentes do Conselho de Segurança, tendo especialmente em vista, em primeiro lugar, a contribuição dos membros das Nações Unidas para a manutenção da paz e da segurança internacionais e para os outros propósitos da Organização e também a distribuição geográfica equitativa. 2. Os membros não permanentes do Conselho de Segurança serão eleitos por um período de dois anos. Na primeira eleição dos membros não permanentes do Conselho de Segurança, que se celebre depois de haver-se aumentado de onze para quinze o número de membros do Conselho de Segurança, dois dos quatro membros novos serão eleitos por um período de um ano. Nenhum membro que termine seu mandato poderá ser reeleito para o período imediato. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/cap5/>. Último acesso em 10/05/2020.

<sup>112</sup> Capítulo X da **Carta da ONU**. Conselho Econômico e Social, composição. Artigo 61. 1. O Conselho Econômico e Social será composto de cinquenta e quatro membros das Nações Unidas eleitos pela Assembleia Geral. 2. De acordo com os dispositivos do parágrafo 3, dezoito membros do Conselho Econômico e Social serão eleitos cada ano para um período de três anos, podendo, ao terminar esse prazo, ser reeleitos para o período seguinte. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/cap10/>. Último acesso em 10/05/2020.



permitida a reeleição. Entretanto, o mandato de nove dos membros eleitos na primeira eleição expirará ao final de dois anos, de modo que imediatamente após a primeira eleição, o nome desses membros será indicado por sorteio<sup>113</sup>.

No que concerne ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, embora este não preveja em seu texto original um órgão de proteção, a Resolução 17/1985 do Conselho Econômico e Social reorganizou um Grupo de Trabalho para se tornar o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e exercer essa função de proteção do PIDESC. Deste modo, a reeleição é permitida, porém com restrições similares ao PIDCP<sup>114</sup>.

Além disso, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, órgão intergovernamental de maior propriedade na promoção e proteção de direitos humanos do sistema global, criado pela Resolução 60/251 de 2006 da Assembleia Geral, também apresenta restrições à reeleição ilimitada. Neste sentido, o mandato de seus membros é de três anos,

---

<sup>113</sup> **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** Artigo 32.1. Os membros do Comitê serão eleitos para um mandato de quatro anos. Poderão, caso suas candidaturas sejam apresentadas novamente, ser reeleitos. Entretanto, o mandato de nove dos membros eleitos na primeira eleição expirará ao final de dois anos; imediatamente após a primeira eleição, o presidente da reunião a que se refere o parágrafo 4 do artigo 30 indicará, por sorteio, os nomes desses nove membros.

<sup>114</sup> E/RES/1985/17. The Economic and Social Council, UN. **Review of the composition, organization and administrative arrangements of the Sesional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.** c) The members of the Committee shall be elected by the Council by secret ballot from a list of persons nominated by States parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights under the following conditions:

i) The members of the Committee shall be elected for a term of four years and shall be eligible for re-election at the end of their term, if renominated: ii) one half of the membership of the Committee shall be renewed every second year, bearing in mind the need to maintain the equitable geographical distribution mentioned in subparagraph b) above.

devendo ser respeitada a distribuição geográfica, e sendo vedada a reeleição após dois mandatos consecutivos <sup>115</sup>.

O mesmo é respeitado com os Procedimentos Especiais, mecanismos independentes de investigação e controle do Conselho de Direitos Humanos. Atualmente, existem 55 Procedimentos Especiais, incluindo 41 mandatos temáticos e 14 mandatos relacionados a países e territórios. Os titulares de mandatos, especialistas independentes, nomeados pelo Conselho, são eleitos por três anos e podem ser reeleitos por mais três, sendo esse o limite <sup>116</sup>.

Além disso, há também dez recomendações para a composição de órgão de supervisão dos tratados da ONU, que podem ser aplicadas de modo análogo ao SIDH, por exemplo.

Dentre elas estão “atender aos requisitos de elegibilidade e não possuir posição governamental; diversificar os candidatos para não repetir as mesmas pessoas”, permitir a participação da sociedade civil, revisar o equilíbrio geográfico, de gênero e diversidade de conhecimento na composição do comitê antes de cada eleição <sup>117</sup>.

Quanto aos sistemas regionais de direitos humanos, o mesmo pode ser observado. No Sistema Africano, a Carta Africana de Direitos

---

<sup>115</sup> A/RES/60/251. General Assembly, UN. **Resolution adopted by the General Assembly on 15 March 2006, Human Rights Council.** Decides further that the Council shall consist of forty-seven Member States, which shall be elected directly and individually by secret ballot by the majority of the members of the General Assembly; the membership shall be based on equitable geographical distribution, and seats shall be distributed as follows among regional groups: Group of African States, thirteen; Group of Asian States, thirteen; Group of Eastern European States, six; Group of Latin American and Caribbean States, eight; and Group of Western European and other States, seven; the members of the Council shall serve for a period of three years and shall not be eligible for immediate re-election after two consecutive terms.

<sup>116</sup> “Relatores Especiais, Especialistas (ou Peritos) Independentes e Grupos de Trabalho constituem coletivamente os “Procedimentos Especiais” do Conselho de Direitos Humanos”. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/sistemaonu/>. Último acesso: 10/05/2020.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

Humanos e dos Povos prevê eleição para os membros da Comissão Africana, com um mandato de seis anos, cabendo reeleição. Entretanto, o mandato de quatro dos membros eleitos terminará em dois anos<sup>118</sup>, assim como o presidente da Comissão, que será eleito para um período de dois anos, sendo também considerado elegível para reeleição<sup>119</sup>.

Ademais, conforme o Protocolo da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, os juízes do Tribunal Africano são eleitos por um período de seis anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez<sup>120</sup>. Do mesmo modo, o presidente e o vice do Tribunal devem ser eleitos por um período de dois anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez<sup>121</sup>.

Em relação ao Sistema Europeu de Direitos Humanos, os juízes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem são eleitos por um período de nove anos, não sendo possível a reeleição<sup>122</sup>. Já conforme Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o juiz eleito para presidente ou vice da Assembleia Plenária poderá ser reeleito apenas uma vez para desempenhar as mesmas funções<sup>123</sup>.

---

<sup>118</sup> ACHPR. African (Banjul) **Charter on Human and Peoples' Rights**. Article 36. The members of the Commission shall be elected for a six-year period and shall be eligible for re-election. However, the term of office of four of the members elected at the first election shall terminate after two years and the term of office of three others, at the end of four years.

<sup>119</sup> ACHPR. African (Banjul) **Charter on Human and Peoples' Rights**. Article 42. 1. The Commission shall elect its Chairman and Vice Chairman for a two-year period. They shall be eligible for re-election.

<sup>120</sup> ACHPR. **Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights**. Article 15 TERM OF OFFICE 1. The judges of the Court shall be elected for a period of six years and may be re-elected only once. The terms of four judges elected at the first election shall expire at the end of two years, and the terms of four more judges shall expire at the end of four years.

<sup>121</sup> ACHPR. **Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights**. Article 21 Presidency of the Court. 1. The Court shall elect its President and one Vice-President for a period of two years. They may be re-elected only once.

<sup>122</sup> ECHR. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Artigo 23. Duração do mandato e destituição. 1. Os juízes são eleitos por um período de nove anos. Não são reelegíveis.

<sup>123</sup> ECHR. **Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos** Artigo 8º (\*) - Eleição do Presidente e dos Vice-Presidentes do Tribunal e dos Presidentes e Vice-Presidentes das Câmaras. 3 - Um juiz eleito nos termos dos nºs 1 e 2 pode ser reeleito apenas uma vez para as mesmas funções.

Por fim, no que tange ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que os membros da CIDH terão mandato de quatro anos e só poderão ser reeleitos uma vez<sup>124</sup>, com certas restrições. O Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos também prevê que os juízes da Corte serão eleitos para um mandato de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez<sup>125</sup>.

Assim, resta claro que é necessário atentar que os próprios mecanismos de monitoramento, promoção e proteção de Direitos Humanos observam certos padrões de proporcionalidade, impondo limites à reeleição indeterminada. Isso se faz com o intuito principalmente de promover maior diversidade, transparência e efetividade para estes órgãos. Portanto, para além de mitigar processos de deterioração democrática, a limitação da reeleição nos países da América Latina também pode ser estímulo à diversidade e transparência

### **3. LIMITES À REELEIÇÃO E O ARTIGO 23 DA CADH**

A reeleição ilimitada consiste na possibilidade de o candidato ser eleito novamente em quantidades infinitas. A depender do contexto, ela pode disseminar a desigualdade de condições entre candidatos e ameaçar os direitos políticos dos eleitores. Por esse motivo, a CADH não

---

<sup>124</sup> CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Artigo 37. 1. Os membros da Comissão serão eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos uma vez, porém o mandato de três dos membros designados na primeira eleição expirará ao cabo de dois anos. Logo depois da referida eleição, serão determinados por sorteio, na Assembleia Geral, os nomes desses três membros.

<sup>125</sup> Corte IDH. **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Artigo 5. Mandato dos juízes. 1. Os juízes da Corte serão eleitos para um mandato de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez. O juiz eleito para substituir outro cujo mandato não haja expirado, completará o mandato deste.

impede que os Estados limitem a reeleição presidencial. Ao revés, tal limitação pode até mesmo ser um meio de os Estados protegerem as instituições do Estado Democrático de Direito e os direitos políticos dos cidadãos.

Nesse sentido, no que toca à competência estatal para regulamentar as eleições presidenciais, impondo-lhes limites ou até mesmo as proibindo, é preciso considerar os deveres convencionais entabulados na CADH, com especial enfoque na leitura que a Corte já fez desta matéria, com especial destaque para os casos da Comunidade *Yatama vs. Nicaragua* e *Castañeda Gutman vs. México*.

Esses precedentes demonstram que os Estados possuem margem de discricionariedade para limitar reeleições.

### **3.1 O ARTIGO 23 DA CADH**

Diante do contexto de relação intrínseca entre direitos humanos, democracia representativa e direitos políticos – consagrados no artigo 23 da CADH –, configura-se como obrigação jurídica internacional o exercício efetivo da democracia nos Estados americanos, os quais soberanamente consentiram que tal exercício transcendesse os limites de suas jurisdições domésticas<sup>126</sup>.

As normas contidas no parágrafo 1 do artigo 23 da CADH<sup>127</sup> se referem aos direitos da pessoa enquanto cidadã, seja reconhecendo-a

---

<sup>126</sup> Corte IDH. **Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 34818, par. 114.

<sup>127</sup> **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Artigo 23. Direitos Políticos. 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

como titular do processo de tomada de decisões nos assuntos públicos, como eleitora através do voto e de representantes livremente eleitos, ou como servidora pública a ser eleita popularmente ou mediante designação ou nomeação.

Além disso, o referido artigo não somente estabelece que os indivíduos devem gozar de direitos, mas também adiciona o termo “oportunidades”, o que implica que os Estados têm a obrigação de garantir, com medidas positivas, oportunidades reais para que toda pessoa formalmente titular de direitos políticos possa exercê-los<sup>128</sup>.

Isso torna indispensável que os Estados criem as condições institucionais e mecanismos de caráter procedimental para que tais direitos possam ser exercidos de forma efetiva, sendo respeitado o princípio da igualdade e de não discriminação, ou seja, prevenindo e combatendo situações ou práticas legais ou de fato que causem estigmatização, discriminação ou retaliação para quem exerce seus direitos políticos<sup>129</sup>, e, ainda, em conformidade com os artigos 23, 24, 1.1 e 2 da Convenção Americana, levando em consideração a situação de fraqueza ou desamparo em que os membros de certos setores ou grupos sociais se encontram<sup>130</sup>.

Neste sentido é que os Estados possuem a obrigação de organizar os sistemas eleitorais, estabelecendo um alto número de condições e formalidades que possibilitem o exercício do direito de votar e ser votado, elegendos representantes que conduzam os assuntos públicos<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> Corte IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. México**, op. cit., par. 145.

<sup>129</sup> Corte IDH. **Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 34818, par. 111.

<sup>130</sup> Corte IDH. **Caso Yatama vs. Nicaragua**. Op. Cit., par. 201.

<sup>131</sup> Corte IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. México**. Op. cit, par. 157.

Isso se dá mediante a expedição de normas e a adoção de medidas de caráter diverso, tendo em vista que os direitos políticos não se tornam eficazes somente em virtude das normas que os consagram, mas também pela existência de um completo aparato institucional, econômico e humano, não podendo ser exercido se não houver códigos ou leis, mas também se inexistirem registros de eleitores, partidos políticos, meios de propaganda emobilização, centros de votação, juntas eleitorais e datas e prazos para o exercício do voto<sup>132</sup>. Apesar desta obrigação de organizar os sistemas eleitorais ser comum a todos os Estados, o direito internacional não impõe, tanto em âmbito universal como regional, um sistema eleitoral determinado ou uma modalidade determinada de exercício dos direitos de votar e ser votado<sup>133</sup>. No âmbito universal, o Comitê de Direitos Humanos da ONU interpretou o artigo 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, com redação similar ao artigo 23 da CADH, no sentido de que o Pacto não impõe nenhum sistema eleitoral concreto<sup>134</sup>.

Por sua vez, em âmbito regional, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também adotou o mesmo posicionamento, desde a primeira vez em que foi solicitado a se pronunciarse sobre o direito de votar e ser votado, derivado do artigo 3º do Protocolo 1 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. O Tribunal Europeu ainda apontou para a existência de inúmeras maneiras de organizar e implementar sistemas eleitorais, assim como para a riqueza de diferenças baseadas no desenvolvimento histórico, na diversidade cultural e no pensamento político dos Estados, além da

---

<sup>132</sup> Ibidem, par. 159.

<sup>133</sup> Ibidem, par. 162.

<sup>134</sup> Ibidem, par. 163.

necessidade de avaliar a legislação eleitoral sob a ótica da evolução do país em questão, o que possibilite aspectos inaceitáveis no contexto de um sistema sejam justificados em outros<sup>135</sup>.

O Sistema Interamericano segue a mesma linha, tendo a CADH estabelecido diretrizes gerais que determinam um conteúdo mínimo de direitos políticos. Assim, é permitido aos Estados, dentro dos parâmetros convencionais, regular esses direitos de acordo com suas necessidades históricas, políticas, sociais e culturais, as quais variam de sociedade para sociedade, ou no mesmo território, mas em diferentes momentos históricos<sup>136</sup>.

No entanto, ao regular seu sistema político, os Estados invariavelmente estão estabelecendo restrições aos direitos políticos. Por conta disso, ao desenhar seus sistemas eleitorais, os Estados não podem ignorar que os direitos políticos não podem ser limitados de maneira que sua regulamentação, ou as decisões que se adotem na aplicação desta, configure impedimento à participação efetiva das pessoas na condução do Estado, ou mesmo que tal participação se torne ilusória<sup>137</sup>.

Ainda assim, restrições são possíveis. Nesse contexto, o próprio art. 23.2 da CADH prevê que limitações ao exercício de direitos políticos são possíveis, ao prever que: “[a] lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”.

---

<sup>135</sup> *Ibidem*, par. 165.

<sup>136</sup> *Ibidem*, par. 166.

<sup>137</sup> *Ibidem*, par. 204.



Além disso, padrões mínimos de regulação da participação política podem ser estabelecidos pelos Estados, desde que sejam razoáveis e de acordo com os princípios da democracia representativa, segundo o disposto na Carta da OEA<sup>138</sup>. Por isso, não se constitui uma restrição indevida, por si só, a aplicação de requisitos para o exercício dos direitos políticos, tendo em vista que não são absolutos, mas sujeitos a limitações, desde que observados os princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade em uma sociedade democrática, além de atender a uma finalidade legítima.

Se toda restrição a direitos políticos deve ultrapassar o teste acima mencionado, ao selimitar reeleições surge um aparente embate entre os direitos políticos daquele que se perpetua no poder indefinidamente, dos demais candidatos e também dos eleitores. É que limitar reeleições significa limitar o exercício de um direito político – o direito de ser eleito.

Nesse contexto, o embate existe primeiramente porque a limitação de reeleição não se trata de uma restrição decorrente de “idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”, como determina o art. 23.2. Em segundo lugar, se questiona se a limitação à reeleição é legal, necessária e proporcional em uma sociedade democrática.

Haja vista que a Convenção é um *living instrument*, na presente OC a Corte IDH deve endereçar esse embate à luz de seus próprios precedentes e, em especial, do contexto da América Latina. Nesse exercício, este *amicus curiae* apresenta o caso *Yatama vs. Nicarágua* e o

---

<sup>138</sup> Corte IDH. **Caso Yatama vs. Nicaragua**. op. cit., par. 207.

caso *Castañeda Gutman vs. México* como as principais balizas para análise.

### **3.2 O CASO YATAMA VS. NICARÁGUA**

Yatama era uma organização de defesa de direitos de povos indígenas da costa atlântica da Nicarágua<sup>139</sup>. Tradicionalmente, por meio de assembleias, Yatama escolhia membros para concorrerem a vagas de vereadores e prefeitos.

No entanto, desde a entrada em vigor da Lei Eleitoral nº 331, de 24 de janeiro de 2000, a Nicarágua somente permitiu a participação nos processos eleitorais através da figura jurídica de partidos políticos, forma de organização que não era própria das comunidades indígenas e étnicas da costa atlântica nicaraguense<sup>140</sup>. Assim, o requisito de constituição de um partido político dificultou e, ao fim, inviabilizou a candidatura dos representantes da organização Yatama às eleições. Seu povo se sentiu sem representatividade, o que levou a maioria dos integrantes da organização a não votar naquele ano.

Ante esse contexto, a Corte IDH foi chamada a responder se foi convencional o impedimento da comunidade indígena Yatama participar de eleições municipais por não serem partido político.

Segundo a Corte, o artigo 23 da Convenção Americana consagra os direitos à participação na direção dos assuntos públicos, a votar, a ser eleito, e a ter acesso às funções públicas. Esses direitos devem ser

---

<sup>139</sup> Idem, par. 124.11.

<sup>140</sup> Ibid., par. 124.20.

garantidos pelo Estado em condições de igualdade, uma vez que propiciam o fortalecimento da democracia e o pluralismo político<sup>141</sup>.

A Corte asseverou que é indispensável que o Estado gere as condições e mecanismos ótimos para que os direitos políticos possam ser exercidos de forma efetiva, respeitando o princípio de igualdade e não discriminação<sup>142</sup>.

Todavia, a sentença também esclareceu que os direitos políticos não são absolutos e podem ser limitados. Para tanto, as limitações passíveis de alcançar os direitos políticos não devem ser arbitrárias e devem cumprir alguns requisitos. Assim como já havia feito em outras ocasiões - como nos casos *Ricardo Canese vs. Paraguai (2004)*<sup>143</sup>, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004)*<sup>144</sup> e na OC n° 5/85<sup>145</sup> - a Corte ressaltou que a restrição de um direito deve observar os princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade em uma sociedade democrática.

Sobre isso, a Corte IDH explicou que o princípio da legalidade é observado quando o Estado define de maneira precisa, por meio de uma lei, os requisitos para que os cidadãos possam participar na disputa eleitoral, e que estipule claramente o procedimento eleitoral que antecede as eleições.

Além de estar prevista em lei, a restrição não pode ser discriminatória, deve ser baseada em critérios razoáveis e atender a um propósito útil e oportuno, que a torne necessária para satisfazer um

---

<sup>141</sup> Ibid., par. 192 e 194.

<sup>142</sup> Ibid., par 195.

<sup>143</sup> Corte IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguai**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C, n° 111, par. 96 e 133.

<sup>144</sup> Corte IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C, n° 107, par. 121 e 123.

<sup>145</sup> O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). **Parecer Consultivo OC-5/85** de 13 de novembro de 1985. Série A N° 5, par. 46.

interesse público imperativo, além de ser proporcional a esse objetivo. ACorte ainda ressaltou que, quando há várias opções para alcançar esse fim, deve ser escolhida a que menos restrinja o direito protegido e guarde maior proporcionalidade com o propósito que se persegue<sup>146</sup>.

Mais especificamente em relação aos padrões regulamentadores de participação política estabelecidos pelos Estados, a Corte decidiu que eles podem ser aplicados sempre equando sejam razoáveis de acordo com os princípios da democracia representativa. Segundo a Corte, os padrões devem “garantir a realização de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal, igual e secreto como expressão da vontade dos eleitores que reflita a soberania do povo”, sem deixar de considerar que “promover e fomentar diversas formas de participação fortalece a democracia”<sup>147</sup>, conforme disposto no artigo 6 da Carta Democrática Interamericana<sup>148</sup>.

Contudo, ao contrário da restrição indevida ao direito de a comunidade Yatama concorrer às eleições, a limitação de reeleições, se prevista em lei, é uma restrição que pode ser considerada necessária e proporcional em uma sociedade democrática.

Há potencial desigualdade política gerada no contexto de um processo eleitoral com possibilidade de reeleições indefinidas. Ela é causada por diversos fatores, como, por exemplo, a maior exposição na mídia de quem já está no poder em detrimento de candidatos menos conhecidos e a criação de políticos de carreira, perpetuando elites

---

<sup>146</sup> Corte IDH, **Caso Yatama vs. Nicarágua**, op. cit., par. 206.

<sup>147</sup> Ibid., par. 207.

<sup>148</sup> **Carta Democrática Interamericana**. Aprovada na primeira sessão plenária da Assembleia Geral da OEA, realizada em 11 de setembro de 2001, artigo 6.

políticas no poder indefinidamente e tornando-se um obstáculo para o ingresso de novos atores no meio político<sup>149</sup>.

Além disso, muitos países da América Latina são marcados por um centralismo de poder na figura do presidente. A perpetuação de uma mesma figura presidencial pode representar o controle de toda a burocracia estatal e, até mesmo, a total instrumentalização dos outros poderes do Estado, conforme a conveniência política do presidente perpétuo.

Na prática, a reeleição indefinida pode levar a um contexto que possibilita que o candidato reiteradamente reeleito tenha cada vez mais influência e poder, com aptidão para fazer uso de sua posição para se manter indefinidamente em seu cargo, ameaçando princípios democráticos como a alternância de poder, a igualdade entre candidatos, a possibilidade de acesso ao poder e até mesmo a liberdade de escolha dos eleitores.

Isto posto, resta claro que, conforme entendimento da Corte no caso *Yatama vs. Nicarágua*, os direitos políticos são, sim, suscetíveis a restrições, desde que estas restrições demonstrem ser legais, necessárias e proporcionais à manutenção ou ao fortalecimento da democracia representativa.

No que interessa para a presente OC, esses foram os termos em que o Estado da Nicarágua foi condenado pela violação do artigo 23 (Direitos Políticos) e 24 (Direito à Igualdade) da Convenção Americana.

---

<sup>149</sup> ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 38<sup>o</sup>, 2014. Minas Gerais. **Anais do 38<sup>o</sup> Encontro Anual da Anpocs**. Minas Gerais: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, p. 12.

### 3.3 O CASO CASTAÑEDA GUTMAN VS. MÉXICO

No *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*<sup>150</sup>, a Corte IDH teve de decidir se foi convencional o impedimento de o sr. Jorge Castañeda Gutman concorrer ao cargo de Presidente do México nas eleições celebradas em julho de 2006. O sr. Castañeda Gutman tentou concorrer como candidato independente às eleições, mas sua inscrição foi negada sob justificativa de que, no México, apenas os partidos políticos nacionais teriam o direito de solicitar registro de candidatos a cargos de eleição popular presidencial.

Após apreciar a demanda, a Corte IDH declarou que o Estado não violou, em prejuízo do Sr. Jorge Castañeda Gutman, o direito político a ser eleito, reconhecido no art. 23.1.b da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 da mesma.

No caso, a Corte reconheceu que a democracia representativa é determinante em todo o sistema e constitui um princípio reafirmado pelos Estados americanos na Carta da OEA, instrumento fundamental do Sistema Interamericano<sup>151</sup>. Nesse viés, a participação política pode incluir amplas e diversas atividades, como, por exemplo, influir na formação da política estatal através de mecanismos de participação direta<sup>152</sup>.

Outra forma de participação política é mediante o exercício do direito de ser eleito. Ele supõe que os cidadãos possam se postular como candidatos em condições de igualdade e que possam ocupar cargos

---

<sup>150</sup> CtIDH. *Castañeda Gutman vs. México*. Op. cit.

<sup>151</sup> *Ibidem*, par.141.

<sup>152</sup> *Ibidem*, par. 146.

públicos sujeitos à eleição se conseguirem obter a quantidade de votos necessários<sup>153</sup>.

Nessa perspectiva, a Corte Interamericana entendeu que, no tangível ao direito e à oportunidade de votar e ser eleito, consagrados pelo art. 23.1.b, a CADH se limita a estabelecer determinados *standards* dentro dos quais os Estados legitimamente podem e devem regular os direitos políticos, quando dita regulamentação cumpra com alguns requisitos.

Em *Castañeda Gutman vs. México*, a Corte IDH apurou o teste de convencionalidade das restrições ao direito de ser eleito que havia sido citado em *Yatama vs. Nicarágua*. A Corte IDH deixou claro que, para além de ser legal, necessária em uma sociedade democrática e proporcional, a medida deve atender a uma finalidade convencional – elemento que não havia ficado explícito no caso *Yatama vs. Nicarágua*. Dessa forma, a Corte explicitou os requisitos para a restrição da seguinte maneira:

Quanto à legalidade, a Corte defendeu que as condições e circunstâncias gerais que autorizam uma restrição ao exercício de um determinado direito humano devem estar claramente estabelecidas em lei<sup>154</sup>. A norma que estabelece a restrição deve ser uma lei no sentido formal e material<sup>155</sup>.

Quanto à finalidade da medida restritiva, a Corte assinalou que o artigo 23 da Convenção Americana não estabelece explicitamente as causas legítimas ou os propósitos permitidos para os quais a lei pode

---

<sup>153</sup> *Ibidem*, par. 148.

<sup>154</sup> O artigo 30 da Convenção Americana estabelece que: As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

<sup>155</sup> CtIDH. *Castañeda Gutman vs. México*, op. cit., par. 176.

regular os direitos políticos. Contudo, os propósitos legítimos que as restrições devem perseguir derivam das próprias obrigações decorrentes do artigo 23.1 da CADH<sup>156</sup>.

Por fim, para avaliar se a medida restritiva em análise atende ao último requisito (necessidade em uma sociedade democrática e proporcionalidade da medida), deve ser avaliado se a mesma: a) satisfaz uma necessidade social imperativa, isto é, visa satisfazer um interesse público imperativo; b) é o que restringe o direito protegido em menor grau; e c) esteja estreitamente alinhado com a consecução do objetivo legítimo.

Em suma, a restrição deve ser razoável, de acordo com os princípios da democracia representativa<sup>157</sup>. Pelas razões já expostas e pelas que ainda serão demonstradas ao longo deste AC, a restrição à reeleição presidencial é razoável em uma democracia representativa. O teste apurado em *Castañeda Gutman vs. México* revela isso, especialmente porque, no caso, a Corte IDH chamou atenção para o requisito da finalidade legítima. A finalidade de se restringir as reeleições é justamente permitir a alternância de poder e, com isso, instrumentalizar e viabilizar a democracia.

Para a Corte IDH, o fato de que somente partidos políticos poderiam indicar candidatos a eleições presidenciais no México não é restrição ilegal, sem finalidade, desnecessária ou desproporcional. No entanto, não é somente por ter especificado o teste da convencionalidade da restrição de direitos políticos que o caso *Castañeda Gutman vs. México* é de relevância para a presente OC. Nele, a Corte

---

<sup>156</sup> *Ibidem*, par.181.

<sup>157</sup> CtIDH. *Yatama vs. Nicarágua*, op. cit., par. 207.



endereçou especificamente a problemática do art. 23.2 da CADH que, a princípio, estabelecia razões taxativas para poder se limitar um direito político. Esse ponto foi essencial para que a Corte IDH definisse que o direito de o sr. Castañeda Gutman não foi violado. É também ponto essencial para esta OC.

Segundo a Corte, o parágrafo 2º do art. 23 da Convenção Americana estabelece que a lei pode regular o exercício e as oportunidades de tais direitos. Contudo, a Corte entendeu que a disposição que assinala as causas que permitem restringir o uso dos direitos do parágrafo 1º tem como propósito único - à luz da Convenção Americana como um todo e seus princípios essenciais - evitar a possibilidade de discriminação contra indivíduos no exercício de seus direitos políticos<sup>158</sup>. Para ser instrumentalizado, um sistema político depende de regulações que têm fundamentos para além das causas do art. 23.2. Segundo a Corte IDH:

*[P]ara que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado<sup>159</sup>.*

Assim, a Corte considerou que não é possível aplicar ao sistema eleitoral estabelecido em um Estado apenas as limitações do parágrafo 2º do artigo 23 da Convenção Americana<sup>160</sup>. Salvo alguns direitos que não podem ser restringidos sob nenhuma circunstância, como o direito de

---

<sup>158</sup> CtlDH. **Castañeda Gutman vs. México**. Op. cit, par. 155.

<sup>159</sup> Ibidem, par. 157.

<sup>160</sup> Ibidem, par. 161.

não ser objeto de tortura ou de tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, os direitos humanos não são absolutos<sup>161</sup>. Ao fazer isso, a Corte confirmou que o rol dos fundamentos do art. 23.2 não é taxativo, ao contrário do que os advogados do sr. Castañeda Gutman afirmavam<sup>162</sup>.

No que concerne ao tema desta opinião consultiva, limitar reeleições não é inconveniente somente porque tal restrição não é fundada em “idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”. Notavelmente, a constatação de que o art. 23.2 é um rol somente exemplificativo não autoriza que ocorram restrições desproporcionais ou irracionais ao direito de ser eleito<sup>163</sup>, sendo que limitar reeleições não parece desproporcional, tampouco irracional.

Em verdade, reeleições limitadas fazem parte da racionalidade de várias democracias representativas, tanto em ordens nacionais, quanto internacionais.

### 3.4 O PARECER DA COMISSÃO DE VENEZA

Em 27 de outubro de 2017, o Secretário Geral da OEA convidou a Comissão de Venezuela<sup>164</sup> (doravante “Comissão”) para realizar um estudo sobre o direito de reeleição, considerando as recentes modificações nos mandatos presidenciais que foram realizadas pelas cortes constitucionais, e não por meio de reformas legais. Em suma, foram

---

<sup>161</sup> Ibidem, par. 174.

<sup>162</sup> Ibidem, par. 151.

<sup>163</sup> Idem.

<sup>164</sup> **Órgão consultivo do Conselho da Europa sobre direito constitucional.** Para uma melhor compreensão, vide STF. Portal STF Internacional. Disponível em: <[http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao\\_pt\\_br&idConteudo=159669](http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao_pt_br&idConteudo=159669)>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

apresentadas quatro questões norteadoras para o estudo em análise: i) existe um direito humano à reeleição? Se sim, quais são os limites deste direito?; ii) os limites de mandato restringem os direitos humanos e políticos dos candidatos?; iii) os limites de mandato restringem os direitos humanos e políticos dos eleitores?; iv) qual é a melhor maneira de se modificar os limites de mandato dentro de um Estado Constitucional?

Após comparar as limitações de mandato existentes entre países europeus, latino-americanos e africanos, a Comissão emitiu parecer a respeito dos questionamentos. Para tanto, resgatou algumas de suas opiniões anteriormente emitidas, como no caso da Bielorrússia, em 2004, que extinguiu a limitação de mandato após um referendo. Para a Comissão, “[n]as democracias em que o presidente exerce funções importantes do Estado, um sistema de freios e contrapesos constitucionais garante que ele ou ela não possa exercer poder arbitrário enquanto estiver no cargo e, em qualquer caso, o mandato será limitado”<sup>165</sup>.

Para além da Bielorrússia, é interessante lembrar que um caso que frequentemente chama a atenção da Comissão de Veneza é o russo. Este demonstra que alterações no direito eleitoral tentam encontrar respaldo “democrático” e constitucional mesmo em países considerados como autoritários, como o caso da Rússia. É necessário, então, desmascarar o autoritarismo e a degradação democrática. Com o histórico russo de emendas constitucionais para alterar direitos

---

<sup>165</sup> **OPINION on the referendum of 17 october 2004 in Belarus.** 8 outubro 2004. Disponível em:

<[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2004\)029-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2004)029-e)>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

eleitorais, a Comissão de Veneza<sup>166</sup> já deixou claro sua preocupação e sua crítica à verticalização do poder e ao enfraquecimento do sistema de freios e contrapesos russo. O desdobramento das alterações constitucionais na Federação Russa confirma que as preocupações da Comissão são relevantes:

A mais recente proposta russa que altera o número de mandatos seguidos para o atual presidente (podendo permanecer legalmente no poder até 2036) já foi aprovado pelas Alta e Baixa Câmaras (Duma) e a Corte Constitucional, em nome da estabilidade, da não necessidade de criação legislativa e da vontade popular<sup>167</sup>, e será votada por meio de plebiscito inicialmente agendado para abril de 2020 e atualmente adiado em virtude do Covid-19, dando ênfase à validação popular em regimes autoritários<sup>168</sup>.

O pacote de 360 alterações constitucionais inclui outras pautas, como i) “zerar”<sup>169</sup> o número de mandatos cumpridos pelos atuais e ex-

---

<sup>166</sup> **Opinion no. 321/2004.** OPINION ON THE DRAFT FEDERAL LAW 1 AMENDING THE FEDERAL LAW “ON GENERAL PRINCIPLES GOVERNING THE ORGANISATION OF LEGISLATIVE (REPRESENTATIVE) AND EXECUTIVE STATE AUTHORITIES OF CONSTITUENT ENTITIES OF THE RUSSIAN FEDERATION” AND THE FEDERAL LAW “ON FUNDAMENTAL GUARANTEES OF RUSSIAN FEDERATION CITIZENS’ ELECTORAL RIGHTS AND RIGHT TO PARTICIPATE IN A REFERENDUM” ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2004\)042-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2004)042-e)); **Opinion No. 657 / 2011.** ON THE FEDERAL LAW ON THE ELECTION OF THE DEPUTIES OF THE STATE DUMA OF THE RUSSIAN FEDERATION ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2012\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2012)002-e)); **Opinion No. 658/2011.** OPINION ON THE LAW ON POLITICAL PARTIES OF THE RUSSIAN FEDERATION Adopted by the Council for Democratic Elections at its 40th meeting ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2012\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2012)003-e)). Acesso em: 10 de maio de 2020.

<sup>167</sup> Pro-Putin United Russia deputy Valentina Tereshkova, a former cosmonaut and the first woman in space, during the parliamentary session on Tuesday. Addressing other Duma lawmakers, she asked “why should we spin our wheels and philosophize, why should we create some artificial constructions?” The current president should be given a legal option of running for the same office again “**if the situation requires it, and most importantly, if the people want it,**” said the 83-year-old ruling party deputy.

<sup>168</sup> Vladimir Putin’s approval rating in Russia 2000-2020 (<https://www.statista.com/statistics/896181/putin-approval-rating-russia/>). Acesso em: 10 de maio de 2020.

<sup>169</sup> “Zero out” (<https://www.dw.com/en/opinion-putins-pushkin-like-play-to-lead-russia-till-2036/a-52714094>). Acesso em: 10 de maio de 2020.

presidentes, alterando o limite de dois mandatos consecutivos<sup>170</sup>; ii) consagrar a prioridade do direito russo sobre normas internacionais; iii) promover melhorias no bem-estar social das classes mais baixas; e iv) definir o casamento como unicamente entre homem e mulher, dentre outras.

Cabe ressaltar as principais alterações no direito eleitoral russo fez com que o país passasse, desde 2011, de regime híbrido para regime autoritário<sup>171</sup>. Assim, antes mesmo da proposição deste pacote de emendas constitucionais e da utilização de meios democráticos para alterar a Constituição, a Rússia tinha dificuldades de ser vista como uma democracia em pleno funcionamento<sup>172</sup>, sendo que o país ocupa atualmente o nível 134, dos 167, como regime autoritário.

Assim, com bases nessas (e outras) experiências europeias, a Comissão de Veneza mostra-se crítica em relação a Estados que permitem mais de uma reeleição para chefe de Estado, uma vez que isto pode trazer riscos para o equilíbrio de poderes e também para a própria democracia. Foi o que restou claro do parecer apresentado à OEA.

Respondendo aos questionamentos do Secretário Geral da OEA, a Comissão manifestou-se nos seguintes termos: acerca da possibilidade de existência ou não de um direito humano à reeleição (questão 1), a

---

<sup>170</sup> "Artigo 81. 1. O Presidente da Federação Russa é eleito por seis anos pelos cidadãos da Federação Russa, com base no sufrágio universal, igual e direto por escrutínio secreto. 2. Qualquer cidadão da Federação Russa com menos de 35 anos e com um registro de residência permanente na Federação Russa de pelo menos 10 anos pode ser eleito Presidente da Federação Russa. **3. Uma e a mesma pessoa não pode ser eleita Presidente da Federação da Rússia por mais de dois mandatos.** 4. As regras de eleição do Presidente da Federação Russa serão determinadas pela lei federal. (<http://www.constitution.ru/en/10003000-05.htm>).

<sup>171</sup> Democracy Index 2019 A year of democratic setbacks and popular protest. Disponível em: <<http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-2019.pdf&mode=wp&campaignid=democracyindex2019>>.

<sup>172</sup> THE EU-RUSSIA CENTRE REVIEW The electoral system of the Russian Federation. <https://www.files.ethz.ch/isn/143427/Review17.pdf>

Comissão entende que tal proteção inexistente. A hipótese de candidatura a um cargo por outro período previsto pela Constituição é uma modalidade ou uma restrição ao direito à participação política e, especificamente, à candidatura.

Referente à limitação de direitos humanos àqueles que não podem se candidatar novamente para um cargo (questão 2), entendeu a Comissão que a eleição não é um direito absoluto, uma vez que a limitação de mandato é limite razoável ao direito de ser eleito, já que impede um exercício ilimitado de poder nas mãos do presidente e protege outros princípios constitucionais, como os freios e contrapesos, e separação de poderes.

Quanto aos limites de mandato restringirem direitos políticos e humanos doseleitores (questão 3), concluiu a Comissão que não há que se falar em tal restrição, considerando que tais limitações são tidas como protetoras de direitos enraizados nas próprias Constituições, de modo objetivo e razoável, dentro da margem de apreciação dos Estados.

Por fim, a respeito da melhor maneira de se modificar os limites de mandato em um Estado Constitucional (questão 4), interpretou a Comissão que é necessário o respeito ao que prescreve a Constituição sobre o processo de reforma constitucional, cabendo tal prerrogativa ao poder competente, por meio de emenda constitucional. Neste sentido, compreende que devem ser seguidos os requisitos especiais para a alteração de Constituições Europeias, que são e devem ser garantia suficiente contra eventuais abusos. Aos Tribunais Constitucionais, portanto, cabe intervenção apenas após a alteração constitucional ser realizada de acordo com os requisitos estabelecidos pelo legislador constituinte.

Todavia, por mais que o diálogo com o parecer da Comissão de Veneza seja importante e salutar nas trocas e interações recíprocas entre os sistemas, o paradigma europeu não pode ser simplesmente transplantado para a América Latina. Ainda que, ao fim, se atinja uma conclusão próxima àquela adotada pela Comissão de Veneza, as realidades de nossa região impõem a necessidade de contextualização na compreensão do exercício dos direitos políticos.

#### 4. DIÁLOGO ENTRE OS DIFERENTES SISTEMAS

Os sistemas de proteção aos direitos humanos, em nível globalizado, possuem uma variedade de particularidades e estruturas, além de alcances distintos uns dos outros, podendo ser encontrados em sua forma universal, como é o caso do Sistema ONU, ou de modo regionalizado, a exemplo dos sistemas europeu, africano e interamericano. Ainda, as Cortes Constitucionais muitas vezes mantêm um diálogo aberto com esses sistemas. Toda essa estrutura, que aparenta certa complexidade, só é possível graças à cooperação entre juízes dos mais variados níveis<sup>173</sup>.

Levando em conta todo esse contexto de salvaguarda dos direitos humanos básicos dos seus respectivos sistemas protetivos, o parecer da Comissão de Veneza, que versa a respeito da possibilidade de existência do direito de reeleição, é uma amostra da cooperação do

---

<sup>173</sup> Laurence Bugorgue-Larsen entende em "El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y La Corte Europea de Derechos Humanos" que, cada vez mais, com o avanço da globalização e das ferramentas de comunicação entre juízes, permite-se um maior intercâmbio entre esses agentes. [BURGORGUE-LARSEN, Laurence; CESPEDES, Nicolás Montoya. **El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. Proteção Multinível dos Direitos Humanos**. Manual.Red de Direitos Humanos e Educação Superior. Barcelona, 2014, págs. 187- 210].

diálogo entre dois sistemas de proteção aos direitos humanos em âmbito transcontinental<sup>174</sup>. Mesmo com propósitos similares, os sistemas Europeu e Interamericano estão inseridos em realidades totalmente distintas, o que não os impede de, constantemente, trocar experiências através de seus julgados. O uso de tal documento, encomendado pela OEA à Comissão, é mais um exemplo desse profícuo diálogo, que se tornou mais visível no início do atual século<sup>175</sup>.

Exemplos dessa relação estão espalhados por variados julgados de ambas as cortes, como no caso *Atalla Rifo y hijas vs. Chile*<sup>176</sup>, julgado pela Corte Interamericana, e o caso *Opuz vs. Turkey*<sup>177</sup>, julgado pela Corte Europeia. A partir desses exemplos, percebe-se que o diálogo entre sistema europeu e interamericano é uma realidade posta. Entretanto, é necessário refletir a respeito dos cuidados a serem tomados no uso de um documento confeccionado pelo olhar europeu frente à realidade

---

<sup>174</sup> Em seu parecer, a exemplo, a Comissão de Veneza cita diversos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); a Convenção Europeia de Direitos Humanos; a Corte Europeia de Direitos Humanos; a Convenção Americana de Direitos Humanos; a Carta Democrática Interamericana; a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, dentre outros. **[OPINION on the referendum of 17 october 2004 in Belarus.** 8 outubro 2004. Disponível em: <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2004\)029-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2004)029-e)>. Acesso em: 15 de maio de 2020].

<sup>175</sup> Surgida posteriormente à Corte Europeia, a Corte Interamericana, inicialmente, utilizava julgados e standards da “Corte irmã” como forma de afirmação perante o sistema universal de proteção aos Direitos Humanos. Somente após a consolidação desta como Corte Regional, ambas passaram a ter uma relação mais dialogada [BURGORGUE-LARSEN, Laurence; CESPEDES, Nicolás Montoya. **El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. Proteção Multinível dos Direitos Humanos.** Manual.Red de Direitos Humanos e Educação Superior. Barcelona, 2014, págs. 187- 210].

<sup>176</sup> *Caso Atala Rifo vs. Chile*: tal caso utilizou de formas diversas vários julgados da Corte Europeia, o que ajudou na construção argumentativa para a ampliação do conceito de “não-discriminação” no rol conceitual do Sistema Interamericano. [Corte IDH. *Caso Atala Rifo e filhas vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. 24.02.2012. Série C nº 239].

<sup>177</sup> *Case Opuz v. Turkey*: tal caso utilizou um importante instrumento do Sistema Interamericano, a Convenção de Belém do Pará, para reforçar a argumentação da Corte Europeia na defesa dos direitos femininos e no combate à violência de gênero. [CtEDH, *Caso Opuz v. Turquia*, Nº. 33401/02, 06 de junho de 2009].



latino-americana. Tal ressalva deve ser feita, pois Europa e América Latina possuem realidades socioeconômicas e estruturais bastante díspares<sup>178</sup>.

Outro fator que deve ser levado em conta, ao realizar esse diálogo, é a diferença estrutural entre os sistemas de proteção aos direitos humanos nos dois continentes, a ver, a quantidade de juízes em cada Corte<sup>179</sup> ou até mesmo as temáticas mais abordadas pelas jurisprudências de ambas as Cortes<sup>180</sup>.

Tendo em vista as peculiaridades acima descritas, incumbe, preliminarmente, traçar panoramas acerca dos principais traços dos diferentes sistemas de governo, da desigualdade estrutural da América Latina, bem como de explicações quanto ao funcionamento específico do Estado brasileiro.

#### **4.1 PRESIDENCIALISMO COMO ESCOLHA POLÍTICA PREPONDERANTE NA AMÉRICA LATINA: DIFERENÇAS ESTRUTURAIS EM RELAÇÃO AO PARLAMENTARISMO**

O presidencialismo como regra na América Latina. Com isso, começaria o texto com “Enquanto dos 47 países europeus, 34 são

---

<sup>178</sup> Por exemplo, o fato de o sistema parlamentarista ser preponderante na Europa, ao contrário da América Latina, em que o presidencialismo é o sistema de governo adotado na maioria dos países, discussão que será melhor explanada posteriormente.

<sup>179</sup> Enquanto Corte Europeia possui 1 juiz para cada membro do Conselho da Europa (47 países), a Corte Interamericana possui apenas 7 juízes.

<sup>180</sup> Segundo estudo comparativo realizado pelos professores Fabrício Tomio, Ilton Norberto Robl Filho e Melina Girardi Fachin, as duas Cortes possuem agendas temáticas da maioria de seus julgados distintas, enquanto a CtIDH aborda assuntos mais voltados a direitos humanos e fundamentais, como justiça de transição e direito à memória, a CEDH julga mais casos voltados a salvaguardas de cunho processual civil/penal ou direitos civis e de privacidade, o que para os autores, tal diferenciação se justifica nas realidades sócio-políticas e históricas completamente distintas. [FACHIN, Melina Girardi; ROBL FILHO, Ilton Norberto; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. **Os Contextos Interamericano e Europeu de Proteção dos Direitos Humanos**: uma breve análise comparativa das decisões das cortes regionais. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 61, n. 3, p. 67 – 89, dec. 2016]

parlamentaristas (72,34% da região), na América Latina, não há países com tal sistema de governo. No bloco latino-americano, 90% são repúblicas presidencialistas

No presidencialismo, o Presidente é chefe de governo (representação interna e chefia político-administrativa) e chefe de Estado (representação internacional). Escolhido com base em eleição popular direta<sup>181</sup>, possui mandato fixo e a equipe do governo (ministério/gabinete) é por ele designada e perante ele, responsável. Detém poderes proativos – iniciativa de lei e poderes de decreto – e reativos, como o poder de veto a leis<sup>182</sup>. Frente à atuação presidencial, há mecanismos de controle rotineiros – como o acompanhamento dos ministros por comissões do Congresso – e o dispositivo do *impeachment*<sup>183</sup>.

No parlamentarismo, não há unipessoalidade entre o chefe de governo – primeiro ministro, *premiê* ou *chanceler* – e o chefe de Estado. Além disso, não detém o chefe de governo mandato fixo, assim, em caso de perda de confiança por parte do Parlamento, há a possibilidade de destituição.

Segundo Sartori, existem, no parlamentarismo, três principais modelos de configuração do gabinete. Do modelo “o primeiro sobre os diferentes”, faz parte o sistema inglês. Nele, o Primeiro Ministro é o

---

<sup>181</sup> Diferentemente dos Estados Unidos, nos quais a eleição para a presidência é realizada pelo colégio eleitoral.

<sup>182</sup> A caixa de ferramentas dos presidente (“tool box”), conteria poderes relativos a: i) poder de agenda; ii) controle de poderes orçamentários; iii) poder de nomear ministros (gerência do gabinete); iv) poderes sobre os partidos (especialmente o do presidente); v) instituições informais – como a troca de favores. [MACEDO, José Arthur Castillo de. **Presidencialismo de coalizão: método, centralização e comparação algumas reflexões partir da literatura**. 25 p. Trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção de créditos para a disciplina de Teoria do Estado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR), Curitiba, p. 20].

<sup>183</sup> Segundo o qual o cargo presidencial é destituído se o Presidente houver cometido crime de responsabilidade ou crime comum.

líder do partido majoritário e o gabinete se constitui, além dele, dos ministérios mais importantes à alta hierarquia partidária. Há, nesse caso, a possibilidade de haver voto de desconfiança que dissolva o gabinete, porém, se o Primeiro Ministro for popular, pode ocorrer a dissolução da própria Assembleia e o chamamento de novas eleições.

No modelo “o primeiro *entre os diferentes*”, característico do parlamentarismo alemão, o *chanceler* é eleito pela Câmara dos Deputados, não precisando ser ele o líder do maior partido<sup>184</sup>. Nesse segundo paradigma, criou-se o voto de desconfiança construtivo, a partir do qual a maioria elege um novo *chanceler*. Por fim, Sartori traz o modelo do “primeiro *entre iguais*”, que se verifica na Itália, no qual o gabinete se constitui como uma coligação de partidos não hierarquizados. Nessa sistemática, se houver voto de desconfiança, todos os ministros devem deixar o cargo. Além disso, o *premiê* não pode demitir os demais ministros.

#### **4.2 DESIGUALDADE POLÍTICA E SUAS IMPLICAÇÕES NO COMPLEXO CONTEXTO LATINOAMERICANO**

Não é possível simplesmente transplantar os modelos europeus à realidade latino- americana, seja pela diferença em relação às escolhas políticas fundamentais preponderantes, seja pelas opções constitucionais distintas – ambos necessariamente mirados de modo contextualizado. Durante o século XIX, forjou-se nesta parte do continente americano um constitucionalismo baseado em liberdades políticas restringidas e liberdades econômicas amplas, devido à aliança

---

<sup>184</sup> No entanto, deve ele gozar de maior poder frente aos demais.

liberal-conservadora unida a fim de salvar suas próprias limitações<sup>185</sup>, o que se mostrou como um projeto deficitário frente à complexidade do continente e às mudanças da contemporaneidade.

Um dos meios utilizados para lidar com essa complexidade foi a tentativa de anexar direitos sociais à velha matriz liberal-conservadora, a qual se manteve predominante na estruturação da “sala de máquinas”, isto é, da organização dos poderes da Constituição<sup>186</sup>. Apesar das reformas constitucionais ocorridas no final do século XX no constitucionalismo latino-americano, a estrutura de poder das Constituições não foi alterada substancialmente. Decorrente disso, é possível verificar neste século XXI tensões internas crescentes dentro do próprio texto constitucional entre os novos direitos sociais e a antiga organização do poder baseada na matriz liberal-conservadora<sup>187</sup>.

Nesse cenário complexo, um dos maiores problemas são as desigualdades sociais em geral e a de renda em particular<sup>188</sup>. Em 2014, os 10% mais ricos da região latino-americana e caribenha acumulavam 71% do patrimônio local<sup>189</sup>.

No início de 2017, os seis maiores bilionários do Brasil juntos possuíam riqueza equivalente à da metade mais pobre da população do país<sup>190</sup>. A extrema concentração de riqueza reverte-se em extrema concentração de poder, o que promove “desequilíbrios no exercício dos

---

<sup>185</sup> GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: Op. Cit..

<sup>186</sup> Idem.

<sup>187</sup> Idem.

<sup>188</sup> Idem., p. 347.

<sup>189</sup> OXFAM INTERNATIONAL. **Privilégios que negam direitos**. Relatório da Oxfam, Setembro 2015. Disponível em: <https://oxfam.org.br/publicacao/privilegios-que-negam-direitos/>. Acesso em: 12 de maio de 2020, p. 10.

<sup>190</sup> OXFAM INTERNATIONAL. **A distância que nos une**. Relatório da Oxfam, Setembro 2017. Disponível em: <https://oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/a-distancia-que-nos-une/>. Acesso em: 12 de maio de 2020, p. 21.

direitos e na representação política dentro dos sistemas democráticos”<sup>191</sup>.

Tal cenário contribui para a ascensão de políticos populistas ou autoritários, os quais erodem as instituições democráticas e corrompem as condições de diálogo público. Segundo Levitsky e Ziblatt, a América Latina está recheada de exemplos: todos os quinze presidentes eleitos na Bolívia, Equador, Peru e Venezuela, entre 1990 e 2012, eram *outsiders* populistas<sup>192</sup>. Segundo Roberto Gargarella, a maior parte das recentes Constituições latino-americanas adotaram sistemas de governo hiperpresidencialistas, o que pode ser problemático frente ao desarranjo já referenciado entre organização de poder e declaração de direitos das mesmas<sup>193</sup>.

Os constitucionalistas argentinos Gargarella e Carlos Santiago Nino apresentam algumas críticas aos sistemas de governo hiperpresidencialistas, que: i) personaliza o poder, gerando acúmulo de tarefas, reunião de expectativas em uma pessoa e perda de eficiência; ii) dificulta a reconstrução do consenso se há perda de legitimidade do Presidente perante o Congresso; iii) possibilita poucas válvulas de escape, levando ao iv) desalento à cooperação; v) torna dual a legitimidade política (Congresso vs. Executivo), podendo aniquilar o apoio popular ao Presidente e, havendo perda do cargo, afetar toda a estrutura do sistema<sup>194</sup>; vii) pode, pelo modo como a oposição e a grande

---

<sup>191</sup> Ibid., p. 12.

<sup>192</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 32.

<sup>193</sup> MACEDO, José Arthur Castillo de. (Hiper)presidencialismo brasileiro: esse outro esquecido. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional Brasileiro: Organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, p. 516.

<sup>194</sup> O que se daria de forma distinta no parlamentarismo, uma vez que, nessa hipótese, o gabinete ou o parlamento poderiam ser dissolvidos.

mídia retratam o governo, degradar o debate público; e viii) pode se caracterizar pela sobreposição de vozes ou pela sensação de que o Presidente fala por todos<sup>195</sup>.

Tais características parecem ter reforçado tendências críticas do sistema, sobretudo nos últimos anos e, principalmente, diante da ampliação das desigualdades sociais no continente em razão dos efeitos econômicos e sociais da crise de 2008 e da queda do valor das *commodities* no mercado internacional. O aumento das desigualdades sociais agravou a desigualdade política, pois houve uma ampliação de direito (por vias legais, constitucionais ou judiciais) e de fato (apoio popular) à concentração de poderes na figura do presidente da República. De modo que uma desigualdade retroalimenta a outra, de modo a degradar ainda mais as democracias latino-americanas.

Apesar das inúmeras diferenças entre as diversas democracias latino-americanas, é importante ressaltar que os países que têm sistemas hiperpresidencialistas podem ter, também, governos de coalizão. Esse é o caso do Brasil.

Antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante, “CF” ou “Constituição”), o cientista político Sérgio Abranches<sup>196</sup> afirmava que o sistema de governo brasileiro geraria crises cíclicas de ingovernabilidade, com risco de desmoronamento do sistema. O presidencialismo brasileiro foi chamado de coalizão, pois o presidente precisa formar uma coalizão de partidos para governar, num sistema que é caracterizado pela fragmentação (representação proporcional na Câmara Baixa - dos

---

<sup>195</sup> Ibid., pp. 513-516.

<sup>196</sup> ABRANCHES, Sérgio. **O Presidencialismo de coalizão**: dilema institucional brasileiro. Dados: Revista de Ciências Sociais, (31), 5-34: 1988.

Deputados -, representação majoritária no Senado Federal) contar com o apoio de diversos partidos no Congresso para formar a sua base governista, de modo a dialogar com partidos de interesses muito distintos e heterodoxos.

Todavia, por um período de 21 anos (1994-2015) o sistema político brasileiro manteve-se estável apesar de suas características combinarem traços do presidencialismo de coalizão com o hiperpresidencialismo descrito pelos autores argentinos. Diversas pesquisas de cientistas políticos brasileiros e estrangeiros confirmaram a estabilidade e a predominância do presidente em face do Parlamento durante o período<sup>197</sup>. Dentre as explicações, destaca-se a centralização do processo decisório, com a atribuição de poderes aos presidentes da República e da Câmara dos Deputados, bem como aos líderes partidários. Tais medidas contribuíram para reduzir os danos que a enorme fragmentação partidária brasileira gera.

Porém, após o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, o sistema entrou em sucessivas crises. A fragmentação partidária ampliou-se e tornou-se um empecilho maior para a criação e para a manutenção da coalizão. Essas dificuldades estimulam o uso de meios formais e informais para induzirem os agentes políticos a colaborar, sendo alguns deles lícitos e formais (a nomeação para cargos, a liberação de verbas orçamentárias) e outros ilícitos (a corrupção).

---

<sup>197</sup> Da metade dos anos 1990 e até o início da década de 2010 verifica-se empiricamente que o governo brasileiro opera em bases similares às de grande parte das democracias existentes. Inclusive, no Brasil, a taxa de sucesso das iniciativas do Executivo e a de dominância sobre a produção legal, no pós-Constituição de 1998, estão, respectivamente, em 70,7% e 85,6%. Esses percentuais são próximos aos dos modelos parlamentaristas, em que ambas as taxas se concentram em torno dos 90%. Desse modo, o tratamento do presidencialismo e do parlamentarismo como formas radicalmente distintas pode ser matizado. [LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novo Estudos Cebrap*. São Paulo, nº. 76, p. 17-41, nov. 2006, p. 22; FIGUEIREDO, A.; LIMONGI, F. (1998), "Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão". *Lua Nova*, nº 44, p. 86].

Em países complexos e de dimensões continentais, a lógica de um Estado Democrático de Direito e de uma República devem contribuir para limitar o poder, não para concentrá-lo, como parece ter ocorrido em razão do desenho institucional e por conta de decisões políticas que buscaram enfrentar os problemas urgentes da América Latina.

### **4.3 POPULISMO E CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO**

Tomando em consideração o velho maquinário constitucional que ainda marca o contexto político e constitucional de nossa região, a presente seção trata da temática do populismo e o perigo de cooptação das instituições democráticas por tal ideologia política, sublinhando de que forma o uso de estruturas e procedimentos constitucionais podem ser utilizados para alcançar tal objetivo, que merece especial reprovação por parte de órgãos que realizam a proteção e o monitoramento do Estado Democrático de Direito.

Em uma primeira acepção, o “populismo” pode ser categorizado como a designação de estratégias políticas que se centram em um líder com apelo carismático, o qual seria o porta-voz do povo e representaria seus legítimos interesses frente a uma elite vista como corrupta. Além desse sentido, chamado de “estipulativo”, há a chamada abordagem “definicional”, que caracteriza um dado regime ou um movimento político como populista quando há a) recurso à moralidade política; b) conceptualização específica de uma parcela da população como “povo”; c) divisão da sociedade entre “povo” e “elite”; e d) negação do pluralismo<sup>198</sup>.

---

<sup>198</sup> Tushnet, M. (2019). Varieties of populism. *German Law Journal*, 20(3), 382–389. Cambridge University Press. Disponível em: < <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/varieties-of-populism/CCC1F93141F2202E26ABC184808407A5> >. Acesso em 11 de maio de 2020.



Assim, embora a noção possa ser aplicada para designar regimes políticos de orientações ideológicas diametralmente opostas, é possível perceber a existência de um *link* comum que permite realizar tal conceituação, na medida em que o populismo se assenta na ideia de que um líder é o responsável por dar voz aos anseios do povo<sup>199</sup>, cuja definição é dada pela própria liderança, frente a uma elite dominante que se torna a inimiga desse mesmo povo na linguagem veiculada demagogicamente pelo populista.

A ascensão de líderes populistas em sistemas presidencialistas guarda íntima relação com o objeto da presente solicitação de OC, uma vez que, em cenários de crises políticas ou econômicas, os discursos emanados de tais lideranças recebem especial atenção dos eleitores, sagrando-se vencedores em eleições livres e justas. No entanto, visto o conteúdo cáustico carregado na retórica populista, a ideologia que busca canalizar as vontades do povo unidimensionalmente considerado acaba por se tornar a efetiva razão de Estado (*raison d'État*) que determina os rumos daquela entidade política.

Embora mudanças de caráter informal também possam avançar recessões democráticas, sobretudo por meio da interpretação constitucional e do *judicial review*, o conceito ora ilustrado se concentra em mudanças de caráter formal, sobretudo pela via das chamadas emendas constitucionais (EC)<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> "O apelo à força regeneradora do mito – e o mito do povo é o mais fascinante e obscuro ao mesmo tempo, o mais imotivado e o mais funcional na luta pelo poder político – está latente mesmo na sociedade mais articulada e complexa, para além da sistematização pluralista, pronto a materializar-se, de um instante para outro, nos momentos de crise". BOBBIO, Norbert; MATTEUCCI, Nicola.; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**: volume 2. 13ª edição. Brasília: Editora UnB, 2016. p. 986.

<sup>200</sup> "I define "abusive constitutionalism" as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before. In referring to the mechanisms of constitutional change, I focus here on formal rather than informal methods of change — constitutional

O perigo reside justamente no momento em que a liderança carismática pretende reveras regras (explícitas e implícitas) que regem o jogo democrático, enfraquecendo instituições que agiriam de modo contrário ao povo, já que representariam as elites corruptas, reescrevendo-as conforme sua leitura particular, mas aparentemente referendado pela vontade popular que esta mesma liderança representaria de modo incondicional. Assim, revela-se a íntima conexão entre constitucionalismo abusivo e populismo na construção de projetos que minam o ideal do Estado Democrático de Direito e a proteção de direitos humanos<sup>201</sup>.

Para ilustrar tal associação, é pertinente o exame de casos concretos ocorridos em períodos recentes, que demonstram como o uso do mecanismo da reeleição presidencial foi utilizado e redesenhado para garantir vitórias eleitorais de lideranças populistas indefinidamente, além de demonstrar como as demais instituições democráticas de um Estado podem ser enfraquecidas mediante o uso de procedimentos constitucionais legitimamente previstos em suas respectivas cartas políticas.

Para a exposição de tais casos, cabe salientar a utilidade do método do Direito Comparado para a fiel compreensão dos contextos que podem balizar as conclusões desta Corte na presente OC, pois, como já reconheceu o próprio tribunal, “ao fazer uma interpretação evolutiva”, esta Corte deu especial relevância para o Direito Comparado, e já

---

amendment and constitutional replacement”. (LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism**. Davis, Califórnia. UC Davis Law Review nº 189. p. 195. nov. 2013).

<sup>201</sup> “Não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos, Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o democrático”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 46.

utilizou de normas domésticas ou a jurisprudência de cortes domésticas para o julgamento de disputas contenciosas”<sup>202</sup>.

## **5. O CENÁRIO DE DECOMPOSIÇÃO DEMOCRÁTICA NA REGIÃO: O CASO BRASILEIRO E OUTROS EXEMPLOS DE DECOMPOSIÇÃO**

### **5.1 O CASO BRASILEIRO**

Em que pese a possibilidade de uma única reeleição não viole em si o princípio democrático e republicano, pois ainda permite a renovação do poder, a motivação pela permanência no poder e a articulação em torno da aprovação da EC nº 16/97 denotam um uso episódico do constitucionalismo abusivo.

Com a EC nº 16/97, alterou-se a norma do art. 14, CF, possibilitando-se aos chefes do Poder Executivo uma única reeleição subsequente. Desde o início de seu trâmite, as críticas à emenda apontavam que a nova redação ofendia os princípios constitucionais da igualdade jurídica e da moralidade pública, destoando de paradigmas basilares do sistema democrático e configurando, portanto, ilegitimidade constituinte<sup>203</sup>.

Além disso, as audiências públicas<sup>204</sup>, ainda no final de 1996, alertaram para a inconstitucionalidade da proposta ao identificar interesses políticos pessoais e imediatos do então Presidente Fernando

---

<sup>202</sup> Corte IDH. **Caso Artavia Murillo** Op. cit., par. 245.

<sup>203</sup> Conferir, nesse sentido, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O processo eleitoral como instrumento para a democracia. **Resenha Eleitoral** [do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina]. Florianópolis, v. 5, n. 1, pp. 65-98, 1998. Disponível em: < [http://www.ejesc.tre-sc.gov.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impressas/integra/2012/06/o-processo-eleitoral-como-instrumento-para-ademocracia/ind\\_ex49ea.html?no\\_cache=1&cHash=ff561b25fe4f395adf3f064a96fe90a1](http://www.ejesc.tre-sc.gov.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impressas/integra/2012/06/o-processo-eleitoral-como-instrumento-para-ademocracia/ind_ex49ea.html?no_cache=1&cHash=ff561b25fe4f395adf3f064a96fe90a1) >. Acesso em: 07 mai. 2020; BONAVIDES, Paulo. A salvaguarda da democracia constitucional. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.) **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 245-260.

<sup>204</sup> Debates disponíveis no link: < <http://imagem.camara.leg.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=10298> >. Acesso em: 09 de maio de 2020.

Henrique Cardoso, incorrendo em desvio de finalidade e abuso de poder, o que foi reiterado por opositores políticos no plenário da votação. Também se apontou para a influência político-econômica externa, que teria levado a reeleição à Argentina e ao Peru e, então, assolava o Brasil.

Os favoráveis à proposta valeram-se de retórica econômica, especificamente monetária, na qual a reeleição era peça chave para a estabilização do Plano Real. Também expuseram o interesse do Presidente na reeleição, como mentor da consolidação monetária. Somaram-se ao cenário denúncias de compra de votos para aprovação da emenda<sup>205</sup>.

Contudo, a articulação política conduzida pelo Executivo garantiu apoio suficiente para votar a emenda, que passou incólume às denúncias<sup>206</sup>.

Dessa forma, mesmo após ter sido rejeitada na Constituinte e na Revisão Constitucional, a norma que permitia a reeleição para cargos do Executivo passou a tramitar a partir dos primeiros resultados do Plano Real, reforçada pela constante articulação entre o então Presidente da República e as casas legislativas para inserir a votação da proposta de emenda constitucional no primeiro lugar das pautas de votação.

Nesse sentido, os acontecimentos demonstram que a emenda constitucional que autorizou a reeleição deu-se antes como um projeto

---

<sup>205</sup> Como denunciado por um dos mais relevantes jornais de grande circulação brasileiro (FOLHA DE SÃO PAULO, Novas gravações envolvem ministro na compra de votos. **Brasil on line**: São Paulo, 14/05/97. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/fol/pol/po14051.htm> >. Acesso em: 08 de maio de 2020) e pelos parlamentares, em discursos disponíveis nos seguintes links: 1. < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/205453> > 2. < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/205760> > 3. < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/205926> >.

<sup>206</sup> FOLHA DE SÃO PAULO, Cronologia da reeleição. Principais fatos envolvendo a emenda constitucional. **Brasil on line**: São Paulo e Brasília. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/fol/pol/reelei/crono.htm> >. Acesso em: 08 de maio de 2020.

de governo do que de Estado, estando vigor desde junho de 1997 (EC n° 16/97). Após aprovada, em 1998 a EC n° 16/97 teve sua constitucionalidade questionada perante o STF<sup>207</sup>.

O instituto da reeleição em si não foi impugnado, mas, dentre outros fatores, questionou-se a omissão da EC n° 16/97 em relação à necessidade de afastamento dos ocupantes de cargos do Poder Executivo para reeleição<sup>208</sup>, permitindo, assim, que pudessem concorrer à reeleição sem se afastarem de seus respectivos cargos, acarretando prejuízos à ordem democrática e ofensa a princípios constitucionais.

No mesmo ano, em julgamento cautelar, o STF declarou a constitucionalidade da EC n° 16/97, consignando que não é possível exigir que os chefes dos Poderes Executivos renunciem aos cargos com determinada anterioridade para que possam concorrer a outros cargos, pois apenas a Constituição poderia, de expresso, estabelecer o afastamento, em prazo também por ela definido<sup>209</sup>. A ação ainda não teve seu mérito apreciado, sendo que os autos se encontram conclusos à Relatora desde dezembro de 2019.

Conforme acima já exposto, a Comissão de Veneza, no relatório CDL-AD (2010) 044, demonstrou que o controverso tema sobre a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade de emendas

---

<sup>207</sup> A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) requer a declaração de inconstitucionalidade, com suspensão imediata de eficácia, também do §2º do art. 79, e do art. 76, ambos da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, que “estabelece normas para as eleições”, publicada no Diário Oficial da União (D.O.U) do dia seguinte, além da declaração de inconstitucionalidade, com suspensão imediata de eficácia, das Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral nº 19.952, 19.953, 19.954 e 19.955, todas de 02/09/1997.

<sup>208</sup> O art. 14, §6º, da CF, prevê que “para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito”.

<sup>209</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1805 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/1998, DJ 14-11-2003 PP-00014 EMENT VOL-02132-12 PP-02272.

constitucionais não tem tratamento uniforme pelos sistemas constitucionais no âmbito do Direito Comparado.

No Brasil, embora não haja previsão expressa no texto constitucional, o STF entende possuir legitimidade para controlar a constitucionalidade formal e material das emendas constitucionais. Para legitimar sua atuação na aferição de constitucionalidade de emendas constitucionais, arguiu que as emendas, enquanto o objeto de sua análise, são fruto da atuação do poder reformador e que este está sujeito às limitações impostas pela própria CF. Caberia, portanto, ao STF, como guardião da CF, fiscalizar a atuação do constituinte reformador<sup>210</sup>.

Esse entendimento parte da premissa de que o poder reformador não tem caráter fundacional, tratando-se de um poder delegado que “age mediante autorização prévia do agente constituinte originário”<sup>211</sup>, o qual estabeleceu os limites procedimentais, materiais e temporais expressos ao poder de reforma da CF (vide art. 60, CF).

É certo que as cortes constitucionais não alcançam a mesma legitimidade democrática para promover mudanças políticas na Constituição, se comparadas ao procedimento das emendas constitucionais no âmbito do Poder Legislativo, onde se permite o amplo debate público<sup>212</sup>. Assim, por um lado, como alerta a Comissão de

---

<sup>210</sup> No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7/DF, julgada no ano de 1993, os Ministros do STF, por maioria dos votos, declararam a inconstitucionalidade parcial de dispositivo previsto na Emenda Constitucional n. 03 de 1993 (EC n. 03/93). Na oportunidade, a Corte entendeu que, na criação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), a referida EC violava a garantia da anterioridade tributária (art. 150, III, alínea “b”, da CF/88), considerada garantia individual do contribuinte, portanto, cláusula pétrea; o princípio da imunidade tributária recíproca entre entes federativos (art. 150, VI, alínea “a”, CF/88), também considerada cláusula pétrea pelo Supremo, e a norma que estabelece imunidades tributárias prevista no art. 150, III, da CF/88.

<sup>211</sup> LIMA, Jairo. **Emendas constitucionais inconstitucionais**. Democracia e Supermaioria. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 130.

<sup>212</sup> Comissão de Veneza, CDL-AD (2010) 044.

Venezuela (CDL-AD (2010) 044), é preciso ter cautela no *Judicial Review* de emendas constitucionais, para não permitir que a Corte Constitucional substitua o próprio poder constituinte. Ainda assim, por outro lado, desde que pautada na segurança jurídica e no princípio democrático, a Corte Constitucional pode exercer importante papel de contenção e proteção dos direitos fundamentais e da democracia, em um exercício de freios e contrapesos.

Nesse sentido, a possibilidade de atuação do STF para proteger o princípio republicano, a renovação do poder e garantir, com isso, uma democracia autossustentável<sup>213</sup>, é um importante sistema de contenção do sistema presidencialista. No sistema constitucional brasileiro, esse controle se legitima nos limites materiais que a CF impõe ao poder constituinte reformador quando impede a deliberação de emendas constitucionais que sejam tendentes a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, CF). Com isso, o STF é capaz, por exemplo, de impedir o uso de emenda constitucional para instituição de reeleições sucessivas como mecanismo de constitucionalismo abusivo<sup>214</sup> e a implementação de medidas populistas<sup>215</sup>. Os impactos que a EC nº 16/97 provocou na arena eleitoral brasileira demonstra que esse debate deve ser levado com seriedade.

---

<sup>213</sup> SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 85. Issue 2, March 2018.

<sup>214</sup> Em linhas gerais, o constitucionalismo abusivo é o fenômeno em que se verifica a utilização de mecanismos de mudança constitucional que tornam um Estado menos democrático. (LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism* (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013); FSU College of Law, **Public Law Research Paper** No. 646. Disponível em: SSRN < <https://ssrn.com/abstract=2244629> >. Acesso em: 09 de maio de 2020.)

<sup>215</sup> David Prendergast, 'The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism' (2019) 20 **German Law Journal** 245 < <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/judicial-role-in-protecting-democracy-from-populism/99585581EB11E7AFCD98C773F2EBFAB0> >.

A partir da EC nº 16/97, o desenho constitucional brasileiro passou não apenas a autorizar a reeleição para cargos do Executivo, mas a permitir a sua disputa pelo incumbente no exercício do cargo. Nessas circunstâncias, é evidenciada uma vantagem de exposição e publicidade em favor do candidato incumbente, que se coloca em situação favorável em pesquisas de intenção de voto, para obtenção de recursos e apoio estratégico à campanha<sup>216</sup>.

Para além do aspecto inerente à visibilidade, há pesquisas que indicam o uso do orçamento público pelos candidatos incumbentes para gerar popularidade. Ainda que medidas tenham sido implementadas para obstar esse tipo de situação, ainda há muita margem para o chefe do Executivo na alocação de recursos, dentro da sua discricionariedade típica, que pode lhe favorecer perante o eleitorado<sup>217</sup>.

Além disso, os dados estatísticos de eleições realizadas desde o advento da EC nº 16/97 no Brasil revelam que, da forma como operado, o instituto da reeleição representa uma vantagem e predisposição natural para que o incumbente obtenha êxito em sua reeleição<sup>218</sup>. Os dados mais

---

<sup>216</sup> LIMEIRA, Tania Maria Vidigal; MAIA, Tania. Comunicação política e decisão de voto: o que as pesquisas revelam. Ponto-e-Vírgula: **Revista de Ciências Sociais**, v. 0, n. 8, 2010. Nesse sentido, também, por exemplo, a série histórica de consultas divulgadas pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) sempre posiciona, em períodos não eleitorais, o candidato incumbente à frente em pesquisas espontâneas e guiadas de intenção de voto.

<sup>217</sup> NAKAGUMA, Marcos Yamada; BENDER, Siegfried. A emenda da reeleição e a Lei de Responsabilidade Fiscal: impactos sobre ciclos políticos e performance fiscal dos Estados (1986-2002), **Economia Aplicada**, v. 10, n. 3, p. 377-397, 2006. Nesse ponto, por exemplo, uma análise de gastos com saúde por prefeitos candidatos à reeleição em 2000 e 2004 no Brasil, constatou uma tendência de utilização estratégica de recursos públicos concentrados no período final do mandato. Ver: NOVAES, Lucas; MATTOS, Enlison. O efeito da intenção de reeleição sobre gastos em saúde: uma análise com base no modelo de reputação política. **Revista de Economia Política**, v. 30, n. 1, p. 140-158, 2010. Igualmente, em estudo direcionado à região nordeste, restou demonstrada uma relação positiva entre o índice de reeleição de prefeitos e o incremento em gastos sociais e com pessoal no período de fim de mandato. Ver: QUEIROZ, Dimas Barrêto de et al. Composição do gasto público e resultados eleitorais: um estudo nos municípios paraibanos no ano de 2012. **Registro Contábil**, v. 6, n. 3, p. 38-55, 2015.

<sup>218</sup> Entre prefeitos das principais cidades brasileiras, entre as eleições de 2000 e 2008, o índice de sucesso entre incumbentes buscando a reeleição alcançou 72,5%. BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. Reeleição



significativos se referem às eleições presidenciais, uma vez que, desde o advento da emenda, todos os presidentes do Brasil lograram a recondução subsequente ao cargo<sup>219</sup>.

Tal situação, especialmente em relação aos presidencialíveis, demonstra que a introdução da reeleição significou, na prática, a extensão do mandato constitucional de quatro para oito anos. Isto é, no âmbito federal, a reeleição se tornou regra, já que o incumbente do Poder Executivo é presumido para o exercício do duplo mandato e seu sucesso é atrelado apenas à correta utilização das vantagens que lhe são inerentes para capitanear os votos necessários, as quais incluem não apenas a publicidade a seu favor, mas também o uso do orçamento público. As reeleições malsucedidas são a exceção, normalmente relacionadas a alguma ruptura ou escândalo a justificar uma perda acentuada do capital político.

Tudo isso se agrava ao se considerar a ampla concentração de poderes na figura do Presidente da República<sup>220</sup> brasileiro (vide art. 84, CF). O modelo de presidencialismo brasileiro pode trazer dificuldades ao funcionamento da democracia constitucional, quanto mais se fosse permitida sucessivas reeleições, pois no caso de um Presidente forte,

---

para o Executivo municipal no Brasil (2000-2008), **Revista Debates**, v. 3, n. 2, p. 97, 2009. Já no que se refere aos governadores, também, houve margem significativa de sucesso, uma vez que, conforme dados do TSE (Tribunal Superior Eleitoral do Brasil), nas eleições de 2018, 10 dos 20 governadores que tentaram a reeleição, obtiveram êxito. GELAPE, Lucas. 20 governadores tentaram reeleição em 2018; 10 conseguiram. G1, 29/10/2018. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/29/20-governadores-tentaram-reeleicao-em-2018-10-conseguiram.ghtml> >. Acesso em: 05 de maio de 2020.

<sup>219</sup> VELASCO, Clara. Brasil tem terceira eleição para presidente mais apertada desde 1989. G1, 28/10/2018. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/28/brasil-tem-terceira-eleicao-para-presidente-mais-apertada-desde-1989.ghtml> >. Acesso em: 05 de maio de 2020.

<sup>220</sup> MACEDO, José Arthur Castillo de. (Hiper)presidencialismo brasileiro: esse outro esquecido. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 2, p. 496-518, p. 510-513.

sem controle pelos poderes instituídos e por órgãos autônomos, facilita-se o desenvolvimento de autoritarismos e constitucionalismo abusivo<sup>221</sup>.

Nesse âmbito, um exemplo é o atual Presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, que vem tentando utilizar mecanismos do constitucionalismo abusivo para deteriorar a democracia no país, realizando ações para aparelhar a Corte Constitucional brasileira, enfraquecer as instituições e ferramentas de *accountability* e violar liberdades civis<sup>222</sup>. Em conjunturas como essa, a rotatividade dos cargos da Presidência<sup>223</sup> demonstra sua importância como ferramenta que busca evitar a efetivação de governos populistas, bem como o culto à personalidade dos governantes<sup>224</sup>.

## 5.2 DEBATES CONSTITUCIONAIS E LIMITAÇÃO ÀS REELEIÇÕES NO EQUADOR NO QUE TANGE À REELEIÇÃO PRESIDENCIAL, O TEXTO ORIGINAL DA CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA DE

2008 permitia apenas uma recondução ao cargo<sup>225</sup>. Esta permissão de continuidade, que tomou corpo numa conjuntura de *boom* reelecionista na América Latina, quebrou um contínuo de décadas baseado na alternância, já que as constituições anteriores do país não

---

<sup>221</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018, p. 81-82.

<sup>222</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; INOMATA, Adriana. Constitucionalismo Abusivo e o Ataque ao Judiciário na Democracia Brasileira. In: CONCI, L. G. A.; DIAS, R. (org). **Crise das democracias liberais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019, p. 428.

<sup>223</sup> Ademais, nesse ponto, cabe salientar que a própria reeleição ilimitada dos chefes do Poder Executivo, por meio do aparelhamento do Estado e com a violação do princípio Republicano, pode ser considerada uma situação de constitucionalismo abusivo (Idem, p. 93).

<sup>224</sup> Idem, p. 92.

<sup>225</sup> Art. 144 da **Constituição da República do Equador** de 2008.

permitiam reeleições imediatas, mas, na sua maioria, apenas de forma alternada<sup>226</sup>.

Em 2015, quando o então Presidente Rafael Correa exercia o último mandato permitido constitucionalmente, a Assembleia Nacional do Equador aprovou uma emenda constitucional a fim de eliminar as limitações à reeleição a partir do ano de 2021, isto é, como término do mandato presidencial seguinte. A emenda foi considerada constitucional pela Corte Constitucional equatoriana, sob os fundamentos principais de que a alternância não seria um elemento constitutivo do Estado e de que a limitação à candidatura de pessoas que já tenham ocupado cargo público consiste numa limitação injustificada dos direitos constitucionais de participação política de candidatos e de escolha dos cidadãos<sup>227</sup>.

No ano de 2017, logo após sua eleição, o Presidente Lenín Moreno propôs convocação de um plebiscito e de um referendo tratando, entre outros assuntos, do restabelecimento do limite de uma reeleição previsto originalmente na Constituição de 2008. Respeitando-se o resultado do plebiscito, emendou-se a Constituição da República do Equador em 2018, a fim de estabelecer a possibilidade de apenas uma reeleição para cargos públicos.

---

<sup>226</sup> TREMINIO SÁNCHEZ, Ilka. **La reforma constitucional de Rafael Correa. El caso de la reelección presidencial en Ecuador**. América Latina Hoy, Salamanca, v. 67, p. 65-90, jul. 2014, p. ISSN 2340-4396. Disponível em: < <https://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/alh2014676590> >. Acesso em: 10 de maio de 2020. doi:10.14201/alh2014676590.

<sup>227</sup> Disponível em: <<https://www.elcomercio.com/actualidad/corte-constitucional-sentencia-asamblea-enmiendas.html>>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

### 5.3 O CASO VENEZUELANO

O exemplo da Venezuela é importante para contextualizar o modo como alterações constitucionais com o objetivo da manutenção no poder podem ser usadas como um mecanismo de autoritarismo por parte de líderes populistas. Em 1998, foi eleito Presidente Hugo Chávez na Venezuela, apresentado como um candidato *outsider* que derrotou os partidos tradicionais, que vinham sofrendo uma série de denúncias de corrupção.

Após eleito, Chávez manejou as regras da Constituinte de modo que o colégio eleitoral fosse favorável a ele. Ao ganhar 60% dos votos, seu partido teve mais de 90% de cadeiras na Constituinte, implicando, assim, em mudanças importantes, como o aumento do Poder Executivo e redução dos demais poderes, saindo do que era um dos presidencialismos mais fracos da região para um hiperpresidencialismo latino-americano.

Assim, a Constituição venezuelana de 1999 instituiu no sistema eleitoral do país a possibilidade de reeleição por apenas uma vez para um novo mandato de seis anos (art. 230). Dessa forma, nota-se uma grande viragem em relação à antiga Constituição de 1961, que vedava a reeleição e, ainda, proibía que a pessoa que desempenhou cargo de Presidente da República pudesse exercê-lo novamente, salvo passado o período de dez anos (art. 185). Em 2009, Chávez manejou as regras constitucionais para uma reforma do texto de 1999, extinguindo a vedação de limitação de reeleição por meio de emenda constitucional.

Portanto, nota-se que atores políticos com grande apelo popular se tornam hábeis a realizar reformas, como alteração nas regras eleitorais, essencialmente no que diz respeito à reeleição, de forma a perpetuar-se

no poder. Nesse ínterim, o exemplo da Venezuela e Equador mostram como as reformas constitucionais nesses países os conduziu ao hiperpresidencialismo, refletindo autoritarismos e o uso da posição privilegiada de líderes que já estavam no poder para consagrar tais reformas.

## **6. DISPOSITIVO**

Diante de todo o exposto, requer-se seja admitida a presente contribuição de *amicus curiae*.

Ademais, os autores e autores deste expressam à Corte Interamericana sua intenção de participar da audiência pública sobre o procedimento de OC, ficando ao dispor desta Honrável Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **PARTE 2**

### **CORTES NACIONAIS: INTERVENÇÕES**

# 1

## ADPF 153

### FICHA

<b>Ano de realização</b>	2010
<b>Caso</b>	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153
<b>Tema</b>	Interpretação e aplicação da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) na ordem constitucional brasileira de 1988
<b>Partes</b>	1. Associação Democrática e Nacionalista de Militares - ADNAM
<b>Autores da peça</b>	Autores avulsos: Alessandro Passari; Beatriz Rupp Kavanagh; Bruno Lorenzetto; Claudia Maria Barbosa; Danielle Anne Pamplona; Egon Bockmann Moreira; Eneida Desiree Salgado; Joanna M. de A. Sampaio; José Arthur Castillo de Macedo; Katya Kozicki; Melina Girardi Fachin; Miguel Gualano de Godoy; Nicole P. S. Mader Gonçalves; Vera Karam de Chueiri; Tanya Krystiane Kozicki de Mello. e 1. Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFPR:  Amélia Sampaio Rossi; Felipe Bley Folly; Fernanda Gonçalves; Heloisa Fernandes Câmara.

### CONTEXTO

Manifestação como *amicus curiae* da Associação Democrática e Nacionalista de Militares – ADNAM no bojo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, buscando a interpretação constitucional adequada do art. 1º, § 1º da Lei 6.683/79<sup>1</sup> (Lei de Anistia) para afastar sua aplicação aos crimes comuns praticados por agentes do Estado na

---

<sup>1</sup> Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

repressão contra os opositores políticos do regime militar à época vigente.

A ADNAM representa militares, policiais e bombeiros que se opuseram sistematicamente ao golpe militar de 1964 e tiveram seus direitos subtraídos por força do regime de exceção instaurado no Brasil. A Associação oferece, em sua participação como *amicus curiae*, a visão de militares que protagonizaram o golpe não como agentes públicos que cometeram atos atentatórios aos direitos humanos, mas como sujeitos que resistiram e foram arbitrariamente punidos.

### **RESUMO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS**

Parte-se da premissa de que os crimes comuns e de tortura praticados pelos agentes do Estado e da Repressão durante o regime militar brasileiro são atos absolutamente nulos e impassíveis de anistia.

Defende-se a necessidade de interpretar a Lei 6.683/79 conforme a Constituição de 1988 para a construção da memória coletiva sobre o período da ditadura militar. É refutada a ideia de que a anistia deve significar esquecimento ou perdão decorrente de uma suposta estabilidade existente no momento da reabertura para a democracia. Afirma-se a inexistência de acordo histórico-social em torno da Lei de Anistia, pois não havia um ambiente político propício para tal. Afinal, não havia condições de exercício da oposição, da liberdade de imprensa ou a legitimação democrática de todos os parlamentares.

Reitera-se o dever permanente de investigar os crimes contra a humanidade que decorrem das obrigações inderrogáveis assumidas pelo Brasil perante o direito internacional e que leis de "autoanistia" são uma afronta à ordem internacional dos direitos humanos. Aponta-se o



problema de se ter uma Lei de Anistia que contempla, ao mesmo tempo e igualmente, as vítimas e seus algozes.

Rememora-se que o Sistema Interamericano expurga a convencionalidade de leis de anistia que acabam por eternizar os efeitos dos regimes de exceção com base no direito à verdade e às garantias judiciais. Ainda, destaca-se o caso *Barrios Altos Vs. Peru*, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos reafirmou serem inadmissíveis disposições legais que impeçam a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos.

Com isso, assevera-se que reexaminar a Lei de Anistia é assegurar o direito à verdade e à memória, a fim de garantir que as responsabilidades sejam apuradas e evitar impunidades, de modo que o futuro não reproduza o passado.

Foi apontado descumprimento aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa, da isonomia em matéria de segurança, da não ocultação da verdade por parte do poder público.

## **CONCLUSÕES**

Em conclusão, pugnou-se pela procedência da ação.

## **ATUALIZAÇÕES**

Foi julgada improcedente a arguição. O feito ainda se encontra em trâmite aguardando julgamento de embargos de declaração que serão relatados pelo Min. Dias Toffoli.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –  
DR. EROS ROBERTO GRAU**

**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**

**Requerente:** Ordem dos Advogados do Brasil.

A **Associação Democrática e Nacionalista de Militares - ADNAM**, entidade sem fins lucrativos de âmbito nacional, inscrita no CNPJ/MF sob n. 27.283.498/001-01, com sede à Rua Porto Alegre, 71, 10º andar, Castelo, Rio de Janeiro, CEP 10030-010, representada neste ato por seu Presidente, Major Brigadeiro Rui Moreira Lima, portador da cédula de identidade Militar 6491 Ministério da Aeronáutica e CPF 004.329.117-15, por meio de seus procuradores, comparece respeitosamente perante Vossa Excelência para **requerer seu ingresso na qualidade de Amicus Curiae** na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em epígrafe, como também para **apresentar suas razões pela procedência** do pedido formulado pela Ordem dos Advogados do Brasil na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em epígrafe.

**PRELIMINAR**

**1. CONTEXTO HISTÓRICO**

A Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) a fim de se estabelecer interpretação constitucional adequada do art. 1, § 1 da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) para que referida interpretação não abranja crimes comuns praticados por agentes do Estado na repressão contra os opositores políticos do regime militar à época vigente.

Por se tratar de tema de extrema relevância social, histórica, política e jurídica e tendo em vista a representatividade da postulante, requer-se o seu ingresso na qualidade de *Amicus Curiae* para colaborar com este Pretório Excelso na prestação de importantes informações para o desfecho da questão.

## **2. REPRESENTATIVADE DA POSTULANTE**

A **Associação Democrática e Nacionalista de Militares – ADNAM** congrega militares das três forças armadas, policiais militares e corpos de bombeiros que se comprometem com a manutenção da democracia no país e lutam pela preservação do patrimônio nacional. Ainda, é uma associação de militares, policiais militares e bombeiros que visa promover a defesa dos direitos dos seus associados nas esferas executiva, legislativa e judiciária e dos militares punidos com fundamento nos Atos Institucionais e complementares ou outros diplomas legais emitidos durante o período de 1964-1985, sob o qual o país foi governado por sucessivos governos militares. Tais objetivos estão devidamente arrolados no art 3º do seu estatuto.

Desde a sua criação, em 2006, a ADNAM se empenha na luta dos cidadãos brasileiros, sobretudo militares, policiais militares e bombeiros que tiveram seus direitos subtraídos por força do regime de exceção instaurado no Brasil com o golpe militar de 1964. Sujeitos estes que na ocasião do golpe militar, apesar do seu vínculo institucional, não subscreveram o mesmo, discordando dos seus propósitos e que, assim, se opuseram sistematicamente às suas ações como militares da resistência e, por isso, foram arbitrariamente punidos.

A ADNAM organizou, em 26 de outubro de 2007, um encontro na Associação Brasileira de Imprensa, ABI, com o propósito de discutir questões relacionadas à anistia aplicada aos militares por força da lei 6683/1979, especialmente em relação aos militares que se opuseram ao regime instalado pós- 1964 e que foram perseguidos por militares, sofrendo toda sorte de violências.

Em maio de 2008 o seu presidente, Brigadeiro Rui Moreira Lima participou de um programa da TV Justiça, acompanhado do Capitão de Mar-e-Guerra, Fernando de Santa Rosa, para discutir a referida Lei de Anistia.

Ainda, em maio de 2008, a ADNAM, através de seu presidente e de seus diretores, se reuniu em Brasília com o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil para discutir a situação dos (ex) cabos da Força Aérea Brasileira que foram excluídos dos seus quadros através da portaria 1.104 GM3, de 12 de outubro de 1964, por suspeita de serem “comunistas”.

Verifica-se, portanto, que a ADNAM, ora postulante, tem, de maneira vigorosa, promovido debates e ações acerca dos direitos humanos quando, publicamente, discute a lei de anistia. Destaque-se que, por se tratar de uma associação de militares, ela ocupa um lugar singular no debate nacional em torno da lei de anistia, ao estar no lugar do participante e não do observador externo. Os militares protagonizaram o golpe de Estado não só como agentes públicos que cometeram atos atentatórios aos direitos humanos, mas também como sujeitos que a estes resistiram e sofreram suas conseqüências. Assim, a perspectiva destes militares é dos que vivenciaram de dentro de suas bases a tomada do poder pelos seus pares e que ousaram se opor a ela,

pois acreditavam na democracia e no patriotismo. Foi justamente o ato de crer na democracia que baniu estes militares de seus postos e de seus direitos.

Desta forma, é legítimo o pleito que a ADNAM faz ao postular seu ingresso na qualidade de “amiga da Corte” para com esta colaborar nesta Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, na qual se questiona o art. 1º, parágrafo 1º da lei 6683/1979. A pertinência da matéria enfrentada nesta ADPF com as finalidades institucionais da ADNAM se verifica expressamente em seus objetivos estatutários e, também, na intervenção pública desta associação ao organizar encontros, reuniões, discussões em torno da lei de anistia, dos anistiandos e anistiados. Por derradeiro, resta clara a capacidade da ADNAM para trazer informações e argumentos que colaborarão no debate acerca da controvérsia instaurada.

O peculiar fato de se tratar de uma Associação **Democrática e Nacionalista** de Militares, não significa que o caso se restrinja ao interesse específico dos militares. (Re)discutir a lei de anistia, seu alcance, a natureza dos atos praticados pelos agentes públicos, sua recepção pela Constituição democrática de 1988 e nesta sua adequação aos preceitos constitucionais fundamentais, bem como o conceito de crimes políticos e conexos é tarefa que impele toda sociedade brasileira. Neste sentido, ao caráter específico da Associação que lhe legitima para atuar neste caso como “amiga da Corte” corresponde o caráter geral que a qualifica como democrática potencializado a sua legitimidade para ingressar neste caso.

### 3. PEDIDO DE INGRESSO

Presentes os requisitos para postular o seu ingresso na qualidade de “*amicus curiae*”, a ADNAM, com o desejo de colaborar com a Corte através deste instrumento de ampliação do debate constitucional, **requer a sua admissão no feito, nos termos do que dispõe o art. 6º, parágrafo 1º da lei 9882/1999 e o art. 131, parágrafo 3º do regimento interno do STF.** Aceito o referido pedido de admissibilidade, seguirão os argumentos que fundamentam o mérito da petição.

Pede-se, ainda, para que nos termos no mencionado artigo do Regimento Interno do STF seja dada a postulante a oportunidade de fazer a sustentação oral.

### MÉRITO

#### 1. PRAZO PRESCRICIONAL E NULIDADE ABSOLUTA

Almiro do Couto e Silva defende que os atos administrativos eivados de nulidade absoluta não se convalidam com o decurso do tempo em virtude de sua gravidade. Destaca o autor que a nulidade do ato administrativo restringe-se “aos casos patológicos exacerbados, consistentes em vícios gravíssimos, manifestos e evidentes, independentemente da hierarquia da norma violada, se da Constituição ou da legislação ordinária.”<sup>2</sup> Nessas hipóteses, não há que se arguir prescrição ou decadência, podendo ser declarada a nulidade de ofício

---

<sup>2</sup> O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei de Processo Administrativo da União (Lei nº. 9.7984/99). **Revista de Direito Administrativo nº. 237**, 2004, p. 302.

pelo juiz ou a qualquer momento pela própria Administração no exercício da auto-tutela.

Gustavo Binenbojm exemplifica a categoria de atos administrativos nulos descrita por Almiro do Couto e Silva com as seguintes hipóteses: “uma ordem administrativa para manter o subordinado preso em isolamento por dez anos, uma nomeação de magistrado assinada por um parlamentar ou um ato de autorização que não precisa de forma suficientemente clara o que está a autorizar.”<sup>3</sup>

Celso Antonio Bandeira de Mello classifica os atos administrativos no que diz respeito à sua invalidade em: atos inexistentes, atos nulos e atos anuláveis. Contudo, interessa-nos somente os atos inexistentes<sup>4</sup>. Tais atos constituem-se em “uma categoria de atos viciados cuja gravidade é de tal ordem que, ao contrário dos atos nulos ou anuláveis, jamais prescrevem e jamais podem ser objeto de ‘conversão’. Opõe-se a estes atos, também, o direito de resistência. São conceituados como:

“Consistem em comportamentos que correspondem a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de Direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados.”<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 190.

<sup>4</sup> Expressam-se os atos nulos como: “a) os atos que a lei assim os declare; b) os atos em que é racionalmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior”, seriam exemplos de tais atos: os atos com objeto (conteúdo) ilícito; os praticados com falta de motivo vinculado; os praticados com falta de causa. Por sua vez, são anuláveis (os atos): “a) os que a lei assim os declare; b) os que podem ser praticados sem vício”, como exemplos cita-se: atos expedidos por sujeito incompetente; aqueles editados com vício de vontade; os proferidos com defeitos de formalidade. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 457.

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ob. cit.**, p. 448.

No Direito Administrativo são citadas algumas hipóteses de atos inexistentes, ou, como prefere Weida Zancaner, atos “absolutamente insanáveis”, tais como: **“ordem de uma autoridade para que seu subordinado torture um preso, autorização para que alguém explore trabalho escravo, licença pra que estabelecimento funcione como casa de lenocínio, autorização para que sejam saqueadas casas de devedores do Fisco etc.”**<sup>6</sup> Assim, as relações jurídicas que pretendem tê-los como fundamento, nascem mortas, porquanto a própria pretensão ali calcada é tida como inadmissível pelo Direito, eis que repelida como crime. Nestes casos, os atos jamais seriam estabilizados pelo tempo, ou seja, **a ação para impugná-lo nunca prescreveria**, o que não ocorre com outros atos viciados. Ademais, conforme Weida Zancaner: **“A pena imposta a estes comportamentos pode prescrever, mas a pseudo-relação jurídica que pretenderam gerar será impugnável a qualquer tempo.”**<sup>7</sup> Pode o indivíduo objetar estes atos exercendo seu direito de resistência (como direito implícito ao direito à liberdade), porque são manifestamente ilícitos, todavia, também pode o interessado pleitear que sejam declarados inválidos, por serem referíveis ao Direito.<sup>8</sup> São por estas razões que essa categoria de atos é excluída daquela outra na qual são imputadas conseqüências jurídicas diversas. Daí de se concluir que os crimes comuns e de tortura praticados pelos agentes do Estado e da Repressão durante o regime militar brasileiro são atos absolutamente nulos e impassíveis também de anistia, conforme se verá abaixo.

---

<sup>6</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ob. cit.**, p. 449.

<sup>7</sup> ZANCANER, Weida. **Da Convalidação dos Atos Administrativos**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.

<sup>8</sup> ZANCANER, Weida. **Ob. cit.**, p. 118.



## **2. DA NECESSIDADE DE SE INTERPRETAR A LEI 6.683/1979 (LEI DE ANISTIA) CONFORME A CONSTITUIÇÃO**

A ADPF 153, na qual ora ingressamos como “amigo da Corte”, refere-se à Lei no. 6683 de 28/08/1979, conhecida como Lei de Anistia. A oportunidade desta ação nos provoca a argumentar **sobre** e **contra** o esquecimento, nos colocando também face-a- face com a ditadura militar e a transição democrática e, assim, com a questão acerca do dever de investigar e punir os crimes cometidos em nome de uma “razão de Estado” ou de um “terror de Estado (a institucionalização de ações repressivas por meio de leis, prisões, execuções e julgamentos)”. Problematizarmos a anistia – em qualquer tempo e lugar – significa (des)construirmos a história jurídico-institucional em nome da construção histórica de uma memória coletiva que, (cons)ciente da não-linearidade do tempo e de sua tradição – assume na memória o compromisso com os seus sujeitos e busca, assim, fazer da história o cenário vivo do mundo onde nos inserimos. Se queremos que a história nos forneça a moldura do tempo presente e passado – apta a permitir o (re)conhecimento comum – é necessária a disposição para nela resgatarmos o sentido pleno de todas as suas interrupções – inclusive aquelas que – para alguns – podem comprometer a estabilidade do tempo presente. Voltando ao momento histórico em que vivemos, é no falso discurso da estabilidade do tempo presente que se inserem as pretensões de “anistiar” situações que, na memória, na história e também no campo jurídico, jamais se pretendeu perdoar ou anistiar

Anistia não é esquecimento. O esquecimento potencializa a injustiça, apaga o tempo e, com ele, a memória se esvai. A Lei de Anistia não pode provocar um esquecimento artificial dos fatos ocorridos.

Afinal, a memória é também uma forma de manter os direitos vigentes, direitos estes que foram outrora vilipendiados e, neste sentido, a memória é uma exigência de justiça. Anistia não é perdão. Aquela apenas se relaciona a este, pois o perdão é da esfera singular da vítima, do seu sofrimento. De toda forma, o Estado brasileiro, ao aplicar a Lei de Anistia, o fez também no sentido de perdoar aqueles que, após o golpe militar de 1964, se opuseram ao regime. A questão que se coloca, no entanto, é se a Lei da Anistia significa o auto-perdão, ou seja, o Estado na condição de perpetrador da violência deve ser por ele mesmo perdoado? Se anistia não se confunde com perdão, muito menos pode significar auto-perdão.

Anistia não pode significar que atos de terror cometidos pelo Estado através de seus agentes e que ensejaram verdadeiros crimes contra a humanidade não possam ser revistos. Como afirma o professor Fábio Konder Comparato, “é politicamente indefensável, com efeito, pretender que os que governaram acima das leis, sob a vigência do chamado Ato Institucional n. 5, possam legitimamente obter de um legislador submisso a anistia para os crimes que cometeram no exercício de suas funções. Que democracia é esta que se inaugura no achincalhe? A pretensa ‘pacificação dos espíritos’, de resto, foi sempre uma farsa grosseira, pois à época da anistia não havia o menor vislumbre de oposição armada ao regime. Tudo se passou como se um ditador corrupto qualquer, desejando abandonar o poder sem riscos, negociasse com o sucessor uma pré-anistia para os seus desmandos” (Folha de SP, 10/09/95).

A Lei de Anistia no Brasil carece de legitimidade, pois o congresso que a votou representava antes a vontade dos militares (senadores

biônicos, por exemplo) do que a vontade popular. Tanto é que as várias emendas apresentadas ao projeto de lei, sobretudo pelos parlamentares de oposição, foram rejeitadas, pois tidas como impertinentes. Nossa anistia pode ser considerada uma anistia em branco: em relação aos crimes políticos, só seriam anistiados os sujeitos que ainda não tivessem sido julgados por crime comum. Ora, que anistia é essa que remete tão somente aos casos ainda não julgados quando seu princípio é o de que o esquecimento do crime praticado se estenda à ação penal e à execução da pena?

Outro problema diz respeito aos chamados crimes conexos, crimes que implicam em um nexos entre os delitos cometidos, isto é, um delito que tenha sido cometido para ocultar outro delito ou para assegurar-se a si ou a outros o produto, proveito ou a impunidade do delito. Assim, haveria a possibilidade de aplicação da lei de anistia aos crimes conexos, fato este que possibilitou livrar os torturadores do regime militar da responsabilidade de responderem por seus atos. Isto, pois, a interpretação que se fez do art. 1º, par. 1º da Lei de Anistia, é que a mesma se estenderia aos que tivessem cometido crimes conexos aos delitos políticos, dando a uma categoria processual o *status* de categoria de direito material. A nossa Lei de Anistia (ampla, geral e irrestrita) contemplou ao mesmo tempo e igualmente as vítimas e seus algozes, vale dizer, estendeu seu benefício aos agentes do Estado que torturaram e reprimiram, como se a ação destes fosse conexa à motivação política dos que resistiam ao regime militar. Ora, em que circunstâncias se poderá tipificar a prática de torturas dentre aqueles crimes conexos definidos pela lei de anistia?

Conforme se depreende da própria leitura do art. 56, VI da CF de 1969, a anistia se dirigia aos crimes políticos e, neste sentido, não se estenderia aos crimes comuns. Ela autorizaria o esquecimento dos crimes políticos cometidos pelos cidadãos contra o Estado, como também os crimes cometidos pelo Estado contra seus cidadãos, não importando se este violou os direitos humanos. Anistia de mão dupla. Anistia que possibilitou ao Estado o auto-julgamento, princípio este rejeitado pelo direito. Anistia que igualou as violações de direitos humanos praticadas pelo Estado através de seus agentes aos atos cometidos por cidadãos ou grupos de cidadãos contra o regime militar.

A pensar nos horrores enfrentados durante o período de ditadura militar no Brasil, temos que o direito à memória e à verdade é apenas parte de um processo justo, pois mais do que isso é importante que os responsáveis pelas violações de direitos respondam criminal e civilmente, tanto na esfera interna quanto na esfera internacional.

Pois bem, reexaminar a Lei de Anistia é, ao mesmo tempo, assegurar e fazer cumprir o direito à verdade e à memória como um compromisso constitucional do qual não se pode abrir mão: 1. para que o esquecimento não se traduza na lógica da barbárie ou na redução do homem a um cadáver anônimo; 2. para que a lembrança não seja a narração dos vencedores ou perpetradores como uma forma de sanar o desconforto, em nome da expiação de uma culpa que, para a maioria deles, no fundo, nunca aconteceu; e, por fim, para que a responsabilidade seja apurada e, pedagogicamente, através da aplicação do direito, o futuro não reproduza o passado.

### 3. DO DEVER PERMANENTE DE INVESTIGAR OS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Com a ratificação das Convenções de Genebra de 1949, o Brasil passa a compartilhar da obrigação internacional de investigar permanentemente os graves crimes internacionais, tais como são considerados os crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar brasileira. Conforme dispõe o art. 49 das Convenções, “[a] *Alta Parte contratante terá a obrigação de procurar as pessoas acusadas de terem cometido ou de ordenado quaisquer infrações graves e entregá-las aos seus próprios tribunais, independentemente de sua nacionalidade*”. Para o direito internacional dos direitos humanos, tal obrigação é inderrogável e não suscetível de anistia. Daí a impossibilidade de se considerarem anistiados aqueles que com

No que toca aos crimes de desaparecimento forçado, o caráter contínuo dessas violações enseja o dever permanente do Brasil em investigá-las. Tal obrigação se extrai, inclusive, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992. Segundo Juan Méndez, “esta obrigação deve ser cumprida, (...) independentemente de os fatos constitutivos do desaparecimento forçado terem ocorrido antes da entrada em vigor do tratado para o Estado”<sup>9</sup>. É o que aponta igualmente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do *Caso Moiwana*, relativo a violações semelhantes ocorridas no Suriname:

---

<sup>9</sup> MENDÉZ, Juan. **Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias**. Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2008, p. 15.

*“ao aceitar a Convenção Americana no ano de 1987, a primeira ação legal que Suriname estava obrigado a proporcionar era uma investigação rápida e exaustiva sobre os fatos de 29 de novembro de 1986”<sup>10</sup>*

A lei de anistia brasileira nº 6683/1979 viola, para além de preceitos fundamentais expressos em nossa Carta Constitucional, preceitos decorrentes da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em especial no que tange o direito à verdade e à Justiça.

Nesse sentido destacam-se os artigos 2º, 8º e 25º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a saber:

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º 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.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Artigo 25º - Proteção judicial

---

<sup>10</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Moiwana x Suriname**, Sentença de 15 de junho de 2005, Série C Nº. 124, § 146.

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.

É sob o contexto das disposições supra que o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos tem se manifestado sobre o tema das chamadas leis de “auto-anistia”, em especial destaque para o *leading case* *Barrios Altos*.

Sob o enfoque da proteção judicial e do *direito de ser ouvido por um juiz*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem sepultando a convencionalidade das leis de anistia que seguiram os regimes antidemocráticos que dominaram a América Latina, do qual o Estado brasileiro não é exceção.

Assim já o fez no caso paradigmático *Barrios Altos versus Peru*:

“são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrições e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que permitam impedir a investigação e a punição dos responsáveis. pelas graves violações aos direitos humanos tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por contravir direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”<sup>11</sup>

Prossegue a corte considerando que as leis de anistia deste gênero, da qual a lei brasileira nº 6683/1979 é exemplo, violam o direito da proteção judicial das vítimas, consagrado nos já transcritos artigos 8º e

---

<sup>11</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos x Peru*, Sentença de 14 de março de 2001, Série C No. 75. § 41.

25º da Convenção, obstruindo o esclarecimento do caso. Ainda, tais leis de anistia são incompatíveis com as medidas que os Estados devem tomar para adequar seu direito interno à Convenção Interamericana, conforme seu artigo 2º.

Os Estados-partes, à luz desses dispositivos, devem empenhar seus esforços para que nenhum jurisdicionado seja subtraído da devida proteção judicial, posto que perpetuam a impunidade.

Eis o que afirma a Corte ainda na r. decisão:

Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

Por fim, sedimenta a Corte Interamericana a antijuridicidade das leis de anistia:

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana.



Não se podem eternizar os efeitos dos regimes de exceção através das leis de anistia que os dão seqüência – eis o mote do sistema interamericano para expurgar sua legalidade, e o faz com base no direito à verdade e às garantias judiciais previstas pela Convenção.

De acordo com a sentença proferida no caso *Barrios Altos versus Peru*: el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.

Eis um novo paradigma de consolidação democrática que se abre na jurisprudência da Corte de San Jose. Cançado Trindade, então juiz da Corte, aprofunda esta senda em seu voto complementar, no sentido que:

Estas ponderaciones de la Corte Interamericana constituyen un nuevo y gran salto cualitativo en su jurisprudencia, en el sentido de buscar superar un obstáculo que los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos todavía no han logrado transponer: la impunidad, con la consecuente erosión de la confianza de la población en las instituciones públicas<sup>6</sup>. Además, atienden a un clamor que en nuestros días es verdaderamente universal. Recuérdese, al respecto, que el principal documento adoptado por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993) exhortó a los Estados a "derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, (...) y sancionar esas violaciones (...)"

Ainda que compatíveis com as disposições de direito interno, as leis de “auto-anistia” são uma afronta a ordem internacional de direitos humanos, recepcionada em *status* constitucional pelo artigo 5º, § 2º supracitado. No voto do juiz Trindade:

Hay que tener presente, en relación con las leyes de autoamnistía, que su *legalidad en el plano del derecho interno*, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrase en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreado violaciones *de jure* de los derechos de la persona humana. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, *no lo son* en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Indo além, a promulgação de leis de anistia viola a consciência jurídica universal (*jus cogens*) configurando-se, por sua vez, em *ilícito internacional*, consoante sustenta o voto aparte já citado:

Siendo así, las leyes de autoamnistía, además de ser manifiestamente incompatibles con la Convención Americana, y desprovistas, en consecuencia, de efectos jurídicos, *no tienen validez jurídica alguna* a la luz de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Son más bien la fuente (*fons et origo*) de un acto ilícito internacional: a partir de su propia adopción (*tempus commisi delicti*), e independientemente de su aplicación posterior, comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Su vigencia crea *per se* una situación que afecta de forma continuada derechos inderogables, que pertenecen, como ya lo he señalado, al dominio del *jus cogens*. Configurada, por la expedición de dichas leyes, la responsabilidad internacional del Estado, encuéntrase éste bajo el deber de hacer cesar tal situación violatoria de los derechos fundamentales de la persona humana (con la pronta derogación de aquellas leyes), así como, en su caso, de reparar las consecuencias de la situación lesiva creada.

Tal entendimento é compartilhado em casos recentes sobre a mesma temática: de Almonacid (2006) sobre a ditadura Pinochet no Chile, e de La Cantuta (2006) sobre o regime instaurado por Fujimori no Peru. Em todos os casos sublinha a Corte que tais leis de auto-anistia são aberrações jurídicas, não dotadas de juridicidade.

Diante disto, em face da jurisprudência internacional, e da abertura material dos direitos humanos e fundamentais prevista em nossa Constituição, espera-se que o Pretório Excelso leve em conta as violações aos artigos 2º, 8º e 25º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (para além daquelas violações textuais à nossa Constituição) e a jurisprudência da Corte para declarar que a lei de anistia brasileira nº 6683/1979 viola preceitos fundamentais decorrentes desta Constituição, devendo a ADPF ser julgada integralmente procedente.

#### **4. A INEXISTÊNCIA DE PRÉ-COMPROMISSO E/OU ACORDO EM TORNO DA LEI DE ANISTIA**

Não se pode defender uma democracia com o esquecimento da história do tempo presente. O contexto político da segunda metade da década de 1970 nega a existência de um substrato para um consenso, assim como os fatos que sucedem a aprovação da lei.

A “distensão” do regime militar altera fortemente as regras eleitorais pela Lei Falcão (Lei 6.339/76), como reação ao resultado das eleições de 1974, logo após um recrudescimento da “política de desaparecimentos” e do domínio dos órgãos de repressão.<sup>12</sup> Há um rol de assuntos proibidos de serem tratados pela imprensa, como a

---

<sup>12</sup> KUCINSKI, Bernardo. *Abertura, a história de uma crise*. São Paulo: Ed. Brasil Debates, 1982, p. 43-45.

sucessão presidencial e suas regras, a abertura, a anistia, a censura.<sup>13</sup> Em 1976 ocorrem diversos atentados, assumidos pela “Aliança Anticomunista Brasileira”, que atingem a Ordem dos Advogados do Brasil (cuja bomba não chegou a explodir), a Associação Brasileira de Imprensa, o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento e bancas de jornais, além do Massacre da Lapa.<sup>14</sup> A Constituição de 1969 é modificada a partir dos “poderes extraordinários” do Governo, com o Congresso fechado: o “Pacote de Abril” de 1977<sup>15</sup> cria os senadores biônicos (um terço do senado passa a ser eleito indiretamente), estabelece eleições indiretas para governador, cria a sublegenda, amplia a bancada de alguns estados e diminui a de outros e altera o quórum para a alteração da Constituição, que passa a ser de maioria absoluta (Emendas Constitucionais nº 7 – reforma do Poder Judiciário – e 8). A “Constituinte do Alvorada”<sup>16</sup> assume os poderes com o Congresso em recesso e em 14 dias altera a estrutura política e eleitoral. A leitura da Carta aos Brasileiros por Goffredo da Silva Telles Junior, em agosto de

---

<sup>13</sup> MATHIAS, Suzeley Kalil. *Distensão no Brasil. O projeto militar (1973-1979)*. Campinas: Papirus, 1995, p. 50 nr 3.

<sup>14</sup> Promovido pelo II Exército contra o comitê central do Partido Comunista do Brasil (GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada. O sacerdote e o feiticeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 376-377).

<sup>15</sup> Último grande ato autoritário do regime militar, para Bresser Pereira, que fez com que a sociedade passasse a defender a democratização. Para Bolívar Lamounier foi o Pacote de Abril que acaba com a proposta de retorno à Constituição de 1967 (LAMOUNIER, Bolívar; FARIA, José Eduardo (Orgs.) *O futuro da abertura: um debate*. São Paulo: Cortez; IDESP, 1981, p. 17 e 55-56).

<sup>16</sup> Que assim justifica sua atuação: “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e CONSIDERANDO que, nos termos Ato Complementar nº 102, de 1º de abril de 1977, foi decretado, a partir dessa data, o recesso do Congresso Nacional; CONSIDERADO que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal é autorizado a legislar sobre todas as matérias, como preceitua o citado dispositivo do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968; CONSIDERANDO que a elaboração de emendas à Constituição, compreendida no processo legislativo (Artigo 46, I), está na atribuição do Poder Executivo Federal, PROMULGA a seguinte Emenda ao texto constitucional...”.

1977, é cercada de precauções.<sup>17</sup> Em setembro do mesmo ano, a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo é invadida pela polícia. Em 1978 uma bomba é colocada no altar da Igreja de Santo Antônio, em Nova Iguaçu. O governo é refém de seus órgãos de segurança, que promovem um “terrorismo de direita” com o aparato estatal.<sup>18</sup> A Associação Brasileira de Imprensa, a Ordem dos Advogados do Brasil, jornais, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro são alvo de bombas e Sobral Pinto e Leonel Brizola sofrem atentados em 1980. As eleições municipais de 1980 são canceladas pelo regime militar e há dúvidas em relação à realização do pleito de 1982.<sup>19</sup> Um show em homenagem ao primeiro de maio no Riocentro era o alvo da bomba que explode no colo de um militar, em 1981.

A anistia era uma demanda. As mães dos presos políticos percorrem os presídios desde 1968 e em 1975 forma-se o Movimento Feminino pela Anistia. Em 1978, surge o Comitê Brasileiro pela Anistia e a Ordem dos Advogados do Brasil une-se ao movimento. Em outubro de 1978, há o reconhecimento judicial em primeira instância da responsabilidade estatal pela morte de Vladimir Herzog.<sup>20</sup> A anistia era, de fato, um “verdadeiro clamor popular”.<sup>21</sup> Mas não a Lei da Anistia, que

---

<sup>17</sup> Conforme os depoimentos no livro *Estado de Direito Já: os trinta anos da Carta aos Brasileiros*. São Paulo: Lettera.doc, 2007.

<sup>18</sup> Para Elio Gaspari, “os atentados faziam parte de um processo de intimidação da sociedade e da neutralização da militância oposicionista”. “A subversão da ordem migrara da plataforma da esquerda para a agenda da direita” (GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada*. O sacerdote e o feiticeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 281 e 283).

<sup>19</sup> Como demonstram as intervenções no debate promovido pelo Jornal da Tarde e pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo em julho de 1981 (LAMOUNIER, Bolívar; FARIA, José Eduardo (Orgs.) *O futuro da abertura: um debate*. São Paulo: Cortez; IDESP, 1981).

<sup>20</sup> KUCINSKI, Bernardo. *Abertura, a história de uma crise*. São Paulo: Ed. Brasil Debates, 1982, p. 108-112.

<sup>21</sup> Conforme afirma o Presidente Lula à Folha de S. Paulo em reportagem publicada em 23 de agosto de 2009.

acabou por ser aprovada, coerente com a controlada abertura do “processo revolucionário”.<sup>22</sup>

A votação da Lei da Anistia dá-se em 1979, com os senadores biônicos e em um ambiente de abertura democrática apenas nominal. Não há um pré-compromisso,<sup>23</sup> pois não há liberdade para o dissenso e, portanto, para a discussão. Não há um grande debate nacional, não há debate parlamentar:<sup>24</sup> prevalece o texto enviado pelo Poder Executivo com poucas variações, vitorioso por curta margem em um Congresso manietado. É rejeitada a proposta de convocação das entidades representativas como a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação Brasileira de Imprensa e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. O partido do governo sistematicamente esvazia as reuniões na Comissão

Mista. As entidades representativas posicionam-se contra o projeto.<sup>25</sup> No Senado, Paulo Brossard manifesta-se duramente contra a anistia irrestrita aos torturadores e parcial aos opositores do regime.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Delfim Neto afirma que “a abertura foi uma decisão interna” dos militares, em que a oposição “nem ajudou nem atrapalhou” (Apud TEIXEIRA DA SILVA, Francisco Carlos. Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. *O Brasil Republicano*. O tempo da ditadura (v. 4). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 243-282. p. 256).

<sup>23</sup> HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 217-262.

<sup>24</sup> “Decretada pelo governo, sem negociação com a oposição, em 28 de agosto de 1979, a anistia assegurou que não haveria *revanchismos* – uma das principais preocupações das Forças Armadas –, pois o perdão não consentiria que os militares envolvidos com a repressão fossem julgados ou condenados por atos praticados em nome do governo ou das Forças Armadas” (TEIXEIRA DA SILVA, Francisco Carlos. Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. *O Brasil Republicano*. O tempo da ditadura (v. 4). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 243-282. p. 270).

<sup>25</sup> “... todas as forças da oposição unem-se contra o projeto. A Igreja se insurge contra a tentativa antecipada de anistiar antecipadamente os torturadores que, ao contrário dos ativistas da luta armada, nunca foram julgados...” (KUCINSKI, Bernardo. *O fim da ditadura militar*. São Paulo: Contexto, 2001, p. 109).

<sup>26</sup> “Eu que repilo a violência, que repilo o terrorismo em todas as modalidades, pergunto: qual a diferença que existe entre um terrorista e um torturador? Qual é? São tipos do mesmo gênero, e, se ainda fosse

A lei é aprovada na Câmara por 206 votos contra 202, incluindo 15 deputados da ARENA.

Mesmo o trecho citado pelo I. Procurador-Geral da República em seu Parecer, referente à entrevista concedida pelo ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence, deixa transparecer como o § 1º do Art. 1º da Lei 6683/79 era inegociável pelo regime militar e, portanto, estava de fora de qualquer acordo político viável à época.

Ademais, quando a sociedade brasileira clama por uma anistia “ampla, geral e irrestrita”, não pretende deixar impunes os torturadores do regime, como diversos documentos demonstram, inclusive aqueles citados nas peças apresentadas pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República, mas, sim, buscava eliminar a discriminação imposta pelo § 2º do Art. 1º da Lei de Anistia, o qual excluía dos benefícios da anistia aqueles condenados por crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

A aprovação do projeto com pequena margem de vitória pelos governistas – apenas 206 votos favoráveis à lei contra 201, votos esses inclusive de 25 Arenistas dissidentes – mostram que o propalado acordo nacional em torno de uma pacificação rumo à democracia, em verdade, não passou de uma imposição do governo militar, a fim de deixar impunes os agentes públicos responsáveis por crimes como tortura, assassinatos, desaparecimentos forçados, dentre outros. O único pré-

---

preciso estabelecer uma ordem, creio que o terrorista, que em campo aberto pratica o seu ato vandálico, correndo os riscos de as sua ação, ainda é menos condenável do que aquele que, ungido de autoridade, abusando da lei, do silêncio das noites, protegido pela ausência de testemunhas, servindo-se de um objeto - porque já deixa de ser uma pessoa humana, para ser um objeto - exercer sobre um pobre, sobre um miserável objeto humano, a cruza dos seus instintos bestiais". "Votado hoje o projeto da anistia restrita ou da anistia mesquinha, ou da anistia caolha ou da anistia paralítica, hoje, ainda hoje, daqui diremos ao Brasil: a nossa vitória está longe ainda de ser alcançada, mas, dia mais, dia menos, ela virá pela voz dos homens que, no fundo das trevas não perdendo a esperança, anunciavam ao Brasil a anistia para os brasileiros" (discurso disponível na página do Senado na internet).

compromisso que pode ser vislumbrado é o que garante aos torturadores a anistia irrestrita, um acordo entre o governo e a “linha dura”, que impõe um silêncio sobre o passado.<sup>27</sup> Essa “regra-mordada”,<sup>28</sup> ilegítima de origem, não pode, no entanto, tornar a sociedade brasileira de um passado autoritário. Sem condições de exercício da oposição, sem liberdade de imprensa, sem legitimação democrática de todos os parlamentares, não há espaço para acordos ou compromissos.

O contexto acima exposto configura – em vez do agora afirmado grande acordo nacional – uma inequívoca situação de “tudo ou nada”: ou se aprovava a Lei no sentido de incluir os graves delitos cometidos por funcionários do regime militar contra opositores nos benefícios da anistia, ou a lei não seria aprovada, e o já lento processo de redemocratização no País poderia ser definitivamente colocado de lado pelo Executivo.

---

<sup>27</sup> As eleições de 1985, realizadas sob o sistema do Colégio Eleitoral, elegeram Tancredo Neves do PMDB à presidência. Ele era conhecido por sua honestidade e bom julgamento, sendo aceito pelos militares. Conversas secretas foram realizadas, envolvendo o presidente eleito Tancredo Neves, o ex-presidente Geisel e o então presidente Figueiredo. Os três chegaram a uma série de entendimentos, que não foram transformados num pacto oficial, mas deram a Tancredo Neves a necessária alavancagem para encetar os estágios finais da transição. **Devido à sua natureza secreta, à semelhança do caso uruguaio, o acordo carecia de um fundamento institucional e aparentemente nunca foi exibido por escrito. Mesmo assim, seus termos podem ser discernidos claramente: os civis comprometiam-se a manter a anistia de 1979 que protegia os militares contra a abertura de processos e a respeitar o alto grau de autonomia e funções dos militares em várias áreas, tais como a segurança interna e o desenvolvimento da tecnologia militar. Assegurar a lei de anistia era crucial para proteger os militares de processos pela maioria das violações de direitos humanos cometidas durante seu governo.** Especialmente depois de terem testemunhado o início dos julgamentos contra os comandantes militares na Argentina, o pacto não escrito aliviou as ansiedades dos militares brasileiros no que diz respeito à renúncia ao poder. Quando José Sarney assumiu a presidência depois da morte de Tancredo Neves em março de 1985, os militares sentiram-se confiantes de que também o novo presidente civil respeitaria aquele acordo e salvaguardaria os principais interesses das Forças Armadas.” [grifo nosso] RONIGER, Luis; SZNAJDER, Mario. *O Legado de Violações dos Direitos Humanos no Cone Sul*. Tradução: Margarida Goldszajn. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. XXI.

<sup>28</sup> HOLMES, Stephen. Las reglas mordaza o la política de omisión. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 49-88.



O que se tem, portanto, é uma situação de auto-anistia, por meio da qual os próprios perpetradores de violações aos direitos humanos asseguraram a seus agentes que, com a emergência inevitável do retorno à democracia, não seriam responsabilizados pelos crimes cometidos durante a ditadura.

Nesse contexto, é importante ressaltar, como já esboçado acima, que leis, como a brasileira ora discutida, vêm sendo condenadas pelas Cortes Internacionais, em especial pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – cuja jurisdição o Brasil reconhece desde dezembro de 1998 – a qual, em diversas oportunidades<sup>29</sup>, condenou os Estados que aplicavam leis semelhantes a adotarem medidas de direito interno a fim de que não mais tivessem vigência, já que consistem em mecanismos que impossibilitam a investigação e punição dos responsáveis pelo cometimento de graves violações às disposições protetivas da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>30</sup>.

O único pré-compromisso que pode ser vislumbrado é o que garante aos torturadores a anistia irrestrita, um acordo entre o governo e a “linha dura”, que impõe um silêncio sobre o passado.<sup>31</sup> Essa “regra-

---

<sup>29</sup> Cf. Caso Barrios Altos vs. Peru (sentenciado em 14.03.2001); Caso La Cantuta vs. Peru (sentenciado em 29.11.2006); Caso Almonacid Arellano vs. Chile (sentenciado em 25.09.2006).

<sup>30</sup> Recentemente, inclusive, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos remeteu à apreciação da Corte o Caso Julia Gomes Lund e Outros vs. Brasil, que versa acerca dos desaparecidos políticos na Guerrilha do Araguaia.

<sup>31</sup> As eleições de 1985, realizadas sob o sistema do Colégio Eleitoral, elegeram Tancredo Neves do PMDB à presidência. Ele era conhecido por sua honestidade e bom julgamento, sendo aceito pelos militares. Conversas secretas foram realizadas, envolvendo o presidente eleito Tancredo Neves, o ex-presidente Geisel e o então presidente Figueiredo. Os três chegaram a uma série de entendimentos, que não foram transformados num pacto oficial, mas deram a Tancredo Neves a necessária alavancagem para encetar os estágios finais da transição. **Devido à sua natureza secreta, à semelhança do caso uruguaio, o acordo carecia de um fundamento institucional e aparentemente nunca foi exibido por escrito. Mesmo assim, seus termos podem ser discernidos claramente: os civis comprometiam-se a manter a anistia de 1979 que protegia os militares contra a abertura de processos e a respeitar o alto grau de autonomia e funções dos militares em várias áreas, tais como a segurança interna e o desenvolvimento da tecnologia militar. Assegurar a lei de anistia era crucial para proteger os**

mordaza”,<sup>32</sup> ilegítima de origem, não pode, no entanto, tornar a sociedade brasileira de um passado autoritário. Sem condições de exercício da oposição, sem liberdade de imprensa, sem legitimação democrática de todos os parlamentares, não há espaço para compromisso.

A inexistência de um pré-compromisso válido a respaldar leis de anistia irrestrita, tal como formulada no Brasil, já foi objeto de inúmeros debates na América Latina, extraíndo-se destes o proveitoso exemplo argentino, no qual a *Corte Suprema de Justicia de La Nación* declarou inconstitucional as leis “*de punto final*” e “*obediencia debida*”, ressaltando em sua decisão a orientação dada pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, de que o compromisso feito pelo Estado em relação ao seu passado autoritário recente, especificadamente a anistia, é incompatível com os direitos consagrados no Pacto Civil, por privar as vítimas da justiça devida.<sup>33</sup>

É necessário frisar que o Brasil constitui-se, hoje, em uma democracia erigida em torno da proteção aos direitos humanos, e não pode, portanto, furtar-se a seu compromisso democrático e republicano

---

**militares de processos pela maioria das violações de direitos humanos cometidas durante seu governo.** Especialmente depois de terem testemunhado o início dos julgamentos contra os comandantes militares na Argentina, o pacto não escrito aliviou as ansiedades dos militares brasileiros no que diz respeito à renúncia ao poder. Quando José Sarney assumiu a presidência depois da morte de Tancredo Neves em março de 1985, os militares sentiram-se confiantes de que também o novo presidente civil respeitaria aquele acordo e salvaguardaria os principais interesses das Forças Armadas.” [grifo nosso] RONIGER, Luis; SZNAJDER, Mario. *O Legado de Violações dos Direitos Humanos no Cone Sul*. Tradução: Margarida Goldszajn. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. XXI.

<sup>32</sup> HOLMES, Stephen. Las reglas mordaza o la política de omisión. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 49-88.

<sup>33</sup> Corte Suprema de Justicia de La Nación. Recurso de Hecho. Causa n° 17.768, s. 1767. XXXVIII; Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete). Data: 14/06/2005, T. 328, p. 2056. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=315622&indice=0>, acesso em 15 de fevereiro de 2010, às 16:08.

face às vítimas e familiares de pessoas torturadas, sequestradas e assassinadas por agentes estatais, no sentido de promover a devida investigação desses crimes. Não é possível que um Estado seja parte em diversos tratados internacionais que condenam crimes contra a humanidade<sup>34</sup>, insista em atestar a falsa existência de um acordo nacional para decretar a impunidade de torturadores e assassinos que se utilizaram da máquina estatal de repressão a fim de calar as vozes opositoras ao regime.

Constatada, portanto, a inequívoca ausência de um ambiente político propício a acordos, a imposição pelos militares de uma anistia que tornasse impunes os graves delitos contra os direitos humanos dos opositores do regime, tem-se caracterizado como uma auto-anistia, recorrentemente condenada pela jurisdição internacional de direitos humanos, sendo mister que a Suprema Corte estabeleça ao §1º do art. 1º da lei de Anistia uma interpretação conforme a Constituição e consonante com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

## **5. LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL**

A Lei 6.683/79, em seu art. 1º, concedeu anistia a todos que cometeram “crimes políticos ou crimes conexos com estes” e em seu § 1º estabeleceu que “consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

---

<sup>34</sup> Além dos Tratados em âmbito regional, o Brasil também é parte, dentre outros instrumentos, do Pacto de Direitos Civis e Políticos e da Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis Inumanos e Degradantes

A interpretação desse dispositivo tem gerado ampla controvérsia constitucional quanto ao sentido e alcance dos crimes anistiados. A lei não é clara e nem objetiva e, assim, deixou de estabelecer quais seriam os crimes políticos e os crimes conexos a estes. Vale dizer, não restou especificado se os crimes cometidos pelos agentes do Estado contra os opositores do regime militar estariam ou não anistiados pela Lei 6.683/79.

É evidente que uma interpretação expansiva da Lei de Anistia, que considere anistiados os crimes comuns como assassinato, estupro, tortura, cometidos por agentes do Estado é flagrantemente inconstitucional.

## **5.1 - LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL**

### **5.1.A – DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Os crimes cometidos por agentes do Estado não se enquadram na categoria de crimes políticos porque não foram cometidos contra a ordem política, social ou contra a segurança nacional. Tais crimes tampouco podem ser justificados como atos para a preservação da ordem política, social ou da segurança nacional posto que sequestro, assassinato, estupro e tortura não são exatamente atos necessários e dignos para a preservação da ordem pública, social e da segurança nacional. Tais crimes são, sim, crimes comuns, de lesa humanidade, impassíveis, portanto, de serem anistiados.

A preocupação com a dignidade da vida humana é tema de diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. O Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 5º afirma que “toda pessoa tem o direito

de que respeitem a sua integridade física, psíquica e moral” e que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Igualmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê, em seu art. 3º, que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” e em seu art. 5º que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. A preocupação com a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos é tão grande que o Brasil ainda assinou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, mostrando o repúdio absoluto a tal crime.

Ademais, é de se considerar que tendo sido a Lei 6.683/79 recepcionada pela Constituição de 1988, é necessário fazer-se uma leitura dessa lei à luz da Carta Magna. Nesse sentido, é de se destacar a vedação de submissão de qualquer sujeito à tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) e a impossibilidade de se anistiar crimes de tortura (art. 5º, XLIII). Dessa forma, não é possível interpretar os dispositivos da Lei 6.683/79 de tal forma a considerar anistiados os crimes comuns praticados pelos agentes do Estado durante o regime militar.

A interpretação ampla da Lei 6.683/79 feita pela Advocacia Geral da União e pela Procuradoria Geral da República de que os dispositivos do art. 1º, § 1º foram assim redigidos em prol da reconciliação e pacificação nacional não se sustenta. Não se anistiam crimes de tortura e não se eximem da responsabilidade os agentes que usurparam seus deveres e assassinaram, estupraram e torturaram os opositores do regime

militar. Assim, por mais que os agentes se escusem de seus atos sob a justificativa de que agiram politicamente motivados para a preservação do regime militar, da ordem política e social, seus atos ultrapassaram os limites estabelecidos por suas funções e pela lei de anistia e, com isso, à luz da Constituição de 1988 não podem ser considerados impassíveis de investigação, publicização e punição. Conclui-se, assim, que a previsão normativa da Lei 6.683/79 não abrange os crimes comuns cometidos pelos agentes do Estado e que uma interpretação nesse sentido é frontalmente contrária à Constituição de 1988.

#### **5.1.B – DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO FUNDAMENTAL DA ISONOMIA EM MATÉRIA DE SEGURANÇA**

Adotar uma interpretação ampliativa do art. 1º, § 1º da Lei 6.683 representaria uma ofensa ao direito à igualdade e ao tratamento isonômico, conforme garante o art. 5º, *caput* da Constituição. Se fosse adotada tal interpretação, o Poder Judiciário teria o poder de definir quais crimes estariam “relacionados” com os crimes políticos e, desta maneira, iria definir quais crimes estariam amparados pela anistia, pois não há uma definição legal ou doutrinária do que seja o termo “relacionado” em matéria penal. Desta maneira, o princípio fundamental da isonomia e inclusive o da legalidade, seria violado, pois o Poder Judiciário, e não o Legislativo, estaria definindo o que é crime.

Não obstante, se a Lei 6.683/79 em seu art. 1º § 2º não beneficiou aqueles que foram condenados por crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, não haveria de anistiar, por via de interpretação extensiva (como propõem a Advocacia Geral da União e a Procuradoria Geral da República), os crimes comuns de assassinato,

estupro e tortura, cometidos pelos agentes repressores do Estado. Tal possibilidade afrontaria a igualdade e a isonomia em matéria de segurança.

Nesse sentido, a anistia não foi ampla, geral e irrestrita, nem teve o mote de sê-lo. Sepúlveda Pertence, em entrevista à Carta Maior, inclusive afirma que o art. 1º, parágrafo 1º (que incluía os que praticaram crimes de tortura e homicídio no rol dos crimes anistiados) não era um ponto negociável pelo Governo<sup>35</sup>.

Essa parcialidade por parte da Lei da Anistia fica evidente se fizermos uma análise mais profunda do processo legislativo que resultou na Lei 6.683/79. Apesar do Procurador-Geral da República ressaltar, em seu parecer, que a elaboração da Lei 6.683/79 envolveu um extenso debate entre vários setores da sociedade, o qual resultou na conquista de uma anistia ampla, geral e irrestrita, se forem mais atentamente analisadas, tais alegações carecem de embasamento fático.

Os debates para a elaboração da Lei da Anistia não contaram com a presença de setores representativos da sociedade civil. Apenas duas entidades civis foram integradas no processo legislativo: o Movimento dos Artistas pela Anistia Ampla, Geral e Irrestrita e o movimento de parentes de presos políticos e desaparecidos. Tal ausência de representatividade de vários grupos interessados nessa questão de tão grande importância social foi notada à época pelo Senador Nelson Carneiro. Sua proposta era a de que fossem ouvidas as entidades do

---

<sup>35</sup> “No projeto, havia um ponto inegociável pelo Governo: o §1º do art. 1º, que, definindo como amplitude heterodoxa, o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos ‘porões do regime’ -, como então se dizia – pelos agentes civis e militares da repressão.” *PNDH 3 é fiel à Constituição, diz Sepúlveda Pertence*, [http://www.cartamaior.com.br/templates/materia/Mostrar.cfm?materia\\_id=16339](http://www.cartamaior.com.br/templates/materia/Mostrar.cfm?materia_id=16339), Carta Maior, 18.01.2010.

Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, porém, por ausência de interesse na abrangência dos debates, tal proposta foi rejeitada<sup>36</sup>.

Nota-se, então, que os debates que resultaram na elaboração da Lei da Anistia não foram extensos e não contaram com a manifestação de diversos grupos sociais, conforme afirma o parecer do Ministério Público da União. Ressalte-se que mencionada ausência de manifestações não ocorreu devido à falta de iniciativa de grupos relevantemente interessados, tais quais as entidades-membro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, mas sim devido à deliberada exclusão nos debates dos grupos que pudessem contrariar o interesse de Governo. Assim, nota-se que a Lei da Anistia teve o propósito de ferir o princípio da isonomia, ao tentar abranger os crimes de tortura, estupro e assassinato no rol dos crimes anistiados e, ao mesmo tempo, excluir deste rol os crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

### **5.1.C - DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO FUNDAMENTAL DA NÃO OCULTAÇÃO DA VERDADE POR PARTE DO PODER PÚBLICO**

Por outro lado, a interpretação expansiva do art. 1º, § 1º, da Lei 6.683/79 que entende como anistiados os crimes comuns cometidos pelos agentes repressores do Estado, impõe severa restrição à busca da verdade e da memória dos fatos ocorridos durante o regime militar. Dessa maneira, impede-se que as vítimas e seus familiares identifiquem

---

<sup>36</sup> SCHINKE, Vanessa Dorneles. *Os indícios do discurso do esquecimento: a anistia de 1979 à luz da teoria discursiva do direito e da democracia*. In: Revista da Faculdade de Direito UFG, V. 33, n. 1, p. 67-84, jan./jun. 2009, pág. 70- 71.



as circunstâncias e agentes responsáveis pelos crimes brutais cometidos nos locais de prisão e detenção policiais e militares da época.

A Lei da Anistia de 1979 não teve o propósito de reconciliação e pacificação nacional. Seu propósito foi o de isentar de responsabilidade pessoas que cometeram crimes contra a dignidade da pessoa humana (princípio basilar da Constituição de 1988 e de inúmeros tratados internacionais), em especial os de homicídio e tortura. O propósito que regeu tal lei foi o de esquecimento, não para se obter a reconciliação, mas para alcançar a impunidade de tais grupos de pessoas. Portanto, a Lei da Anistia fere o preceito fundamental, expresso no art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal, a não ocultação da verdade, bem como foi elaborada com este intuito. Durante o processo de elaboração da Lei 6.683/79, nas justificações às emendas apresentadas, encontram-se inúmeras frases pedindo o esquecimento do passado, tais como “a anistia é a desmemoria” (Emendas n.2, 80 e 196), “colocar silêncio perpétuo sobre os fatos” (Emenda n.200) e “como se o período de lutas internas do povo brasileiro não houvesse existido” (Emendas n.9-A)<sup>37</sup>.

Não se pode justificar o Estado Democrático de Direito atual sob o esquecimento e negação da violação de direitos perpetrada pelo regime militar. Não há acordo, pacificação, reconciliação, perdão e/ou reconstrução se a uma das partes é vedado o conhecimento do que efetivamente se passou e quem foram os responsáveis.

O direito à verdade deve não apenas ser resguardado às vítimas, mas também ao povo brasileiro, que merece ser conhecedor de sua história. O direito à verdade e à memória possui um caráter dual e coletivo. Isto porque, por um lado diz respeito ao direito da sociedade a

---

<sup>37</sup> SCHINKE, 2009, pág. 77.

ter acesso às informações necessárias para o desenvolvimento da democracia e, por outro, diz respeito ao direito das vítimas e de seus familiares de saberem quem foram os responsáveis pelas violações cometidas e uma possível reparação. Assim, a Lei 6.683/79 não pode impedir, sob a justificativa de concessão de anistia, que o povo brasileiro em geral, e as vítimas e seus familiares em particular, tenham acesso e publicizem os documentos e atos cometidos durante o período de exceção vivido pelo Brasil.

## **CONCLUSÃO**

Constatada, portanto, a absoluta nulidade dos atos criminosos praticados pelos agentes do Estado durante o regime militar e a impossibilidade deles serem anistiados;

Ante a inequívoca ausência de um ambiente político propício a acordos, a imposição pelos militares de uma anistia que tornasse impunes os graves delitos contra os direitos humanos dos opositores do regime militar;

Em face da abertura material dos direitos humanos e fundamentais prevista em nossa Constituição e diante da flagrante violação ao artigo art. 5º, *caput*; art. 5, III; art. 5º, XXXIII ; art. 5º, XLIII; todos de nossa Constituição de 1988;

Diante da jurisprudência internacional e das violações aos artigos 2º, 8º e 25º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos;

Pede-se a este Pretório Excelso uma interpretação da Lei 6.683/79 conforme a Constituição, de tal modo que a anistia concedida pela referida lei aos crimes políticos e conexos não abarque os crimes comuns praticados pelos agentes repressores da oposição ao regime

militar à época vigente (1964/1985), devendo, assim, a presente ADPF ser julgada integralmente procedente.

Curitiba, 18 de março de 2010

# 2

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5543

### FICHA

<b>Ano de realização</b>	2016
<b>Caso</b>	ADI 5543, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2020
<b>Tema</b>	Restrição de doação de sangue com base na orientação sexual.
<b>Partes</b>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Partido Socialista Brasileiro - PSB</li><li>2. Ministro De Estado Da Saúde</li></ol>
<b>Autores da peça</b>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA, do Programa de Pós- Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná;</li><li>2. NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ</li><li>3. Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da Faculdade de Direito da UFPR: Ananda Puchta, Bianca M. Schneider Van Der Broocke, Bruna Nowak, Claudia Beeck Moreira da Souza, Débora Dossiatti, Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, Guilherme Ozório Santander Francisco, Gustavo Bussmann Ferreira, Katya Kozicki, Leandro Franklin Gorsdorf, Leonardo Cabral, José Arthur Castillo de</li></ol>
	Macedo, Thaís Paschoal Lunardi, Thiago de Azevedo Pinheiro Hoshino, Vera Karam de Chueiri.

### CONTEXTO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543 foi ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), em junho de 2016. Nela foi impugnado o artigo 34, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e o artigo 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC 34/2014

da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que dispõem sobre a inaptidão temporária para doação de sangue de “homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou parceiras sexuais destes” nos 12 meses subsequentes a prática sexual.

O requerente alegou que os dispositivos impugnados violavam: i) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); ii) o direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput, CF); iii) o objetivo de promover o bem de todos sem preconceitos ou formas de discriminação (art. 3º, IV, CF); e, iv) o princípio constitucional da proporcionalidade, requerendo, portanto, a suspensão da eficácia e a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

O Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporânea e o Núcleo de Prática Jurídica, ambos da Universidade Federal do Paraná, requereram seu ingresso como *amici curiae* na ação (pedido de nº 51819/2016), que foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal. A peça de manifestação foi apresentada em 20 de fevereiro de 2017 (pedido nº 10784/2017).

## **RESUMO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS**

A manifestação abordou os seguintes aspectos: i) diálogos entre cortes; ii) dimensão política da técnica; iii) violação ao direito fundamental à igualdade e da não discriminação; e, iv) princípio constitucional da solidariedade.

Acerca do diálogo entre cortes, partiu-se da premissa de um constitucionalismo aberto, dialógico e plural, visando a soluções que contemplem a análise das mais variadas ordens jurídicas, a partir de discussões e problematizações de decisões com teor semelhante,

ampliando a argumentação ao processo deliberativo. Nesse sentido, os diálogos entre cortes se mostram fundamentais para afastar normas que sejam menos protetivas e benéficas, aplicando-se o princípio *pro persona*. Apontou-se que a jurisprudência internacional apresenta a impossibilidade de discriminação por orientação sexual em qualquer instância, corroborando com a inconstitucionalidade dos dispositivos objeto da ADI 5543.

Além disso, ficou consignado que cabe ao Poder Judiciário atuar garantindo que atos e disposições normativas internas sempre respeitem os princípios e os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal. Desta forma, o argumento da técnica, a partir da literatura médica, não poderia impor uma discriminação, se sobrepor aos direitos fundamentais. Nessa linha, deve-se garantir o direito fundamental à igualdade e não discriminação, visto que existe vedação a que pessoas sejam discriminadas em razão de gênero, idade, nacionalidade, religião, orientação sexual ou qualquer outro aspecto desigualador. As disposições objeto da ADI 5543 definiam como inabilitados para doação de sangue homens que tivessem se relacionado sexualmente com outros homens nos 12 meses anteriores à coleta de sangue. A razão da discriminação refere-se à orientação sexual, que não constitui um risco em si, restringindo o direito de um grupo vulnerável. O argumento de garantir a segurança do procedimento de coleta de sangue no país se mostra institucional e, por questão ontológica, estigmatiza homens homossexuais. Quanto ao princípio constitucional da solidariedade, considerou-se que o Estado não poderia impedir vínculos de solidariedade entre cidadãos. No caso da doação de sangue, a norma impedia um determinado grupo de ser solidário para com o próximo, principalmente por ser um grupo em situação de

vulnerabilidade, exposto diariamente à violência, preconceito e violações constantes, reafirmando a discriminação existente.

## **CONCLUSÕES**

Concluiu-se que a proibição de doação de sangue era prejudicial aos que lutam pela vida e aguardam sangue daqueles que doam, mostrando-se discriminatória em relação aos que querem ajudar suas famílias e entes queridos, ampliando a violência existente para com este grupo vulnerável e que são vítimas de crimes de ódio e que acabam sendo impedidos de exercer a sua solidariedade.

Por fim, requereu-se a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

## **RECOMENDAÇÕES**

Deve-se traçar uma ação estratégica e segura nos procedimentos de coleta de sangue, sem rastro de preconceito, independente da orientação sexual.

## **ATUALIZAÇÕES**

Em maio de 2020, por maioria, a ação direta foi julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 64 da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e da alínea “d” do inciso XXX do art. 25 da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello que julgavam improcedente o pedido.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ART. 64, IV, DA PORTARIA N. 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E ART. 25, XXX, “D”, DA RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC N. 34/2014 DA ANVISA. RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE A GRUPOS E NÃO CONDUTAS DE RISCO. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 1. A responsabilidade com o Outro demanda realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível e inculcir, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue. 2. O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades. Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. A restrição à doação de sangue por homossexuais afronta a sua autonomia privada, pois se impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável; e a sua autonomia pública, pois se veda a possibilidade de auxiliarem àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue. 3. A política restritiva prevista na Portaria e na Resolução da Diretoria Colegiada, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois impacta desproporcionalmente sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue. Trata-se de discriminação injustificável, tanto do ponto de vista do direito interno, quanto do ponto de vista da proteção internacional dos direitos humanos, à medida que pressupõem serem os homens homossexuais e bissexuais, por si só, um grupo de risco, sem se debruçar sobre as condutas que verdadeiramente os expõem a uma maior



probabilidade de contágio de AIDS ou outras enfermidades a impossibilitar a doação de sangue. 4. Não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria comunidade.

5. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 64 da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e da alínea “d” do inciso XXX do art. 25 da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

(ADI 5543, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 25-08- 2020 PUBLIC 26-08-2020)

Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Edson Fachin, d. relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5543.

**A Universidade Federal do Paraná, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ sob o nº. 75.095.679/0001-49**, por meio de seus núcleos adiante nominados, **NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA**, do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, neste ato representado por sua Coordenadora (conforme autoriza o artigo 4º inciso VI do seu Regimento) e **NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**, inscrito no CNPJ 75.095.679/0001-49, ambos com endereço à Praça Santos Andrade, nº 50, térreo, Centro, Curitiba/PR, CEP 81.531-900, vêm, respeitosamente perante V. Exa., requerer sua admissão como **AMICI CURIAE**, nos termos do art. 7º, §2º, da Lei 9.868/99 e do art. 138 do CPC, pelos fundamentos que seguem.

A ADI tem por objeto o art. 64 da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, alínea “d”, da Resolução RDC n. 34/2014 da ANVISA, no ponto em que reconhecem a inaptidão, para a doação de sangue, de *“homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou parceiras sexuais destes”*. Em síntese, o Partido Socialista Brasileiro, autor da ação, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, para que *“todo e qualquer indivíduo, independentemente de sua orientação sexual, tenha o direito, de forma igualitária aos demais, de submeter o próprio sangue aos exames de detecção de doenças, para que, caso verificado saudável, possa ser doado e, então, repassado a quem dele necessitar”*.

Ao receber a ação, o il. Relator determinou sua tramitação pelo rito do art. 12 da Lei 9.868/99, considerando tratar-se de “*regulamentação que toca direto ao núcleo mais íntimo do que se pode considerar a dignidade da pessoa humana, fundamento maior de nossa República e do Estado Constitucional que ela vivifica*”.

O pedido ora formulado tem por fundamento a contribuição que os Núcleos acima nominados podem prestar ao julgamento de tema tão sensível, considerando o seu acervo de experiências e elementos informacionais, bem como a sua *representatividade* e a *relevância da matéria*, requisitos previstos no art. 7º, §2, da Lei 9.868/99. A representação judicial da Universidade Federal do Paraná nesses autos é feita pelo Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito e o Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia.

Quanto à representatividade, tratam-se de órgãos que participam intensamente de debates nacionais em torno de temas de Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia, compostos por docentes e acadêmicos integrantes da Universidade Federal do Paraná e de outras instituições de ensino superior, bem assim como membros de movimentos sociais e pesquisadores externos. Em especial, o tema objeto da ADI tem *pertinência temática* direta com os estudos e pesquisas específicos realizados pelos respectivos Núcleos, que neste momento se habilitam para ingressar como **AMICUS CURIAE**, de maneira que estes possam fornecer argumentos teóricos, normativos e práticos para o deslinde da questão. Isto é, o tema em questão tem sido objeto de constantes e intensos diálogos entre os participantes destes Núcleos. Debates, inclusive, muitas vezes estabelecidos com outras instituições também de âmbito nacional.

O Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) é órgão Suplementar da Faculdade de Direito e corresponde ao local em que se realiza a disciplina de prática jurídica e o estágio curricular supervisionado do curso de graduação em direito da UFPR. Pretende-se formar um profissional capaz de refletir criticamente sobre sua atuação social e repensar as estruturas jurídicas existentes de modo a contribuir com o aprimoramento da nossa democracia. Em razão dessa relevante função, o NPJ da UFPR tem como missão contribuir com o diálogo dos direitos fundamentais, estimulando nos alunos, professores e pesquisadores a reflexão sobre os valores mais importantes do Estado Democrático de Direito. A atuação é realizada por meio de atuação estratégica na advocacia de interesse público em casos de grande impacto social e jurídico, como potencial contribuição que o profissional do direito pode fornecer na construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e democrática.

O Núcleo de Constitucionalismo e Democracia tem como função principal a discussão de questões da filosofia e dogmática constitucional, especialmente visando à proteção e a concretização de direitos fundamentais. É finalidade do núcleo o estudo aprofundado do controle de constitucionalidade, estando dentre os temas dos projetos de pesquisa de seus membros, conforme o Regimento do Núcleo, a análise de casos constitucionais (art. 12 item i). Nessa linha, é de se destacar o trabalho prático desenvolvido pelo Núcleo, que, por exemplo, na ADPF 153, atuou em colaboração com a Associação Democrática e Nacionalista de Militares- ADNAM, auxiliando na construção das petições apresentadas pela entidade, naquela ocasião habilitada como *amicus curiae*.

Note-se, com relação ao requisito da representatividade, que dentre as atribuições do Núcleo, previstas em seu Regimento, além das atividades de pesquisa e extensão, relacionadas ao tema debatido nesta ADI, está também a *promoção de intercâmbio científico, técnico e cultural, bem como entre discentes e docentes de instituições de ensino do Brasil e do exterior*”(Art. 2 inciso III), o que deixa claro seu caráter territorialmente abrangente.

É a partir desse *ambiente dialógico* e de uma perspectiva democrática e pluralista que se pretende apresentar as contribuições necessárias para o julgamento de tão relevante matéria, levada à apreciação dessa c. Corte por meio da presente ADI. É certo que o Núcleo, que desde 2009 atua no debate de questões constitucionais complexas, por meio de estudiosos engajados, poderá contribuir com a *expertise* necessária para a construção de uma decisão judicial solidamente fundamentada para o caso.

Quanto à relevância da matéria, busca-se facilitar o *diálogo dessa c. Corte com a sociedade civil*, a partir da apresentação de contribuições muito pontuais, que perpassam as questões técnicas necessárias à compreensão e desconstrução das restrições estabelecidas nos dispositivos impugnados, além de questões afeitas aos direitos humanos, ao constitucionalismo e à democracia, cuja apreciação é essencial para que se realize uma análise das normas impugnadas à luz do direito à não discriminação, igualdade, privacidade e solidariedade<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre o tema, considere-se a relevância do mencionado diálogo, já preconizado na doutrina de Peter Häberle, a qual defende a interpretação aberta e pluralista da Constituição, viabilizada também pela existência de mecanismos, como a figura do *amicus curiae*, que facilitem a participação de diversos sujeitos e argumentos nas decisões proferidas em matéria constitucional. Ver: HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1997.

Temas, como se vê, que integram as discussões estabelecidas no âmbito dos debates desenvolvidos regularmente pelos integrantes dos Núcleos que subscrevem esta petição.

No plano internacional, diversos países e instâncias julgadoras recentemente têm sido chamados a se posicionar sobre a matéria. Essa observação demonstra, mais uma vez, a importância do tema debatido, sua repercussão social e a possibilidade de os Núcleos peticionários contribuírem como *amicus curiae*, eis que estão aptos a relacionar tais julgados e analisá-los com acuidade, favorecendo a prolação de decisão informada, inclusive em âmbito externo.

Não será a primeira vez que essa c. Corte admitirá o ingresso, como *amici curiae* em ação direta de inconstitucionalidade, de Núcleos de Pesquisa ou Clínicas de Prática Jurídica de Universidades Federais. Na **ADI 4650**, por exemplo, admitiu-se o ingresso, nessa qualidade, da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro<sup>2</sup>. Na **ADPF 132**, admitiu-se o ingresso do Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Também, no RE 845779 outros Núcleos universitários foram admitidos como *amicus curiae*: o Centro Latino Americano em Sexualidade e

---

<sup>2</sup> Na decisão que deferiu o ingresso desse e outros órgãos como *amici curiae*, destacou o então relator, il. Min. Luiz Fux: “Com efeito, o telos precípua da intervenção do *amicus curiae* consiste na pluralização do debate constitucional, com vistas a municiar a Suprema Corte dos elementos informativos possíveis e necessários ou mesmo trazer novos argumentos para o deslinde da controvérsia, superando, ou senão amainando, as críticas concernentes à suposta ausência de legitimidade democrática de suas decisões. Nesse novo cenário de democratização da jurisdição constitucional, a habilitação de entidades representativas se legítima sempre que restar efetivamente demonstrado, in concreto, o nexo de causalidade entre as finalidades institucionais da entidade postulante e o objeto da ação direta. No caso sub examine, há pertinência entre a questão de fundo debatida nos presentes autos e as atribuições institucionais do Requerente, o que autoriza as suas admissões no processo como *amici curiae*. No caso sub examine, há pertinência entre a questão de fundo debatida nos presentes autos e as atribuições institucionais do Requerente, o que autoriza as suas admissões no processo como *amici curiae*”.

Direitos Humanos (CLAM -UERJ) e o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Política e Direitos (LIDIS -UERJ).

É por tudo isso que o Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia e o Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Federal do Paraná requerem seu ingresso na presente demanda na qualidade de *amici curiae*, podendo prestar sua contribuição quanto aos sensíveis pontos discutidos nesta ação, seja por meio de manifestação escrita, seja por meio de sustentação oral.

Espera deferimento.

Brasília, 05 de setembro de 2016.

**AO EXCELENTÍSSIMO MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EDSON FACHIN, RELATOR DA ADI 5543.**

NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA (PPGD –UFPR) e NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, ambos já devidamente qualificados (eDOCs 177 a 179), vêm, respeitosamente, perante V. Exa, **considerando a decisão publicada em 21 de Setembro de 2016, que os admitiu como *amici curiae* nos autos supracitados, apresentar informações, na forma que segue:**

## **1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS**

O objetivo da admissão de *amici curae* é democratizar e pluralizar o debate jurisdicional sobre questões postas à jurisdição que contenham relevante interesse social. O presente petitório vem justamente neste

sentido de contribuir com a argumentação posta a prestação jurisdicional em curso.

O NÚCLEO DE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ já habilitado nos autos, assim o faz, por preencher os dois requisitos básicos – reconhecidos quando do deferimento a habilitação por este Exmo. Relator – quais sejam: relevância do caso; e representatividade e especialidade dos manifestantes.

Pela convergência dos estudos especializados do NÚCLEO DE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA que congrega vários acadêmicos e professores nesta área do conhecimento, com relevância e reconhecimento nacional e internacional, somado à importância teórica do ponto de vista jurídico, aliado, por fim, aos importantes efeitos práticos sociais da lide em questão, é que os argumentos de fato e de direito seguem a título de contribuição para solução constitucional e democraticamente adequada.

Primeiramente, antes de adentrar propriamente no mérito aprofundado de cada um dos pontos convém destacar que o contributo que ora se apresenta far-se-á com base na premissa de um constitucionalismo aberto, dialógico e plural que se pauta pelo diálogo entre Cortes e pelos empréstimos constitucionais a fim de colocar os sujeitos e suas necessidades concretas no centro dos interesses jurídicos tutelados. Partindo desta premissa, apresentar-se-ão argumentos que, sem embargo do respeito, colocam os argumentos técnicos a serviço da realização do postulado fundamental da igualdade e não discriminação que esteiam os direitos humanos para, ao final, sustentar a indubitável inconstitucionalidade da restrição. Para além do corolário da isonomia, o valor constitucional da solidariedade e o direito



de exercê-lo também instrumentalizam as presentes razões de *amicus curiae*.

## **2. NECESSÁRIOS DIÁLOGOS ENTRE CORTES**

Há anos reconhece-se a expansão da jurisdição constitucional, a qual se dá, entre outros motivos, pela abertura que caracteriza as normas de direitos humanos e fundamentais e pela judicialização de questões políticas e morais controvertidas. Nos últimos anos, essa constante expansão da jurisdição constitucional tem proporcionado relevantes debates sobre novas formas de conceber uma racionalidade decisória que seja justificável sob os ângulos internos e externos.

A constante expansão da jurisdição constitucional tem proporcionado relevantes debates sobre novas formas de conceber uma racionalidade decisória que seja justificável sob os ângulos interno e externo. Há que se reconhecer que a judicialização de questões controvertidas nos planos moral e político, bem como a abertura característica das normas definidoras de direitos humanos e fundamentais, é também uma realidade deste movimento poroso.

Conforme defendido por Virgílio Afonso da Silva, entre outros, a deliberação interna diz respeito ao funcionamento da Corte em sua dimensão de colegialidade, e, a dimensão externa trata do relacionamento da Corte Constitucional com outras Cortes dentro e fora do país.

Desta forma, a partir de uma premissa de “diálogo entre jurisdições”, defende-se a busca de soluções que contemplem a análise dentre as mais variadas ordens jurídicas, estabelecidas mediante discussão e problematização de decisões que tratem de assuntos de teor

semelhante, trazendo uma maior riqueza argumentativa ao processo deliberativo. Ressalta-se que a sugestão se faz no sentido de construção argumentativa, não apenas para justificar a decisão já tomada<sup>3</sup>.

Em especial, no caso concreto, a metodologia dos diálogos serve para apreender o que há de mais atual e protetivo no que concerne à possibilidade de doação de sangue por homens que mantiveram relações sexuais com parceiros do mesmo sexo, afastando-se assim a atual política discriminatória vigente.

O diálogo está intrinsecamente relacionado com a compreensão e reconhecimento da diversidade, pelo que se destaca a necessidade de tolerância e respeito no exercício comunicativo. Para dialogar, todavia, é imprescindível compartilhar de um código mínimo em comum, ou seja, um idioma básico para que possamos de fato nos engajar conjuntamente, interpretar questões aplicando-se as normas constitucionais *vis-à-vis* aos tratados de direitos humanos e sua maior proteção. São justamente os direitos humanos, aqui apreendidos como processos “institucionais e sociais que possibilitem a abertura e a consolidação de espaços de luta em prol da dignidade humana concreta”<sup>4</sup>, que despontam nesse cenário.

Nisto reside a importância da abertura para as múltiplas jurisdições da ordem internacional em matéria de direitos humanos, as quais, ainda que constituídas pelos Estados, não se circunscrevem aos seus limites internos, mas conformam a pluralidade característica da ordem internacional. Desta feita, os critérios de interpretação e

---

<sup>3</sup> Neste sentido, conferir HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters**. The Renaissance of Comparative Constitutional Law, Oxford, Oxford University Press, 2014.

<sup>4</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: FundaçãoBoiteux, 2009, p. 25.

aplicação dos tratados e normas que versam sobre direitos humanos devem ser acolhidos pelo Estado em seu aparato jurídico, por meio de políticas, leis e decisões que permitam a transcendência das intenções e compromissos assumidos pelo Estado.

O intento dessa convivência dialógica é expandir e engrandecer a proteção dos direitos humanos, a partir de uma coerência plural, complexa, impura e miscigenada.

Cada sistema corrobora com sua concepção de proteção da pessoa humana, interagindo com o aparelho local, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais.

Há, portanto, um compromisso e uma obrigatoriedade de cada Estado em se adequar inclusive no plano internacional ao que consta nos tratados e jurisprudência, uma vez que seus efeitos ultrapassam sobremaneira as fronteiras de jurisdição de um Estado<sup>5</sup>. Antônio Augusto Cançado Trindade conclui: “é alentador constatar que o direito internacional e o direito interno caminham juntos e apontam na mesma direção”, no intento de proteger e garantir os direitos humanos em sua teoria e prática<sup>6</sup>. A jurisprudência recente deste Tribunal tem se descortinado neste sentido, cite-se, por todos, a título de exemplo, o RE 466343/SP que reconheceu a importância do direito internacional dos direitos humanos na conformação do direito constitucional pátrio, dando contornos aos próprios dispositivos constitucionais.

---

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: e o Direito Constitucional Internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.47.

<sup>6</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. Disponível na Internet via: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acessado em 15.jul.2014.

Emerge um novo paradigma em torno do princípio *pro persona*<sup>7</sup>, que fundamenta a primazia das normas mais favoráveis aos direitos humanos seja qual for sua natureza, nacional ou internacional<sup>8</sup>.

O direito interno e o direito internacional protetivo das pessoas humanas acabam por se impactar mutuamente e dessa catarse emerge uma nova ordem internacional e um novo direito público estatal<sup>9</sup>.

É nesse sentido que a valorização dos diálogos proporcionados pela interação dos constitucionalismos locais e global, voltados à proteção dos direitos humanos, pretende superar “as tentações de um particularismo provinciano<sup>10</sup>”, arraigado no preconceito institucional que fomenta as violações de direitos.

No entanto, para que sejam efetivos os diálogos constitucionais, faz-se necessário pensar na metodologia pela qual essas conversas se canalizarão. Isto justamente para garantir que de fato haja diálogo e não

---

<sup>7</sup> "Deste modo, a interpretação jurídica vê-se pautada pela força expansiva do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos, conferindo prevalência ao *human rights approach* (*human centered approach*)", aduz Flávia Piovesan. (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n.19, p. 72, jan./jun. 2012).

<sup>8</sup> AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco. **El principio prohominie: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado**. In: *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 5: Bogotá, junho de 2005, p. 337-380

<sup>9</sup> Consoante Sabino Cassese: "*El diálogo entre ordenamientos jurídicos diferentes, situados, por ejemplo, em niveles nacionales o supranacionales distintos, supone em otras palabras un encuentro entre tradiciones jurídicas diversas e identidades propias. De ahí siguen algunas cuestiones problemáticas. La primera sería la 'diversidad sostenible', esto es, ellímite de tolerancia y adaptación mutua. Otra se refiere a La constitución de un 'núcleo común' de principios, derivables de cada una de lãs tradiciones legales em liza. Una tercera cuestión consistiría em el reconocimiento de um mínimo común de principios superiores (como el jus cogens em El Derecho Internacional)*". (CASSESE, Sabino. **Los Tribunales ante La Construcción de un Sistema Jurídico Global**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2010. p. 18).

<sup>10</sup> ACKERMAN, Bruce. **The rise of world constitutionalism**, in *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, 1997, p. 771-797. Nesse sentido elucida Marcelo Neves: "Esses exemplos em torno do transconstitucionalismo entre ordens internacionais e ordens estatais apontam para a necessidade de superação do tratamento provinciano de problemas constitucionais pelos Estados, sem que isso nos leve à crença na ultima ratio do direito internacional público: não só aqueles, mas também este pode equivocar-se quando confrontado com questões constitucionais, inclusive com problemas de direitos humanos." (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência Latino-Americana*. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales. BOGDANDY, Arminvon. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica**. LumenJuris, Rio de Janeiro: 2011. P. 260.)

apenas a hegemonia de um modelo central sobre os periféricos. Nesse influxo é que se propõe uma hermenêutica cosmopolita.<sup>11</sup>

Diante desta perspectiva, tem-se uma relação de afinidade entre as mais diversas esferas de jurisdição, que se imbricam e permitem que se extraia a racionalidade estampada em suas decisões de direitos humanos. Este movimento de confluência pode transmitir a ideia de que os diálogos pretendem produzir, necessariamente, o consenso e a convergência entre os provimentos jurisdicionais, a partir do que lhes há em comum. Entretanto, este mesmo denominador comum, qual seja, a proteção dos direitos humanos, pode atribuir sentido inverso aos diálogos: o dissenso, a discórdia e a divergência.<sup>12</sup>

A partir da proteção da pessoa humana em níveis múltiplos, é igualmente possível – e desejável – valer-se dos diálogos para afastar decisões – quer de outros ordenamentos internos, quer das instâncias internacionais – que sejam menos protetivas e benéficas a tais direitos, valendo-se, assim, do princípio *pro persona*.

**Nesse ânimo de interlocução cumpre destacar importante precedente do sistema europeu sobre a matéria aqui versada** acerca da realidade francesa. Principia-se pela França, pois deste país repercute um importante precedente que até pouco tempo sustentava a

---

<sup>11</sup> *Id.* Tradução livre: "Assim, contrariamente à técnica de interpretação consensual que se baseou apenas sobre o 'consenso europeu' e que muito frequentemente em realidade serviu mais para conter a evolução do direito, a interpretação 'cosmopolita', 'aberta', 'cruzada' ou ainda 'comparada' é uma aceleradora da proteção que possui, como conseqüente inescapável, sua quota de ambivalência".

<sup>12</sup> "A partir da perspectiva da integração por meio da migração de idéias, o que importa é o livre câmbio de experiências, de idéias, de teorias. Esse livre câmbio não pretende vincular ninguém, caso contrário não seria livre. Ele - e a integração que dele pode resultar - ocorre no nível da argumentação e pode operar horizontalmente entre ordens jurídicas nacionais ou verticalmente entre uma ordem jurídica nacional e uma instância supranacional." (SILVA, Virgílio Afonso da. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia (Coord.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: LumenJuris: 2010, p. 521).

injustificada discriminação.<sup>13</sup> Todavia, recentemente, **após a aprovação da *Loi de modernisation de notre système de santé (Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016)*, afirmou-se o princípio da não-discriminação de homens homossexuais para a doação de sangue**<sup>14</sup>. Dessa forma, passou-se a autorizar a doação de sangue desde que o homem se abstenha de ter relações sexuais com outros parceiros por um período de doze meses anteriores à doação. Ante tal histórica abertura das políticas, o governo francês se manifestou alegando que, caso estudos comprovem a desnecessidade do prazo de doze meses, período mais curto de tempo poderá ser fixado. A decisão é importante na medida em que se adequa ao *mainstream* sobre o tema vez que a desnecessidade de prazo tão extenso quanto um ano já existe em países como a Itália e a Austrália.

Adicionalmente, de acordo com esta abertura de postura dialógica, cumpre destacar outras importantes e relevantes experiências do direito internacional dos direitos humanos que se somam ao debate aqui retratado.

---

<sup>13</sup> O caso *Geoffrey Léger vs. Ministre des Affaires Sociales, de La Santé et des Droits des femmes* (Ministro dos Assuntos Sociais, da Saúde e dos Direitos das Mulheres) et l'Établissement Français du Sang (Instituto Francês do Sangue) tem como objeto a recusa deste em aceitar a doação sanguínea do autor na cidade de Metz, em 29 de abril de 2009, sob a justificativa da prática de relação sexual com outro homem. Para o Tribunal de Justiça, essa limitação aos homossexuais respeitou o conteúdo essencial do princípio da não discriminação, pois trata apenas da questão, de alcance limitado, das suspensões da doação de sangue com o intuito de proteger a saúde dos receptores. Cumpre destacar que, no curso do procedimento perante o Tribunal de Justiça, o advogado-geral Paolo Mengozzi opinou de forma divergente, apresentando em 17 de julho de 2014 um parecer contendo ponderações a respeito do caso e apontando exageros e contradições na exclusão permanente devido a não conceituação do que seria um 'comportamento sexual' que exporia o indivíduo a um risco elevado, acarretando na impossibilidade de doação. Embora a Comissão tenha apontado em 17 de agosto de 2011 que a normativa trata de um comportamento – não de uma orientação sexual –, a associação com a homossexualidade e bissexualidade é inevitável, **sendo, por tal motivo, necessária uma reavaliação dos critérios demasiadamente abertos.**

<sup>14</sup> RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Loi de modernisation de notre système de santé*. Dossier de presse. 28 janvier 2016. Disponível em: <[http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/280116\\_dp\\_loi-de-sante.pdf](http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/280116_dp_loi-de-sante.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2016.

É importante que se analise, na mesma medida, a recente decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos que contemplou a necessidade de direitos fundamentais serem garantidos à toda a população, sem exceções. No caso em questão, *Tadeucci and McCall vs Italy*, a Corte observou a impossibilidade de casais homossexuais terem acesso ao reconhecimento legal do status de família e, por conseguinte, a impossibilidade de concessão de visto de residência ao Sr. McCall<sup>15</sup>. A negativa do reconhecimento do casamento e da possibilidade de visto de residência a um deles, conforme entendimento que se consolidou na Corte<sup>16</sup>, viola os artigos 08 e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, os quais prevêm a proibição de discriminação e o respeito à vida privada e em família dos cidadãos. No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, traz redação análoga à Convenção Europeia, em seus artigos 01 e 17<sup>17</sup>.

Desta forma, é importante apreender da decisão da Corte Europeia a impossibilidade de as políticas nacionais fazerem um recorte da proteção de direitos e das liberdades para apenas uma parcela da população. Reitera-se a necessária compreensão do presente caso também a partir da não discriminação por orientação sexual e da proteção da família, quando constituída por um casal homossexual, apto

---

<sup>15</sup> Douglas McCall, de nacionalidade neozelandeza que havia casado com o Sr. Tadeucci, italiano, na Holanda alguns anos antes.

<sup>16</sup> Conforme os artigos 43 e 44 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o julgamento não transitou em julgado. Há um período de 03 meses após a publicação desta decisão em 30.jun.2016 para apresentação de recurso.

<sup>17</sup> Na medida em que ratificados os tratados, as normas devem coexistir, e a proteção dos indivíduos prevalecer. Vale salientar que a ratificação ocorre após o aceite de um tratado e sua assinatura – significando, portanto, um compromisso e uma obrigatoriedade do país em se adequar inclusive no plano internacional ao que consta no tratado, uma vez que seus efeitos ultrapassam sobremaneira as fronteiras de jurisdição de um estado. In: PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: e o Direito Constitucional Internacional. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.47.

a doar sangue tanto quanto membros de famílias de outra conjuntura, seja ela qual for.

Do mesmo modo, em outro caso emblemático, *Toonen vs. Austrália*, o Comitê de Direitos Humanos da ONU exarou declarações finais ao Comunicado nº 488/1992, concernente ao conflito entre a legislação penal do estado australiano da Tasmânia e os artigos 2º, §1º, 17 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Sob argumento de preservar a saúde pública e a moralidade, alegadas para prevenir a propagação do vírus HIV/AIDS, a legislação penal da Tasmânia aviltava o direito à privacidade do Sr. Toonen e de toda comunidade LGBT da região. Em linhas gerais, o Comitê de Direitos Humanos decidiu no sentido de que:

As far as the public health argument of the Tasmanian authorities is concerned, the Committee notes that the criminalization of homosexual practices cannot be considered a reasonable means or proportionate measure to achieve the aim of preventing the spread of AIDS/HIV. The Australian Government observes that statutes criminalizing homosexual activity tend to impede public health programmes "by driving underground many of the people at the risk of infection". Criminalization of homosexual activity thus would appear to run counter to the implementation of effective education programmes in respect of the HIV/AIDS prevention. Secondly, the Committee notes that no link has been shown between the continued criminalization of homosexual activity and the effective control of the spread of the HIV/AIDS virus.<sup>18</sup>

Assim, no mesmo sentido da decisão tomada no caso *Tadeucci and McCall vs. Italy*, o Comitê de Direitos Humanos da ONU agiu com vistas

---

<sup>18</sup> Parágrafo 8.5, disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/vws488.htm>>. Acesso em setembro de 2016.



à proteção dos direitos de não discriminação, privacidade e igualdade material no caso *Toonen vs. Austrália*. Atenta-se mais uma vez à necessidade de não criminalização por orientação sexual.

A Corte Constitucional da África do Sul, por sua vez, perfilhando entendimentos que fomentam conversações com diferentes ordens jurídicas, no julgamento do caso “*J and B v Director General, Department of Home Affairs*”, em 2003, enfrentou a questão atinente ao *status* de filiação dos infantes concebidos via inseminação artificial registrados por pessoas do mesmo sexo. A normativa até então vigente proibia o registro das crianças por casais homossexuais, tratando-os como filhos ilegítimos.

Na oportunidade, a Corte entendeu que a norma atacada violava o artigo 9 (3) da Constituição sul-africana, que proíbe o Estado de discriminar, uma ou mais pessoas, com base em certos critérios, incluindo orientação sexual. Definiu-se a obrigação do Executivo e do Legislativo em lidar, de forma compreensiva e célere, com a existência de discriminação injusta sofrida pela população LGBT, sendo tarefa do Judiciário avaliar a sua natureza e o contexto em que aconteceram, afigurando-se admissível a fixação de garantias que sejam apropriadas para sanar a violação conforme o quadro fático.

Na mesma linha, em relação a discriminações advindas da orientação sexual, em maio de 2014 o país passou a admitir medidas genéricas de prevenção, estendendo-as a todos os cidadãos, independentemente da orientação sexual<sup>19</sup>, o que em muito contribuiu

---

<sup>19</sup> De acordo com o *South African National Blood Service (SANBS)*, não é considerada segura a doação de sangue caso o doador tenha tido mais de um parceiro sexual nos seis meses que antecederem a doação. Assim, permite-se que homens que possuam relações sexuais com um único parceiro possam efetuar a doação de sangue. Disponível em: <<http://www.sanbs.org.za/index.php/donors/new-donors/pre-donation-tips>>. Acesso em: 19 set. 2016.

para diminuir a discriminação dirigida aos homens homossexuais. Vale ressaltar que o país possui o maior contingente mundial de soropositivos, o que não impediu a introdução de uma política discriminatória que tratasse todos os cidadãos de igual maneira, independente da orientação sexual. Levou-se em consideração, portanto, comportamentos de risco e exposição ao vírus sem, no entanto, realizar um recorte por orientação sexual.

Na Espanha, por fim, o Código Penal, em seus artigos 511 e 512, proíbe a discriminação por parte de entidades públicas ou privadas com base na orientação sexual desde o ano de 1995. É nesse sentido o Decreto Real 1088/2005, cujos requisitos para doação de sangue não contemplam qualquer critério atinente à orientação sexual:

En España la donación de sangre es un gesto **solidario, voluntario y altruista**, para el que es indispensable ser mayor de edad, pesar más de 50 kilos y no padecer ni haber padecido enfermedades transmisibles por vía sanguínea. Por tanto, en ningún momento la condición sexual del donante es motivo de discriminación en España, como ocurre en Francia donde el derecho galo excluye permanentemente de la donación de sangre a los hombres que tienen relaciones homosexuales.<sup>20</sup>

Por fim, considerando a argumentação exposta no sentido da importância das decisões desta Corte se operarem de forma dialógica; a jurisprudência apresentada acerca da impossibilidade de discriminação por orientação sexual em qualquer instância; bem como as contemporâneas permissões para doação de sangue independentemente de relacionamento sexual com parceiros do mesmo

---

<sup>20</sup> Disponível em <[http://www.cuatro.com/noticias/sociedad/donar\\_sangreenfermedad\\_transmision\\_sanguinea\\_0\\_1979250505.html](http://www.cuatro.com/noticias/sociedad/donar_sangreenfermedad_transmision_sanguinea_0_1979250505.html)>. Acesso em 19 de setembro de 2016. O decreto real pode ser acessado em: <<http://sid.usal.es/docs/F3/LYN8179/3-8179.pdf>>.

sexo, requer-se o posicionamento desta Corte alinhado com os demais países vizinhos da América Latina. Tal como Argentina, Peru, México e Chile, tendo em vista também as pesquisas promovidas na Austrália<sup>21</sup>, e também as permissões da França e África do Sul, países que de forma expressiva são afetados pelo vírus HIV, sustenta-se a importância da revisão da atual portaria discriminatória em atual vigência no país.

A porosidade dos diálogos constitucionais indubitavelmente aponta para a insustentabilidade da medida discriminatória da ANVISA. Não bastassem estes argumentos, outros, a seguir, somam-se ao pedido de inconstitucionalidade.

### **3. DIMENSÃO POLÍTICA DA TÉCNICA**

A técnica, concebida enquanto forma de legitimação e sustentação de um dado discurso, evidenciada no presente caso pela argumentação desenvolvida na literatura médica, faz-se presente também em outras ordens jurídicas que não a brasileira, fundamentando normativas que muito se assemelham aos dispositivos questionados nesta ação.

No Canadá, a restrição à doação de sangue por homens que mantiveram relações sexuais com outros homens data dos anos 80. Posteriormente, a partir de 2013, a proibição atingia apenas aqueles que ingressaram em atividade sexual com outros homens em um período de cinco anos. Mais recentemente, o período de inabilitação caiu para um ano<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Caso *Toonen vs. Austrália* relatado acima.

<sup>22</sup> Informação oficial da agência canadense disponível em: <https://blood.ca/en/men-who-have-sex-men>. Acesso em 27 out. 2016

Outrossim, a Holanda emitiu política em relação à doação de sangue por homens que tiveram relação sexual com outros homens no período de um ano, havendo pronunciamento do Ministério da Saúde daquele país no sentido de que maiores estudos devem ser conduzidos para verificar a eficácia e a necessidade da medida<sup>23</sup>. Reconhecida a dimensão política da técnica em geral, é necessário verificar a dimensão política das agências reguladoras, especialmente da ANVISA.

A literatura a respeito do papel das agências reguladoras e de sua atuação assente que as políticas regulatórias implicam em escolhas políticas<sup>24</sup>. Contudo, em um Estado democrático de direito, tais escolhas não são feitas no vazio, seus limites e possibilidades estão estabelecidos pela Constituição Federal. A ANVISA, por meio da Resolução n.º 34/2014, promove um tratamento discriminatório injustificado, indo de encontro ao objetivo das políticas regulatórias, que é o de realizar os fins constitucionais. Assim, extrapola o campo de “discricionariedade” técnica que poderia eventualmente possuir nesta matéria. Todavia, devido ao caráter técnico e científico das Resoluções da ANVISA, pode-se questionar a legitimidade do Poder Judiciário em analisar uma suposta violação de seu conteúdo à Constituição. Para os professores norte-americanos Cass Sunstein e Adrian Vermuele, em regra, o Poder Judiciário deve ser deferente a outros órgãos, em especial àqueles responsáveis pela regulação técnica, *e. g.* as agências reguladoras<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Disponível em: <http://www.ibtimes.co.uk/netherlands-ends-lifetime-blood-ban-gay-bisexual-men-1526299>. Acesso em 27 out. 2016.

<sup>24</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 376-379.

<sup>25</sup> SUNSTEIN, Cass; VERMUELE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**. Vol. 101, n. 04, 2003.

Segundo os autores, estas instituições deveriam ter preferência em relação às decisões do Poder Judiciário, pois seriam órgãos dotados de maior conhecimento técnico – *expertise* – para enfrentar assuntos complexos e estariam a cargo de promover regulamentações mais flexíveis e reversíveis.

Além disso, preocupadas com os efeitos imediatos da regulação, as agências seriam capazes de rever essa atuação de forma mais rápida e ajustá-la a uma realidade cambiante. Entretanto, não é este o caso.

O Poder Judiciário deve se preocupar com a sua falta de *capacidade institucional* para atuar em alguns casos e da eventual carência de conhecimento técnico em determinadas matérias. Porém, se há violação à Constituição Federal, sobretudo, aos direitos fundamentais, é obrigação do Poder Judiciário atuar de forma consistente para protegê-los. Esta ideia decorre da melhor compreensão teórica e de uma boa compreensão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

A discussão a respeito das ideias de Sunstein e Vermuele, sobre a necessidade de deferência à agência reguladora por parte do Poder Judiciário, já foi realizada no direito brasileiro por André Rodrigues Cyrino.

Em sua obra, o professor da UERJ estabelece alguns *standards* a serem considerados pelo Judiciário quando estiver diante de uma ação que questione alguma política regulatória. Após analisar diversos parâmetros regulatórios que são incabíveis para a presente discussão, Cyrino afirma que:

é preciso ainda verificar se o caso posto a exame judicial interfere direta e imediatamente com direitos fundamentais ligados aos aspectos mais

existências da dignidade humana, bem como hipóteses em que estejam em jogo aspectos básicos da democracia<sup>26</sup>.

Nestes casos,

mesmo que se reconheça a existência de um marco político-regulatório sobre a questão, e mesmo quando tal política tenha sido fundada em estudos técnicos e análises empíricas feitas por instituições capacitadas, é de se sustentar a importância de um escrutínio rigoroso pelo juiz. Afinal, se trata de garantir a manutenção dos próprios elementos de justificação do Estado regulador<sup>27</sup>.

A Resolução nº 34/2014 da ANVISA viola diretamente direitos fundamentais, o que demanda uma atuação forte, isto é, um **escrutínio rigoroso do Poder Judiciário do ato normativo em questão**.

Além disso, esta postura ativa do Poder Judiciário é coerente com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito à saúde.

Na STA (Suspensão de Tutela Antecipada) n.º 175, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu parâmetros a serem seguidos para o ajuizamento de ações que pleiteiam o fornecimento de medicamentos pelo SUS. Dentre os parâmetros estabelecidos, destaca-se a possibilidade de o Poder Judiciário atuar para corrigir as omissões administrativas ou as falhas produzidas pelo sistema, em razão das insuficiências da regulação ou das eventuais falhas do sistema. Conforme ficou consignado no voto do Ministro Gilmar Mendes:

---

<sup>26</sup> CYRINO, André Rodrigues. **Direito Constitucional Regulatório**: Elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 306

<sup>27</sup> Idem.

Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, **há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos**. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS **são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial**<sup>28</sup>.

É possível aplicar o raciocínio feito a respeito do fornecimento de medicamentos para a análise da constitucionalidade da Resolução nº 34/2014 da ANVISA, pois há em comum questões que afetam os direitos fundamentais à igualdade e à saúde, mas também se está diante da atuação administrativa que afeta a esfera de direitos fundamentais dos cidadãos. Tais atos devem respeitar a Constituição Federal e, conforme se depreende das concepções teóricas e jurisprudenciais mais sofisticadas a respeito da matéria, podem e devem ser revistos periodicamente.<sup>29</sup>

Ademais, cabe ao Poder Judiciário atuar de forma consistente nestes casos. Conforme os ensinamentos de Cyrino, o escrutínio, isto é, a análise feita do Poder Judiciário, deve ser rigoroso, demandando justificativas consistentes para a política apresentada. Neste caso, o mero argumento da técnica não pode se sobrepor aos direitos fundamentais dos cidadãos, impondo, de forma injustificada e inconstitucional, uma discriminação que não pode prosperar. Assim, deve o Supremo Tribunal Federal atuar para corrigir tal equívoco.

---

<sup>28</sup> STA Nº 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 23.

<sup>29</sup> A respeito da possibilidade de controle das agências regulatórias no âmbito do direito constitucional e administrativo comparado conferir: Bignami, Francesca, Regulation and the Courts: Judicial Review in Comparative Perspective (2016). Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process, Francesca Bignami & David Zaring eds., Edward Elgar, 2016 ; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2016-50; GWU Legal Studies Research Paper No. 2016-50. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2845912> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2845912>

#### **4. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO**

Do que se extrai do art. 5º, *caput*, da Constituição da República<sup>30</sup>, a abrangência do direito à igualdade não se limita a equiparar os cidadãos em relação a uma dada norma, mas que esta seja editada sob a ótica dos preceitos da isonomia.

As diferenças existentes entre as pessoas numa sociedade impõem que a igualdade seja obtida por intermédio de reivindicações e conquistas, travadas por meio de ferramentas como o direito.<sup>31</sup> Nem o direito e nem a Constituição podem ser cegos às diferenças, todavia, seu reconhecimento deve ser promotor e não aniquilador da emancipação subjetiva.

Nesse contexto, o próprio poder constituinte encarregou-se de definir no texto constitucional fatores de desequiparação, por exemplo, entre homens e mulheres quanto a direitos e obrigações, ao estabelecer as diretrizes contidas nas seguintes passagens: art. 5º (condições às presidiárias a fim de que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação); art. 7º, incisos XVIII e XIX (licença maternidade e licença paternidade); art. 143, §§ 1º e 2º (serviço militar obrigatório).

Conclui-se dessas hipóteses que, diante do preceito constitucional da isonomia, não existe vedação a que as pessoas sejam discriminadas

---

<sup>30</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

<sup>31</sup> A igualdade “jurídica”, nesses termos, decorre da opção por uma teoria do direito e uma teoria da justiça, que se debruçam sobre a distribuição de bens na sociedade. Leciona Luiz Edson Fachin, “a dimensão mais enriquecida da igualdade está no seu valor ideológico, entendido como a carga confessadamente política que esse princípio possui” (**Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 291).



em razão do gênero, idade, nacionalidade, religião, orientação sexual ou de qualquer outro traço desigualador, entretanto, referida discriminação deve vir acompanhada de uma razão fundamentadora apta a evidenciar a pertinência lógica com o tratamento jurídico díspare.

A igualdade sempre é presumida, partindo-se da premissa de que quem ou o que é igual deve receber tratamento equalizante. O tratamento diferenciador impõe uma justificativa pertinente, surgindo em um momento ulterior.

A fim de estabelecer um critério seguro que autorize distinguir pessoas e situações em grupos apartados, Celso Antonio Bandeira de Mello, em sua obra clássica sobre o princípio da igualdade, estabelece três questões a serem analisadas, a fim de se verificar, em concreto, o eventual desrespeito ao aludido princípio, e, por consequência, a violação da isonomia. São elas: “a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados”.<sup>32 33</sup>

Consoante o entendimento do aludido autor, o nexos entre o traço desigualador e o tratamento diferenciado devem ser constitucionalmente pertinentes, isto é, faz-se necessário que o nexos

---

<sup>32</sup> Nesse sentido, elucida Robert Alexy: “Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 408).

<sup>33</sup> MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

lógico “retrate concretamente um bem – e não um desvalor – absorvido no sistema normativo constitucional”<sup>34</sup>.

Para a avaliação de uma situação concreta, deve-se perquirir se a norma jurídica objeto de exame subordina-se aos três aspectos. A análise não se concentra única e exclusivamente sobre o elemento assentado como fator de desequiparação, mas deve abranger, outrossim, uma conexão dele com a diferenciação promovida no tratamento jurídico dispensado.

Por conseguinte, consoante esse entendimento, o fator discriminante pode ser qualquer um, não residindo no traço diferenciador destacado a eventual violação ao preceito isonômico. Deve-se aquilatar se o critério selecionado como distintivo atende a uma justificativa racional, para destinação de tratamento jurídico específico para situação de desigualdade analisada, além de encontrar respaldo na Constituição.

No que concerne ao tema relacionado à orientação sexual, decisões do Supremo Tribunal Federal vêm, gradativamente, reequilibrando o tratamento dispensado às relações homoafetivas e às consequências a ela inerentes, de forma a assegurar tratamento equitativo a todos os cidadãos. Nesse sentido, o precedente paradigmático de proteção dos direitos fundamentais das minorias que em 2011 reconheceu as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, em igualdade de condições em relação às uniões heterossexuais,<sup>35</sup> mas não apenas isso, reconheceu que

---

<sup>34</sup> MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42.

<sup>35</sup> 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos

fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2.

existe um histórico de preconceito em relação ao tema, conforme narrado no voto do Ministro Celso de Mello<sup>36</sup>, e que a Constituição proíbe a discriminação das pessoas também em razão de sua orientação sexual, como capítulo do Constitucionalismo Fraternal, segundo o Ministro Ayres Britto.

O Ministro Celso de Mello deixou claro que:

**“se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer**

---

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigual ação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13- 10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

<sup>36</sup> “Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, desde os pródomos de nossa História, foi inicialmente tratada sob o signo da mais cruel das repressões (LUIZ MOTT, “Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome”), experimentando, desde então, em sua abordagem pelo Poder Público, tratamentos normativos que jamais se despojaram da eiva do preconceito e da discriminação, como resulta claro da punição (pena de prisão) imposta, ainda hoje, por legislação especial, que tipifica, como crime militar, a prática de relações homossexuais no âmbito das organizações castrenses (CPM, art. 235), o que tem levado alguns autores (MARIANA BARROS BARREIRAS, “Onde está a Igualdade? Pederastia no CPM”, “in” “Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 187, jun/2008; CARLOS FREDERICO DE O. PEREIRA,

“Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina?”, v.g.) a sustentar a inconstitucionalidade material de referida cláusula de tipificação penal, não obstante precedente desta Corte em sentido contrário (HC 79.285/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES).” ADPF 132. Voto Ministro Celso de Mello. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001

**quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.** Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político- jurídico instituído pela Constituição da República, **mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual.**

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que **o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional.**

Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento – que já se mostra impregnado de densa significação histórica –, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e não-discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática.<sup>37</sup>

Na presente ADI 5543, infere-se que a Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e a Resolução da Diretoria Colegiada RDC n. 43/2014 da ANVISA, definiram como inabilitados para a doação sanguínea os homens que tiverem se relacionado sexualmente com outros homens nos 12 (doze) meses anteriores à coleta do sangue.

---

<sup>37</sup> ADPF 132. Voto Ministro Celso de Mello. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001

Ao se perquirir o art. 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016<sup>38</sup>, bem como o art. 25, inciso XXX, d, da Resolução n. 34/2014<sup>39</sup>, conquanto possa se deprender com singela facilidade o critério discriminatório eleito pela autoridade administrativa – os homens que tenham tido relações sexuais com outros homens nos últimos 12 meses –, não se infere, por outro lado, qualquer justificativa racional para o tratamento jurídico dispensado com base na desigualdade apontada.

Com efeito, a razão fundamentadora da discriminação no referido caso repousa na orientação sexual – homossexualidade –, fator que não constitui risco em si. A relação entre homens não implica necessariamente a exposição a situação de risco. Reversamente, esta pode sim ocorrer no caso de atividade sexual sem proteção e com diversos parceiros, do que se conclui a ausência de sentido lógico, bem como o caráter discriminatório, na seleção de uma orientação sexual, ao invés de um comportamento temerário, medida esta que além de não se justificar sob o viés técnico-médico, restringe direitos de uma minoria, justamente aumentando contra esta minoria a discriminação histórica que a mesma sofre e fomentando ainda mais preconceito, em total afronta aos preceitos constitucionais.

A circunstância de um homem manter relações sexuais com outro homem, por si só, não pode configurar conduta que o torne inapto a

---

<sup>38</sup> Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:

[...] IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;

<sup>39</sup> Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:

[...] XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: [...]

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;

doar sangue, pelo período de 12 (doze) meses. Nessa hipótese, deixa-se de considerar situações em que inexiste qualquer comportamento de risco, como, por exemplo, quando ocorre uma relação sexual com uso de preservativo ou nos casos em que um homem possui um relacionamento monogâmico e estável.

Saliente-se que o vírus da imunodeficiência humana ou HIV, causador da AIDS, pode ser transmitido independentemente da orientação sexual das pessoas. Uma relação sexual realizada de forma desprotegida, tanto por homossexuais, como por heterossexuais, afigura-se suscetível de promover a transmissão do vírus causador da AIDS.

A lógica consiste em que o controle de risco se efetive de forma focada na conduta sexual de cada pessoa, dos comportamentos seguros ou não em que se efetivem as relações sexuais, de práticas descuidadas ou não. Portanto, a orientação sexual das pessoas, por si só, não pode ser eleita como critério de tratamento jurídico diferenciador.

Na seara da saúde, deve-se agir de forma estratégica na busca da segurança. O embaraço genérico para a doação de sangue por homossexuais não guarda qualquer liame de racionalidade lógica, porquanto, conforme exposto na petição inicial da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, o número de infecções registrada entre os anos de 1980-2015 é significativamente maior nos heterossexuais (50% dos casos notificados) do que nos homossexuais e bissexuais juntos (45,7% dos casos) <sup>40</sup>.

A partir dessas premissas, revela-se nítida a percepção de que o tratamento jurídico desequiparador edificado pela regra de direito e o

---

<sup>40</sup> Boletim Epidemiológico HIV-AIDS – Ministério da Saúde; Secretaria de Vigilância em Saúde; Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais – Brasília: 2015, p. 34.

fundamento diferencial que lhe serve de embasamento não guardam um vínculo de correlação lógica e adequação racional, porquanto os homossexuais masculinos são alçados a grupo de risco exclusivamente pela orientação sexual, sem consideração e respeito a seu comportamento sexual.

A fim de escancarar o descabimento do critério adotado, de forma analógica, poder-se-ia pensar em uma norma que vedasse às pessoas com orientação homossexual dirigir veículos. A discriminação, no caso, em relação à orientação sexual, novamente em nada acrescentaria quanto à segurança daqueles que trafegam em vias onde motoristas homossexuais conduzem veículos. O risco de um acidente ser causado por um homossexual é exatamente o mesmo de uma pessoa heterossexual. A orientação sexual aí em nada interfere no resultado de risco, tanto pessoas homossexuais, como heterossexuais, se agirem de forma descuidada ou irresponsável, podem provocar um grave acidente. No exemplo, firmado o fator de discriminação – orientação sexual –, observa-se a absoluta ausência de liame lógico entre o critério de distinção e o tratamento diferenciado pela hipotética norma.

Da mesma forma, no que tange às normas ora impugnadas na presente ação, não se nota uma congruência na discriminação promovida pela autoridade administrativa, na medida em que fundamentada em fator que não guarda pertinência racional com a desigualdade de tratamento jurídico outorgado.

Nessa perspectiva, atenta Celso Antonio Bandeira de Mello que “a lei não pode conceder tratamento específico vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento

diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada”<sup>41</sup>.

Portanto, a vedação de doação de sangue por homens que mantiveram relações sexuais com parceiros do mesmo sexo constitui, por si só, um critério distintivo injustificado de tratamento jurídico discriminatório, uma verdadeira discriminação gratuita. Em uma democracia em que se consagra a prática republicana da igualdade, aquilo que é igual para todas as pessoas não pode ser erigido como elemento diferenciador, sob pena de se afrontar o princípio da isonomia e, por conseguinte, afastar a igual consideração e respeito com que todos merecem ser tratados pelo Estado.<sup>42</sup>

Não bastasse isso, observa-se que o tratamento desigualador promovido pela autoridade administrativa ao editar as normas ora impugnadas acarreta consequência nefasta aos bancos de sangue de todo o país, na medida em que, com a aludida restrição discriminatória, elevada quantidade de sangue profícuo finda desperdiçada, deixando de salvar milhares de vidas, em frontal violação ao objetivo de promoção da saúde contemplado no art. 196 da Constituição da República.

Assim, sob o argumento de garantir segurança ao procedimento de coleta de sangue no país, promove-se de forma institucional e por uma mera questão ontológica verdadeira estigmatização dos homens homossexuais, mediante a seleção do critério da orientação sexual, ao invés de comportamento sexual, como elemento de *discrímen*, com o consequente prejuízo à política pública de coleta de sangue no país.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 39.

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 281.

<sup>43</sup> Sobre o tema, oportuna a reportagem da **Revista Super Interessante**, da Editora Abril, de 10.06.2016, que conclui que o Brasil desperdiça 18 milhões de litros de sangue ao ano por conta do preconceito



Relevante salientar que não se busca, com o ajuizamento da presente ação, mitigar a segurança dos procedimentos de doação de sangue, ao contrário, reconhece-se de elevada relevância o trabalho fundamental de controle, concretizado por intermédio de entrevistas e demais exames avançados, inclusive com a consideração da respectiva janela imunológica. Ao contrário, o que se pretende, é evitar ainda mais discriminação contra um grupo já marginalizado.

Neste sentido, vale relembrar decisão recente deste Colendo Tribunal, quando do julgamento da ADPF 291, cuja “ratio decidendi” do voto do Ministro Roberto Barroso esclarece a presunção de inconstitucionalidade das normas discriminadoras:

“No entanto, a diferenciação baseada na orientação sexual é, em princípio, inválida, por violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação às discriminações odiosas e da igualdade (CRFB/1988, arts. 1º, III; 3º, IV e 5º, caput). A propósito, ensinam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho, 2013, p. 459/460):

“No constitucionalismo norte-americano, a graduação da presunção de constitucionalidade e do ativismo judicial legítimo é uma característica central da jurisprudência constitucional. A jurisprudência consolidou parâmetros diferentes para o exercício do controle de constitucionalidade, que envolvem graus variáveis de deferência em relação às decisões legislativas ou administrativas. Existe o ‘teste da racionalidade’ (rationality test) caracterizado pela extrema autocontenção judicial, utilizado, por exemplo, para o controle da regulação de atividades econômicas; o ‘teste intermediário’ (intermediate test), mais rigoroso do que o primeiro, usado, por exemplo, para controle de possíveis discriminações de gênero; e o teste

do escrutínio estrito (*strict scrutiny*), extremamente rigoroso, em que ocorre praticamente uma inversão na presunção de constitucionalidade do ato normativo. Este último parâmetro, quase sempre ‘fatal’ para o ato normativo examinado, é empregado para controle de leis restritivas de algumas liberdades públicas, como as liberdades de expressão e de religião, e para análise de normas que instituem discriminações com base em critérios considerados ‘suspeitos’, como raça, religião ou origem nacional. A existência desses parâmetros diferenciados de presunção de constitucionalidade teve origem numa decisão proferida em 1938, no caso *United States v. Carolene Products*, em que se adotou posição de extrema deferência em relação a uma lei federal que disciplinara determinada atividade econômica, mas se destacou a necessidade de uma análise mais rigorosa das normas que restringissem certas liberdades fundamentais, de caráter não econômico, ou que atingissem os interesses de minorias tradicionalmente discriminadas.”

53. Por se referir a uma liberdade existencial e estar relacionado a uma minoria tradicionalmente discriminada, o uso da orientação sexual como fator de diferenciação, é, via de regra, vedado. Assim, tal critério deve ser considerado “suspeito” e somente poderá ser adotado se passar por um escrutínio estrito (*strict scrutiny*), isto é, por uma rigorosíssima avaliação de sua compatibilidade com a Constituição.

Além disso, o critério de discriminação baseado na suposta contaminação por HIV já foi rechaçado por esta Corte, e deve ser aplicado como precedente ao presente caso:

“Além disso, e ao contrário do que já se supôs, a contaminação pelo vírus HIV não é exclusiva dos homossexuais, nem uma “maldição” a eles restrita. Contudo, embora as estatísticas realmente apontem esta parcela da população como um grupo de risco, tal circunstância não autoriza a vedação de seu acesso às Forças Armadas, nem sua expulsão, apenas com base numa futura, eventual e remota possibilidade de contaminação por uma transfusão de sangue. As doações sanguíneas, como se sabe, somente são

levadas a termo depois de um processo de testagem do material coletado. O diagnóstico do HIV hoje é bastante acessível e o tratamento gratuito, de modo que é fácil para um militar saber que é portador da doença, com o que pode evitar se apresentar como doador. Mas, mesmo que se trate de uma doação de emergência numa situação de conflito, sem possibilidade de testagem prévia, não há total isenção de risco se o(a) doador(a) for heterossexual“

O que se objetiva, em verdade, é a defesa de uma ação estratégica e segura nos procedimentos de coleta de sangue, sem rastro de preconceito. Em outras palavras, pretende-se que qualquer ser humano, independente da escolha por determinada orientação sexual, possa tornar-se um candidato a doador de sangue. Busca-se, enfim, evidenciar que o exercício seguro da doação de sangue, por um lado, e o respeito ao direito fundamental da igualdade e ao direito à liberdade de orientação sexual do indivíduo, de outro, não são excludentes.

A solução para essa questão pode ser encontrada na própria Portaria 158/2016, do Ministério da Saúde, que estabelece no art. 64, inciso II, que será considerado inapto por 12 (doze) meses o candidato que – adite-se, independente de orientação sexual – tenha mantido relação sexual com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais. “ Nota-se que referida previsão, aliada aos demais exames de segurança, alcança de forma ampla as situações que colocam em risco a coleta profícua de sangue no país.

Não bastassem os argumentos acima apontados, acrescente-se que a igualdade veda o preconceito “de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, o que é definido como

---

<sup>44</sup> Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: II – que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;

objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, IV).<sup>45</sup> Disso resulta que se deve afastar qualquer tratamento discriminatório, sem causa, que colida com o objetivo constitucional de promover o bem de todos, entendido aí bem de todos “enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade.” (ADPF 132, Relator Min. AYRES BRITTO, Pleno, j. 05/05/2011).

Para além disso, a Resolução 34/2014 da Anvisa ao prever a proibição de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens “configura uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (disparate impact), originária da jurisprudência norte-americana. Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade”<sup>46</sup>, razão por que deve ser declarada inconstitucional.

---

<sup>45</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>46</sup> Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE “PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM”. NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no nomen iuris e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. 2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. 3. Pedido julgado parcialmente procedente. (ADPF 291, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016)

## 5. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE

Como se sabe, os objetivos fundamentais da República apontam a direção para onde deve rumar a sociedade brasileira. Nesse sentido, os incisos do art. 3º da Constituição da República desenham de forma clara o projeto emancipatório da Carta ao estabelecer a necessidade de combater qualquer forma de discriminação, promovendo o bem de todos.

Além disso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) demanda a compreensão do complexo equilíbrio entre o indivíduo e a coletividade<sup>47</sup>. De um lado, a Constituição reconhece o fato de que as pessoas são iguais em seus direitos para estabelecer os seus projetos de vida, proibindo que sejam impostas certas condutas que limitam algumas liberdades. Por outro lado, reconhece que esta liberdade não é exercida no vazio. Há algum tempo que as melhores teorizações constitucionais reconhecem que o desenvolvimento da pessoa enquanto indivíduo pressupõe o outro<sup>48</sup>. Em outras palavras, não existe o indivíduo só. A formação da identidade de cada um se constrói relacionando-se com a outra pessoa e vice-versa<sup>49</sup>.

O entendimento do caráter intersubjetivo da construção da personalidade humana é imprescindível para que não se adote uma concepção anacrônica sobre as pessoas e as suas relações em sociedade.

---

<sup>47</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 241 e ss.

<sup>48</sup> Conferir, por todos: SANDEL, Michel. **Public Philosophy**: Essays on Morality in Politics. Cambridge: Harvard, p. 156 e ss.

<sup>49</sup> ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003; RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Scientifica, 2007 e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **(O) Outro (e) (o) Direito**, Vol. I e Vol. II. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

Sob a égide da Constituição não há espaço para o individualismo exacerbado e egoísta do liberalismo clássico.

Não obstante, atento à possível tensão entre o indivíduo e a coletividade, o constituinte redigiu no mesmo inciso do art. 3º (inciso I) a necessidade de que a construção da sociedade brasileira justa fosse, simultaneamente, livre e solidária. Disto decorrem algumas consequências normativas importantes.

A primeira delas é o fato de que a Constituição reconhece a autonomia (isto é, a liberdade) como direito fundamental, mas também como um objetivo a ser realizado pela República. Vale dizer, nesta República os cidadãos são autônomos para escolher os rumos de suas vidas, nas mais diversas esferas (pessoal, profissional, amorosa). Por isso, resta ao Estado e à sociedade respeitar as escolhas individuais especialmente na esfera privada<sup>50</sup>.

A segunda consequência é que a atuação da sociedade e do Estado deve estimular atitudes solidárias, não as obstar. Por conseguinte, a solidariedade demanda um dever de abstenção e um dever de promoção da sociedade e do Estado em relação à construção de laços comunitários baseados no reconhecimento recíproco entre os cidadãos.

Destas considerações pode-se depreender que o Estado brasileiro não pode impedir vínculos de solidariedade constituídos autonomamente por cidadãos com o objetivo de ajudar o próximo. Afinal, o fortalecimento de uma sociedade e de sua República passa pela

---

<sup>50</sup> Por todos, referindo-se a Argentina, mas com lição igualmente aplicável ao Brasil: NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Trad.: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003; NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional**. 3ª. Reimp. Buenos Aires: Astrea, 2005. Sobre a aplicabilidade destas teorizações para o Brasil, conferir: GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

construção de vínculos de responsabilidade recíproca, com o objetivo de fomentar a dignidade humana.

No presente caso, a norma regulamentar da ANVISA impede a doação de sangue por um grupo de homens em razão da sua orientação sexual, mesmo que o ato tenha como fundamento o desejo de ser solidário e ajudar o próximo. É inadmissível que texto infraconstitucional promova tal vedação ao livre exercício de um dos objetivos fundamentais da República.

Retomando as recentes e louváveis decisões em sede de outras Cortes, é pertinente citar a mudança paradigmática na França, já mencionada na presente manifestação, que teve a decisão de permitir a doação de sangue por homens que mantêm relações sexuais com parceiros do mesmo sexo baseada também no fato de que a doação de sangue é ‘um ato de generosidade que não pode ser condicionado pela orientação sexual<sup>51</sup>’. A generosidade a que a Ministra da Saúde da República da França Marisol Touraine se referiu é compatível com o objetivo nacional de promover uma sociedade solidária, em que os cidadãos possam exercer a alteridade e a fraternidade. No mesmo sentido, aliás, foi editado o Decreto Real 1088/2005, mencionado acima, o qual ressalta o caráter voluntário, solidário e altruísta do gesto de doar sangue, o que o torna incompatível com discriminações injustificadas.

Ainda, a construção de uma sociedade em que se possa exercer a solidariedade ganha contornos especialmente importantes na medida em que se trata de um nicho populacional que vive em situação de vulnerabilidade, que diuturnamente está exposto à violência, ao

---

<sup>51</sup> FRANCE ENDS Law Banning Blood Donation from Gay Men. **Reuters**. Quarta-feira, 04.nov.2015. Disponível na Internet via: <http://www.reuters.com/article/us-france-blood-homosexuals-idUSKCN0ST1Z520151105>. Acessado em 22.out.2016.

preconceito e a violações de sua integridade e dignidade. Vale lembrar que, recentemente, nos Estados Unidos da América, mais de 100 pessoas foram feridas e mortas em um ataque realizado em uma boate destinada ao público homossexual – um massacre motivado pelo ódio e preconceito contra aqueles que afrontam a heteronormatividade social.

Nacionalmente, a violência direcionada a estas pessoas também é expressiva: entre 01 de janeiro e 01 de julho de 2016 foram registrados 173 assassinatos de pessoas LGBTTI, classificados como crimes de ódio. Ainda, na primeira quinzena de julho deste ano foram noticiadas outras 15 mortes pela mesma motivação, o equivalente a uma morte a cada 28 horas<sup>52</sup>.

Claramente a discriminação nacional contra indivíduos homossexuais ou que se relacionem sexualmente com pessoas do mesmo sexo, impedindo-os de doar sangue, não é positiva para a diminuição da violência e promoção dos objetivos constitucionais acima destacados. Ainda, vale lembrar que a impossibilidade de doar sangue não permite que a solidariedade seja exercida pelos homossexuais em relação a seus pares, vítimas de violência: não puderam no incidente de Orlando, não puderam em nenhum dos casos existentes no Brasil.

O reconhecimento de homossexuais como nicho populacional vulnerabilizado, como minoria merecedora de especial atenção, não surgiu naturalmente. O primeiro caso em que se identifica referida identificação é da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Recurso de Apelação de Franklin E. Kameny vs. Wilmer M. Brucker em

---

<sup>52</sup> Dados provenientes dos relatórios do Grupo Gay da Bahia: quem a homotransfobia matou hoje?. Disponível na internet via: <https://www.brasilefato.com.br/2016/07/19/em-200-dias-173-pessoas-lgbt-foram-assassinadas-no-brasil>. Acessado em: 22.out.2016.



1962. Logo após a decisão judicial houve uma publicação nacional onde assim constou:

Nós sentimos que, para os 15.000.000 americanos homossexuais, nós estamos na mesma posição que a Associação Nacional para o Progresso da População de Pessoas de Cor para os negros, exceto pela mínima diferença que os Negros estão lutando contra preconceito oficial e discriminação em níveis estaduais e locais, enquanto nós estamos lutando contra preconceito, políticas e práticas discriminatórias oficialmente institucionalizadas, tão infundadas, tão irrazoáveis, tão irrealis e tão perigosas para a sociedade e para a nação, em um nível federalizado. Ambos estão lutando contra preconceito pessoal em todos os graus. Por estas razões, e porque estamos tentando melhorar a situação de um expressivo grupo de cidadãos atualmente relegados a uma cidadania de segunda classe em diversos aspectos, nós deveríamos ter, no mínimo, a assistência do Governo Federal, não sua oposição<sup>53</sup>.

Ora, a necessidade de união como grupo, como comunidade que se sente violada em sua dignidade por motivos que perpassam identidades, é meio de identificação e reconhecimento entre pares, exercício de alteridade, alteridade e forma de proteção. A construção de uma identidade comunitária, portanto, se dá para o combate de preconceitos e da estigmatização que violenta o livre existir de uma população – como, por exemplo, a proibição de doar sangue.

---

<sup>53</sup> KAMENY, Franklin E. *Letter from Dr. Franklin E. Kameny, President, The Mattachine Society of Washington, D.C., to Robert F. Kennedy, Attorney General*. 28.jun.1962 HQ 100-430320 (Mattachine Society) § 6, Número de Série 88. In: ESKRIDGE, William N. Jr. *January 27, 1961: The Birth of Gaylegal Equality Arguments*. Faculty Scholarship Series. Paper 3762. 2001, p.43. Tradução livre de: We feel that, for the 15,000,000 American homosexuals, we are in much the same position as the NAACP is in for the Negro, except for the minor difference that the Negro is fighting official prejudice and discrimination at the state and local level, whereas we are fighting official prejudice and discriminatory policy and practice, as ill-founded, as unreasonable, as unrealistic, and as harmful to society and to the nation, at the Federal level [as well]. Both are fighting personal prejudice at all levels. For these reasons, and because we are trying to improve the position of a large group of citizens presently relegated to second-class citizenship in many respects, we should have, if anything, the assistance of the Federal government, and not its opposition

Desta forma, considerar a historicidade da população homossexual como categoria vulnerável e a importância de revisão da proibição que ora se postula é novamente sublinhada, considerando os princípios constitucionais de proteção dos direitos fundamentais e os objetivos da República conforme acima disposto.

Assim, conclui-se que a proibição de doação de sangue ora atacada é prejudicial àqueles que lutam pela vida em hospitais e aguardam sangue daqueles que se solidarizam e o doam; é discriminatória em relação àqueles que querem ajudar suas famílias e entes queridos que carecem de sangue para viver; imprime ainda mais violência àqueles que foram vítimas de crimes de ódio e ficam impedidos de exercer sua solidariedade e compaixão em relação a seus semelhantes, em um país como o Brasil, que tantos casos possui para exemplificar. Impedir o reconhecimento comunitário de parcela da população (que assim se identifica com o intuito se fortalecer contra as mazelas que lhes são impingidas) reforça ainda mais o débito com os direitos humanos e fundamentais com que a sociedade brasileira hoje convive.

*"Muito sangue tem sido derramado em nosso País em nome de preconceitos que não se sustentam"*, conforme colocado pelo Min. Edson Fachin em despacho destes autos e, destarte, imperiosa é a revisão da proibição discriminatória de doação de sangue por homens gays que tenham se relacionado sexualmente nos últimos 12 meses, ou seja, qualquer homem homossexual com vida sexual ativa.

## **CONCLUSÃO**

Diante do exposto, em razão da violação ao direito fundamental à igualdade e da não discriminação e ao comando constitucional da

solidariedade, as entidades peticionárias prestam colaboração com o Juízo trazendo os elementos informativos descritos, pedindo que sejam considerados no julgamento da ADI e manifestando-se em concordância ao pedido formulado na presente Ação, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade – ou, ao menos, que seja dada interpretação conforme – do art. 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde, bem como do art. 25, inciso XXX, *d*, da Resolução n. 34/2014 da ANVISA.

- Protesta, ainda, pela sustentação oral, por representante que será oportunamente indicado, quando do julgamento do feito.

Termos em que pede e espera deferimento. Curitiba, 20 de fevereiro de 2017.

# 3

## AC NA AÇÃO DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL PROPOSTA PELA ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL - ADF 709

### FICHA

<b>Ano de realização</b>	2020
<b>Caso</b>	Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - ADF 709.
<b>Tema</b>	Manifestação do <i>Amicus Curiae</i> no sentido de contribuir com argumentos nas seguintes dimensões do direito à saúde indígena: Direito à autoidentificação, Direito à consulta e Direito ao território e à cultura.
<b>Partes</b>	<p><b>1 Requerentes na ADF:</b> Articulação dos Povos Indígena do Brasil (APIB), em conjunto com seis partidos políticos (PSB, REDE, PSOL, PT, PDT e PC do B).</p> <p><b>2 Intimados na ADF:</b> União e FUNAI</p>
<b>Autores da peça</b>	<p><b>1 Autores:</b> Centro de Estudos da Constituição (CCONS-UFPR) e Núcleo de Estudos em Direitos Humanos (NESIDH-UPFR)</p> <p><b>2 Autoras e autores professores e/ou integrantes do CCONS:</b> Ângela Cassia Costaldello, Daniele Regina Pontes, Heloisa Fernandes Camara, José Arthur Castillo de Macedo, Katya Kozicki, Leandro Franklin Gorsdorf, Melina Girardi Fachin, Miguel Gualano de Godoy, Vera Karam de Chueiri e Yolanda Cruz da Rocha.</p> <p><b>3 Autoras e autores acadêmicos de direito da UFPR:</b> Ana Letícia Szkudlarek, Ana Paula Cardoso Almeida, Bernardo Passerino Szvarça, Catarina Mendes Valente Ramos, Edilson de Oliveira, Eduardo Breckenfeld, Gabriel Eduardo de Andrade, Julia Favaretto Deschamps, Júlia Massignan Coppla, Letícia de Andrade Porto e Marília Correia Machado.</p>

## **CONTEXTO**

Avanço da pandemia de COVID-19 nos territórios indígenas brasileiros e omissão do governo a respeito disso. Tal realidade fez com que a APIB se mobilizasse, propondo a adoção de medidas sanitárias com o fim de obstruir o referido avanço por meio da ADPF nº 709, em conjunto com seis partidos políticos.

## **RESUMO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS**

Na peça, de início, evidenciou-se o grande descompasso entre o Estatuto do Índio e a Constituição de 1988, bem como entre aquele e as legislações internacionais - a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que a Lei nº 6.001/1973, ao prever a gradual integração dos indígenas à “comunhão nacional”, retira-lhes o direito de permanecer sendo indígenas, prejudicando a manutenção de suas identidades culturais.

A partir disso, a construção argumentativa se deu analisando cada normativa em que há divergências em relação ao Estatuto do Índio. Dessa maneira, apontou-se a ausência de interpretação conforme a Constituição de 1988 do referido Estatuto, o qual faz alusão a uma visão etnocêntrica e assimilacionista, diferentemente da Carta Magna brasileira, que prega o multiculturalismo e a autodeterminação dos povos indígenas. Ressaltou-se a importância não somente desse tipo de interpretação alusiva à Constituição, mas também a necessária extirpação de quaisquer atos e categorizações etnocêntricas e assimilacionistas por parte do poder público.

No que tange à Convenção 169 da OIT, destacou-se, além do fato de ser este o primeiro tratado internacional a deixar de utilizar o paradigma assimilacionista, estabelecendo proteção aos indígenas, o reconhecimento, por parte do mencionado documento, da autoidentificação dos povos indígenas, questão que não poderia ser negada pelos Estados-parte. Além disso, explicitou-se que a Convenção 169 estabeleceu diretrizes sanitárias próprias aos indígenas, que levaram em conta as particularidades desses povos. Ainda, afirmou-se que a não ampliação do direito a ser atendido pelo Subsistema de Saúde Indígena a povos indígenas não aldeados feriria dispositivos de normativas internacionais, como a referida Convenção da OIT.

A respeito da Declaração das Nações Unidas Sobre os Povos Indígenas, enfatizou-se a titularidade dos povos indígenas dos direitos coletivos, bem como a contemplação, no documento, dos direitos desses povos de autonomia e autogoverno. Ademais, reforçou-se a ideia, também inserida na Declaração, do direito de autodeterminação, o qual possui como critério-chave a autoidentificação que, se reconhecida, tem o potencial de concretizar o direito à livre determinação. A ênfase na importância da autoidentificação também se deu com relação à abordagem ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, afirmando-se que a Corte defende a autoidentificação coletiva de cada comunidade indígena como parte de sua autonomia.

Após, deu-se enfoque na política de saúde indígena, abordando-se a questão da invisibilidade dos indígenas não aldeados urbanos. Recuperou-se a questão do Subsistema de Saúde Indígena, afirmando que este, de responsabilidade da Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI, foi criado visando-se uma assistência integral de saúde. Além disso, ressaltou-se que a legislação não estabeleceu uma diferenciação

entre indígenas aldeados e não aldeados, demonstrando-se, em seguida, a defesa deste argumento em conferências nacionais de saúde, em precedentes, como o Recurso Especial nº 1.064.009-SC, em ações extrajudiciais e em sentenças.

Na sequência, discorreu-se a respeito do contexto da pandemia de COVID-19, reiterando-se a importância e urgência de os indígenas não aldeados urbanos serem atendidos pela SESAI. Evidenciou-se a ausência de dados a respeito de raça/etnia sobre indígenas não aldeados urbanos acometidos por COVID e hospitalizados e o número de óbitos, pela referida doença, desse mesmo grupo, de modo que defendeu-se a divulgação de informações confiáveis a respeito da etnia dos pacientes, bem como o correto preenchimento dos registros. Frisou, também, a vulnerabilidade dos povos indígenas no contexto pandêmico, principalmente os povos indígenas não aldeados urbanos, já que a maioria reside em municípios com alto risco de contágio da COVID-19.

Outrossim, argumentou-se que o fato de os indígenas não aldeados residirem na região urbana não seria justificativa para a ausência de política pública de saúde de caráter diferenciado, bem como que se considera racismo institucional negar atendimento diferenciado aos indígenas em contexto urbano. Assim, sugere-se a criação de um amplo Plano de Enfrentamento ao COVID para os Povos Indígenas, que abarque os povos não aldeados urbanos, a fim de que sejam atendidos pela SESAI.

No que concerne à participação dos povos indígenas na tomada de decisões e criação de políticas públicas a respeito de assuntos que lhe digam respeito, destacou-se marcos normativos internacionais que defendem o consentimento prévio e livre dos povos indígenas a respeito de produções legislativas que possam impactar seus modos de vida. Invocou-se, portanto, (i) a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos

Indígenas e a Convenção 169 da OIT, explicitando também dados problemáticos a respeito da consulta a esses povos, principalmente aos indígenas isolados e de recente contato, bem como as críticas ao veto presidencial sobre a Lei nº 14.021/21, que criava o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas; (ii) a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, os preceitos orientadores da OEA e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Ao abordar o direito brasileiro, defendeu-se o dever do Supremo Tribunal Federal de se expressar a respeito da ocorrência de violações à Convenção 169 da OIT, realizando o controle de convencionalidade sobre o art. 231 da Constituição Federal. Ainda, sustentou-se a necessidade de criação de protocolos sanitários em conjunto com os povos indígenas com o fim de compatibilizar o combate à pandemia com os direitos e tradições culturais de cada comunidade. Ainda, ressalta-se a questão das vulnerabilidades dos indígenas, afirmando-se que a invasão ilegal às terras indígenas acentuaram a contaminação destes por COVID-19, fato que se aliou às investidas governamentais contra os indígenas ou mesmo à omissão do Governo Federal à realidade desses povos.

## **CONCLUSÕES**

Explicitou-se (i) a vulnerabilidade sócio-epidemiológica, em relação à qual os indígenas são os povos mais impactados pelo COVID-19; (ii) a vulnerabilidade demográfica, decorrente do número reduzido das comunidades indígenas em relação à comunidade nacional no geral; (iii) a vulnerabilidade política, por conta da marginalização desses povos



nos espaços políticos e da falta de representatividade nas instituições democráticas do país; e (iv) a vulnerabilidade territorial, referente, principalmente, às invasões às terras indígenas.

### **RECOMENDAÇÕES**

Concluiu-se, dentre outras práticas sugeridas, pelo retorno do funcionamento da Sala de Situação e pela urgência da desintrusão nesses territórios, já que a morosidade pode causar a morte dos indígenas, que correm risco de sofrerem genocídio, bem como a indevida exploração e degradação dos territórios indígenas.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 709, MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO**

O **CENTRO DE ESTUDOS DA CONSTITUIÇÃO (CCONS - UFPR)**, núcleo de pesquisa vinculado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, devidamente qualificado quando de seu pedido de ingresso como *Amicus Curiae* (eDOC 317), vem, respeitosamente, perante V. Exa., pelo procurador que subscreve a presente, com a colaboração de professoras, professores, pesquisadoras e pesquisadores do CCONS-UFPR, apresentar suas **contribuições e razões como *Amicus Curiae***.

**APRESENTAÇÃO**

Na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, doravante nominada APIB, apresenta-se um rol de pedidos associados a garantia do Direito à Saúde dos povos indígenas. Pressuposto para a garantia deste direito a saúde, temos outros direitos que visam fundamentar a plena efetividade das ações por parte do Governo Federal neste período de pandemia.

Dentre eles temos: Direito à autoidentificação; Direito à Consulta e Direito ao território e à cultura. Por meio dessas três dimensões se assenta o direito à saúde indígena. O presente *amicus curiae* trará contribuições jurídicas nestas três dimensões do Direito à Saúde Indígena.

A garantia de um direito não deveria trazer o prequestionamento de quem seria o titular de um direito assegurado por uma política pública, porém neste contexto de pandemia, evidenciou-se a

desigualdade no acesso e a atendimento aos povos indígenas no direito à saúde.

Quem seria o sujeito de direito indígena do direito à saúde? Para responder esta pergunta, deve-se considerar que os povos indígenas podem estar em situações distintas:

a) povos indígenas aldeados (isolados ou não); b) povos indígenas aldeados em processo de regularização fundiária do território; c) povos indígenas não aldeados ou urbanos.

Apesar das diferentes situações em que se encontram, nenhum deles deixou de ser considerado indígena, visto que o próprio reconhecimento de um sujeito de direito indígena parte da ideia de autoidentificação. Porém, perante o Estado Brasileiro, estas situações têm ensejado obstáculos às ações de prevenção à pandemia de COVID-19.

E por que este questionamento é importante no tocante à garantia universal do Direito à Saúde?

Segundo dados do IBGE do último censo, no Brasil, se declaram indígenas mais de 890 mil pessoas, dentre esses 324 mil vivem em áreas urbanas e 572 mil vivem em áreas rurais. Os números ainda referenciam que nesta época, da população indígena, 517.383 vivem em terras indígenas e 379.534 fora de terras demarcadas e, dentre essa população, 298.871 se encontram em áreas urbanas. Isto é, de acordo com a política atual de Saúde Indígena, temos quase 1/3 da população indígena sem uma política de saúde diferenciada em razão da sua etnicidade, o que compromete o atendimento integral à saúde.

A Constituição Federal e os tratados internacionais dos quais nosso país é signatário conferem ampla proteção e garantias aos povos indígenas, dentre elas o direito inescusável de se autorreconhecer, a partir da perspectiva cultural pluralista adotada pela Constituição de

1988 e, por conseguinte, direito de ser integralmente assistidos pelo Subsistema de Saúde Indígena (SESAI), sem quaisquer impedimentos decorrentes da situação fundiária de suas terras ou do contexto de onde vivem.

Como ensinou a Professora e antropóloga Manuela Carneiro da Cunha em obra direcionada aos membros da Assembleia Nacional Constituinte, ainda em 1987, “(...) *as culturas mudam, tanto a nossa como a dos índios. O que afirmamos é que não deixam de ser comunidades indígenas por mudarem culturalmente. Só deixam de sê-lo quando perdem a consciência de seu vínculo histórico (...)*”<sup>1</sup>, pois cada grupo, e cada indivíduo, preserva seus projetos próprios de futuro e desenvolvimento, nos termos do art. 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

## **I. SUJEITO DE DIREITO INDÍGENA E O DIREITO A TER DIREITOS**

O que se pretende demonstrar aqui é que a não extensão do direito de ser atendido pelo Subsistema de Saúde Indígena aos indígenas não aldeados viola o direito de autodeterminação destes indivíduos, na medida em que tal restrição encontra-se permeada pela lógica assimilacionista e integracionista ainda presente na atuação do Estado brasileiro, mesmo que de forma inconstitucional e inconveniente.

### **I.1 POLÍTICA INTEGRACIONISTA E O PROCESSO DE IDENTIFICAÇÃO**

O Estado brasileiro foi forjado violentamente, tendo por base a **ideologia nacional da unidade cultural, a partir da qual foi imposta política assimilacionista e integracionista**, cujo objetivo era “integrar”

---

<sup>1</sup> CUNHA, M. C. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 15.

os indígenas à comunhão nacional progressiva e harmoniosamente, apagando as diferenças culturais e gerando um povo miscigenado, linguisticamente unificado e tutelado por um mesmo Direito, ou seja, uma nação homogênea e uniforme, além da manutenção de uma integridade territorial com unidade política, jurídica e cultural.<sup>2</sup>

É neste sentido que se apresenta o atual Estatuto do Índio (Lei Nº 6.001/1973), ainda atravessado pela visão integracionista. Surgido no contexto da Constituição de 1967, em plena ditadura militar, o referido Estatuto deixa claro seus objetivos logo em seu dispositivo inicial:

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Assim, o Estatuto do Índio concebeu a condição do indígena como transitória, tendo em vista que o contato com a cultura “civilizada” supostamente o transformaria em cidadão civilizado possuidor dos mesmos direitos e deveres que os demais cidadãos brasileiros, extinguindo a necessidade de dedicar-lhe uma legislação específica.<sup>3</sup> Isso se evidencia ainda mais a partir das classificações previstas em seu art. 4º, segundo o qual os indígenas são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vago informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

---

<sup>2</sup> BERRO, Maria Priscila Soares; RODRIGUES, Priscilla Cardoso. A autodeterminação como mecanismo de realização dos direitos culturais: uma análise da responsabilidade penal do indígena à luz do direito brasileiro. In LEISTER, Margareth Anne; MORAIS, Fausto Santos de; SILVA, Juvêncio Borges (coord). **Direitos fundamentais e democracia I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 59.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 42.

- II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;
- III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Tais disposições possibilitaram determinar as consequências jurídicas diretas decorrentes do processo evolutivo civilizatório dos indígenas no Brasil, com a respectiva abrangência dos direitos protetivos previstos na Lei Nº 6.001/1973. Além disso, apesar da tentativa de convencimento ideológico de que a integração progressiva e harmoniosa à comunhão nacional tinha por objetivo retirá-lo das “trevas” impostas por sua condição de “selvagem”, o estabelecido nessa legislação na verdade acaba por retirar o direito de continuar sendo indígena, podendo-se dizer que o contato com a cultura considerada como civilizada seria como uma pena de morte para sua identidade cultural.<sup>4</sup> A partir do exposto, há que se falar no **evidente descompasso entre o Estatuto do Índio e a Constituição promulgada em 1988, bem como um desacordo entre aquele e as normativas internacionais**, tais quais a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme se explicitará adiante.

---

<sup>4</sup> Ibidem, p. 43.

## 1.2 ESTADO PLURAL E MULTICULTURAL E A AUTOIDENTIFICAÇÃO

No Brasil há cerca de 240 povos indígenas, os quais falam mais de 150 línguas diferentes e mantêm formas próprias de organização social, produtiva, laboral, familiar, jurídica e penal. Num movimento de reconhecimento da existência dessa pluralidade, atrelado ao processo de redemocratização brasileira do qual fizeram parte variados movimentos culturais que batalharam pelo reconhecimento de seu direito de autodeterminação, **a Constituição Federal de 1988 erigiu um Estado Democrático de Direito de faceta pluralista e multicultural, sedimentado na diversidade cultural de seus povos residentes.**<sup>5</sup>

Assim, no novo modelo de Estado, de direitos, de sociedade e de política indigenista, imposto pela atual Carta Magna, não cabem mais conceitos etnocêntricos, mas sim, o reconhecimento da democracia, do pluralismo jurídico, do multiculturalismo e da autodeterminação dos povos indígenas.<sup>6</sup>

A estes povos é assegurado o direito de manter sua cultura protegida, sem interferências por parte do Estado, conforme enfatiza a Constituição em seu art. 231, a partir do qual estabelece uma nova política de autodeterminação<sup>7</sup>:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>6</sup> BERRO, Maria Priscila Soares; RODRIGUES, Priscilla Cardoso. A autodeterminação como mecanismo de realização dos direitos culturais: uma análise da responsabilidade penal do indígena à luz do direito brasileiro. In LEISTER, Margareth Anne; MORAIS, Fausto Santos de; SILVA, Juvêncio Borges (coord). **Direitos fundamentais e democracia I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 37.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 43.

tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

A autodeterminação dos povos indígenas tem por significado “o reconhecimento e o respeito à existência de formas diversas de ser, viver e ver o mundo”.<sup>8</sup>

Ocorre que quaisquer transições, especialmente aquelas paradigmáticas, não estão isentas de turbulências. Não haveria de ser diferente, portanto, com a transição de uma política indigenista assimilacionista para uma política de autodeterminação, inserida num contexto de mudança para um Estado multicultural e de um governo autoritário para um governo democrático. Neste sentido, **esta paradigmática transição política e jurídica não se traduziu em mudanças imediatas na prática cotidiana da Administração Pública, incluindo o judiciário brasileiro**, no que tange à atuação em casos concretos envolvendo indígenas.<sup>9</sup>

**Mantêm-se até os dias atuais os diversos conceitos jurídicos etnocêntricos surgidos com base na política assimilacionista**, dentre os quais estão a aculturação, a integração e outros. O que se observa na prática é que a Administração Pública e o Poder Judiciário continuam a negar direitos aos povos indígenas, na medida que em que ainda se debatem em conceitos etnocêntricos.<sup>10</sup> Isso se dá graças à ausência de interpretação conforme a constituição do Estatuto do Índio.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 37-38.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 42.



Mesmo em espaços estatais, permanece o senso comum de que o indígena é um indivíduo sem contato com a sociedade nacional, possuidor de vestimentas distintas, ferramentas primitivas e, especialmente, de ascendência pré-colombiana,<sup>12</sup> conforme positivado no Estatuto do Índio:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

Uma das searas do direito em que tal questão se evidencia é a justiça criminal, tendo em vista que não é utilizada uma metodologia definida de identificação da origem étnica dos presos no cotidiano das instituições judiciárias.<sup>13</sup> Isso revela claramente a existência de **descaracterização étnica nos processos legais**, a qual acarreta invisibilidade jurídica na qualidade de sujeitos de direitos, bem como o não reconhecimento do status legal diferenciado dos indígenas, retirando seu necessário e legal tratamento especial.<sup>14</sup>

Diante do **dever constitucional de proteger a diversidade cultural de seu povo**, faz-se mister, portanto, que os agentes públicos, sejam eles membros do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, tenham incluído em suas condutas o dever de compreender o direito dos

---

<sup>12</sup> FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de Oliveira. Panorama do tratamento penal dos povos indígenas no Brasil. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.) **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 253.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>14</sup> DORNELLES, Ederson nadir Pires; VERONESE, Osmar. A (in)visibilidade e a criminalização dos indígenas no Brasil: um olhar além do preconceito. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, maio/ago. 2017, p. 641.

diferentes grupos étnicos que compõem o Estado brasileiro de forma multicultural.<sup>15</sup>

É importante que o Estado, especialmente por meio do Poder Judiciário, conte com corpo técnico especializado, teórica e humanitariamente preparado para a alteridade, cabendo aos juristas brasileiros construir uma nova realidade jurídica para que surja um direito dos povos indígenas efetivamente coerente com o espírito democrático, pluralista e multicultural da Constituição de 1988 e de outras normativas internacionais que serão posteriormente aqui referidas.<sup>16</sup> Isso se dá pois:

“[...] um Estado multicultural não é aquele que simplesmente reconhece a existência de diferentes culturas em seu território, mas sim aquele que faz dessa diversidade o fundamento para a construção de seus alicerces jurídicos, políticos e administrativos, a fim de refundar uma nova sociedade sobre as bases da democracia e dos direitos humanos.”<sup>17</sup>

Sendo assim, há que se falar não somente em interpretação conforme e sistemática do Estatuto do Índio (e até mesmo em sua parcial recepção), como também da **superação de quaisquer práticas e categorizações etnocêntricas e assimilacionistas na atuação estatal**, sejam elas as que caracterizam os indígenas como aculturados e integrados, ou então, com especial pertinência ao presente caso, as que visam não estender a concessão de direitos a indígenas não aldeados,

---

<sup>15</sup> BERRO, Maria Priscila Soares; RODRIGUES, Priscilla Cardoso. A autodeterminação como mecanismo de realização dos direitos culturais: uma análise da responsabilidade penal do indígena à luz do direito brasileiro. In LEISTER, Margareth Anne; MORAIS, Fausto Santos de; SILVA, Juvêncio Borges (coord). **Direitos fundamentais e democracia I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 60.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 61.

como o direito de ser atendido pelo Subsistema de Saúde Indígena (SESAI).

### **1.2.1 DOS POVOS INDÍGENAS E A CONVENÇÃO 169 DA OIT**

Além de inconstitucional, **a não extensão do direito de ser atendido pelo Subsistema de Saúde Indígena aos indígenas não aldeados fere disposições presentes em normativas internacionais vinculantes ao Estado brasileiro.** É preciso, portanto, diante de evidente descompasso, que haja controle de convencionalidade.

Enquanto principal tratado internacional sobre esta matéria, a Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), foi adotada como substituição à Convenção 107 da OIT, a qual anteriormente preconizava uma política indigenista assimilacionista e integracionista, assim como o Estatuto do Índio.

A Convenção 107, de 1957, foi a primeira tentativa de tratar de maneira ampla as condições de vida e trabalho das populações indígenas e tribais no direito internacional.<sup>18</sup> Promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial n. 58.824, de 1966, o tratado tinha como principal foco a proteção e integração das populações indígenas. Nas considerações iniciais, e ao longo de todo o seu texto, é possível perceber a pretensão integracionista do documento, que refletia o entendimento vigente naquele período histórico.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> International Labour Organization. Implementing the ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention No. 169 Towards an inclusive, sustainable and just future. Publications Production Unit (PRODOC) of the ILO: Geneva, 2019, p. 32

<sup>19</sup> WAGNER, Daize Fernanda. Dez anos após a entrada em vigor da convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade. Direito Internacional dos Direitos Humanos II: XXIII Encontro do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, p. 252.

Como exemplo, o artigo 1º, parágrafo 2º da Convenção 107, definia os “semitribais” como grupos e pessoas que “embora prestes a perderem suas características tribais, não se achem ainda integrados na comunidade nacional”.<sup>20</sup>

Em decorrência deste olhar paternalista a respeito dos indígenas, que traduzia o ideal integracionista, **a Convenção 107 da OIT sofreu severas críticas, até que fosse revisada e substituída pela Convenção 169, editada pelo mesmo órgão**<sup>21</sup>. **A Convenção 169 foi o primeiro tratado internacional a abandonar o paradigma assimilacionista dos estândares anteriores da OIT** e, em contrapartida, estabelecer a proteção dos indígenas como objetivo.<sup>22</sup>

Assim, os povos indígenas e tribais foram reconhecidos como comunidades distintas, cuja diversidade cultural e contribuição para a sociedade como um todo são consideradas.<sup>23</sup> Já em seu preâmbulo, a Convenção reconhece “as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”.

A própria substituição do termo “populações” pelo termo “povo” significou um importante ajuste, uma vez que implica **reconhecer a permanência, em vez da transitoriedade dessa parcela da população.**

---

<sup>20</sup> Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho sobre Proteção e Integração de Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais nos Países Independentes. 05 junho 1957.

<sup>21</sup> WAGNER, op. cit, p. 252.

<sup>22</sup> GÖCKE, Katja. Indigenous Peoples in International Law In: Adat and Indigeneity in Indonesia: Culture and Entitlements between Heteronomy and Self-Ascription [online]. Göttingen: Göttingen University Press, 2013 (generated 24 april 2019). Disponível em: . ISBN: 9782821875487.

<sup>23</sup> International Labour Organization. Implementing the ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention No. 169 Towards an inclusive, sustainable and just future. Publications Production Unit (PRODOC) of the ILO: Geneva, 2019, p. 33.

Nesse sentido, a Convenção pode ser identificada com os objetivos do respeito e da participação dos indígenas<sup>24</sup>.

O documento encoraja medidas de proteção dos direitos individuais e coletivos dos povos indígenas e tribais, lembrando que as políticas implementadas devem levar em conta as culturas e prioridades das comunidades destes povos<sup>25</sup>.

**Em seu artigo 1 (2), a Convenção reconheceu a autoidentificação dos indígenas, que não pode ser negada pelos Estados-parte.** Em primeiro lugar, o critério subjetivo de identificação dos povos indígenas e tribais é a consciência de sua identidade indígena ou tribal. É o que estabelece o art. 1 (2) da Convenção: “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”<sup>26</sup>.

Por meio desse dispositivo, a Convenção considera o autorreconhecimento, ou seja, o direito da comunidade de definir seus próprios membros, como um exercício de identidade coletiva indígena. Com efeito, é a identidade que os indígenas têm de si mesmos enquanto comunidades que forma parte da natureza que define um povo indígena e determina sua visão holística do mundo. Por consequência, somente os próprios indígenas podem determinar quem compartilha de seus valores cosmogônicos<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> WAGNER, op. cit., p. 255

<sup>25</sup> International Labour Organization, op. cit, p. 33.

<sup>26</sup> BRASIL. Decreto nº 10.088 de 05 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Anexo LXXII: Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. 05 de Novembro de 2019.

<sup>27</sup> Gonzalo Aguilar Cavallo. La aspiración indígena a la propia identidad. Revista Universum, V21, Nº 1:106-119, 2006.

Além disso, a Convenção 169 prevê a identificação dos povos indígenas a partir de critérios objetivos, como aqueles que descendem de populações que habitavam o país - ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista, ou da colonização, ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais - e conservam suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

Este critério, assim como o previsto no art. 1 (2) da Convenção é aplicado amplamente para o propósito de identificar povos indígenas em processos nacionais e internacionais, inclusive na aplicação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas<sup>28</sup>.

Em benefício daqueles identificados como indígenas, a Convenção 169 determina, em seu art. 25.2, diretrizes de diferenciada prestação de saúde, que levem em conta “as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais”<sup>29</sup>.

Para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Convenção 169 da OIT “é o instrumento internacional de direitos humanos específico mais relevante para os direitos indígenas.”<sup>30</sup>, uma vez que é diretamente pertinente para a interpretação do alcance dos direitos dos povos indígenas e tribais e de seus membros<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> John B. Henriksen. Key Principles in Implementing ILO Convention No. 169. Programme to Promote ILO Convention No. 169: 2008, p. 13.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., art. 25.2.

<sup>30</sup> CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 12. CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 7 (tradução livre).

<sup>31</sup> CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 127.

## 1.2.2 DECLARAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

Há ainda que se falar na Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas, a qual posteriormente reconhece que os povos indígenas, além de terem direito a todos os direitos humanos reconhecidos no direito internacional, são titulares de direitos coletivos, indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos. Isso porque todos os povos têm o direito a serem diferentes, de se considerarem diferentes e serem respeitados como tal.<sup>32</sup>

O documento prevê, além de direitos históricos imprescritíveis dos povos indígenas, os seus direitos de autonomia e autogoverno em questões relacionadas com seus assuntos internos e locais.<sup>33</sup>

A Declaração é tida como o mais amplo instrumento internacional concernente aos direitos dos povos indígenas, uma vez que dá proeminência sem precedentes a direitos coletivos no direito internacional de direitos humanos, estabelece um parâmetro universal de padrões mínimos para a sobrevivência, dignidade e bem-estar dos povos indígenas e elabora, quanto aos padrões de direitos humanos já existentes, a forma com que se aplicam à situação específica dos povos indígenas.<sup>34</sup>

Os povos indígenas argumentam contra a adoção de uma definição formal de “povos indígenas” no âmbito internacional, ressaltando a

---

<sup>32</sup> Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 13 set. 2007. Disponível em: [https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP\\_E\\_web.pdf](https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_E_web.pdf). Acesso em: 09 set. 2020.

<sup>33</sup> FILHO, op. cit., p. 245

<sup>34</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Manual for National Human Rights Institutions. Geneva, 2013, p. 5.

necessidade de flexibilidade e de respeito ao desejo e direito de cada indígena para se autodefinir. Por esse motivo, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas não adota nenhuma definição formal para “povos indígenas”, visto que isso é visto como desnecessário e não desejável.<sup>35</sup>

Ainda que não haja uma definição universal de “povos indígenas”, **o critério chave da autoidentificação, como expressão do direito à autodeterminação dos povos indígenas, é amplamente reconhecido nos dias atuais.** Foi isso que a Declaração reafirmou em seu artigo 33, segundo o qual “os povos indígenas têm direito de determinar sua própria identidade ou composição conforme seus costumes e tradições”<sup>36</sup>.

Além disso, o preâmbulo da Declaração faz referência a características normalmente atribuídas a estes povos, tais quais a sua diferenciação, a alienação de terras, territórios e recursos naturais, presença histórica e pré-colonial em certos territórios, características culturais e linguísticas e marginalização política e legal.

**Este reconhecimento da autoidentificação dos povos indígenas é de fundamental importância para a concretização de seu direito à livre determinação,**<sup>37</sup> uma vez que aparece como “elemento definidor decisivo” na reclamação dos povos indígenas para participar da definição de si mesmos e dos direitos que lhes correspondem.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Ibid., p. 6;

<sup>36</sup> Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, 13 set. 2007.

<sup>37</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos, 4 jan 1996, N.U. Doc. E/CN.4/1996/84, par. 30.

<sup>38</sup> Vid. Torrecuadrada García-Lozano, S.: Los pueblos indígenas en el orden internacional, Dykinson, Madrid, 2001, p. 41.



No mesmo sentido, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas estabelece, em seu artigo 1.2, que “os Estados respeitarão o direito à dita autoidentificação como indígena em forma individual ou coletiva, conforme as práticas e instituições de cada povo indígena”.<sup>39</sup>

### **1.2.3 SISTEMA INTERAMERICANO E OS CRITÉRIOS DE AUTOIDENTIFICAÇÃO**

O direito à autoidentificação dos povos indígenas encontra-se pacificado no sistema interamericano de direitos humanos.

Como observa a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, muitos indígenas optam por migrar à cidade, em razão da perda da posse histórica de seus territórios, deslocamentos forçados e obstáculos para acessar recursos naturais. Um processo de adaptação ao novo entorno, na maioria dos casos, acaba levando-os a abandonar práticas tradicionais de subsistência baseadas no território<sup>40</sup>.

Contudo, isso não serve para fundamentar a impossibilidade de autoidentificação destes povos como indígenas. No caso Povo Saramaka Vs. Suriname, o Estado argumentou que a inclusão de alguns membros do povo Saramaka na “sociedade moderna” afetou sua distinção cultural, de modo a dificultar a definição de sua personalidade legal. Em contrapartida, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que **o fato de que alguns membros do povo Saramaka vivem fora do território tradicional, e de modo diverso daqueles que lá vivem, “não**

---

<sup>39</sup> Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 14 jun 2016 (tradução livre). Disponível em: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.

<sup>40</sup> CIDH. Pueblos Indígenas y Tribales de la Panamazonía. OEA/Ser.L/V/II. 29 set. 2019. Par. 210.

**afeta a distinção deste grupo tribal, nem o uso comum e gozo de sua propriedade”.**<sup>41</sup>

Nesse sentido, entendeu a Corte que cabia somente aos membros autoidentificados do povo Saramaka - e não ao Estado ou à Corte - definir, em conformidade com seus próprios costumes, se membros autoidentificados do povo Saramaka podem afirmar direitos comunais do povo em nome da personalidade jurídica Saramaka.<sup>42</sup>

Igualmente, no caso *Xákmok Kásek Vs. Paraguai*, a Corte ressaltou que **“o critério de autoidentificação é o principal para determinar a condição de indígena**, tanto individual quanto coletivamente em tantos povos”.<sup>43</sup> Assim, a autoidentificação coletiva de cada comunidade indígena é considerada pela Corte como “um fato histórico-social que faz parte de sua autonomia”,<sup>44</sup> de modo que “a Corte e o Estado devem limitar-se a respeitar as determinações apresentadas pela Comunidade a este respeito, ou seja, a forma como se identifica”<sup>45</sup>.

Na mesma linha, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entende, com base nos artigos 1.2 da Convenção 169 da OIT e da Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas, que o critério de autoidentificação é o principal para determinar a condição de indígena e que cabe à comunidade correspondente identificar seu

---

<sup>41</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 164 (tradução livre).

<sup>42</sup> Ibid, parr. 164.

<sup>43</sup> CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 216 (tradução livre).

<sup>44</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37 (tradução livre).

<sup>45</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37 (tradução livre).

próprio nome, composição e pertinência étnica, sem que o Estado ou outros organismos externos o façam ou controvertam<sup>46</sup>.

Vale destacar que, no caso da presente ADPF 709, o impedimento de que os indígenas se autoidentifiquem como tal acaba por obstar a efetivação de seu direito à saúde. Isso se torna ainda mais grave tendo em vista que, como já reconhecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a falta de prestação médica em casos de epidemias que se alastram entre populações indígenas põe em risco não só a vida de pessoas individuais, como também a sobrevivência cultural de seus povos de origem<sup>47</sup>. Em muitas comunidades, inclusive, a saúde da pessoa se vincula à saúde da sociedade em seu conjunto, ou seja, representa uma dimensão coletiva<sup>48</sup>.

## **II. POLÍTICA DE SAÚDE INDÍGENA: QUEM TEM ACESSO?**

### **II.1 SESAI NA PRÉ-PANDEMIA: INDÍGENAS NÃO ALDEADOS URBANOS E SUA INVISIBILIDADE**

O direito a saúde, reconhecido como direito social estabelecido na Constituição Federal de 1988, requer em seu bojo a utilização de forma efetiva ao sistema de saúde, de forma a ter promoção de políticas públicas para possibilitar à redução do risco de doença e de outros agravos, conforme o art 196 da CF.

Essa Corte já possui jurisprudência pacífica no sentido da obrigatoriedade do Estado a propiciar o acesso à saúde:

---

<sup>46</sup> CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 216.

<sup>47</sup> CIDH. Comunicado de Prensa 238/18 - CIDH culmina visita a Brasil. Washington, D.C., 12 de noviembre de 2018. Observaciones Preliminares de la Visita in loco de la CIDH a Brasil, p. 11

<sup>48</sup> CIDH. Pueblos Indígenas y Tribales de la Panamazonía. OEA/Ser.L/V/II. 29 set. 2019, par. 309

O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.

AI 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, 2ª T, DJE de 20- 8-2010”

O direito à saúde foi tratado no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que estabeleceu o direito de toda pessoa de ter o mais elevado nível e saúde física e mental, bem como a prevenção e tratamento de doenças e a criação de condições para que se possa assistência médica e acesso a serviços de saúde. Regionalmente, foi ratificado o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1999, que também traz este direito.

Ao se tratar das desigualdades pertinentes ao acesso igualitário de saúde, a Organização Pan Americana (PAHO) reforçou o entendimento que não há como se ter um acesso a saúde sem igualdade, apontando as dificuldades de uma cobertura universal frente às desigualdades sociais, estas que se apresentam de forma mais contundente nas Américas do que outros locais no Mundo.

A Pesquisa Nacional de Saúde apresenta informações sobre domicílios, acesso e utilização dos serviços de saúde no Brasil. Percebe-se a desigualdade no acesso a esses serviços. Entre elas, somente 29,5% da população possuem algum tipo de plano de saúde, médico ou odontológico, destes 38,8 % são brancos e 67,6 % possuem ensino superior completo, desta forma salienta-se a importância do Sistema Único de Saúde para as camadas com menores poder aquisitivo, vez que 86,6% da população que possuem esses planos têm a renda com mais de 5 salários mínimos.

A concretização do acesso universal à saúde, conforme estabelecido pela Constituição Federal, se estabeleceu por meio do Sistema Único de Saúde, que visa a garantia deste direito fundamental, conforme também referido no art 2º da lei 8080/1990, da vida e da dignidade da pessoa humana, que formam a base deste direito fundamental e são pilares do Estado Democrático de Direito.

Os princípios norteadores desse sistema se encontram no art 7º da lei 8080/1990, referida lei:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

Instrumento importante dos direitos indígenas, a Convenção 169 da OIT, representa um avanço e os Estados signatários, entre ele o Brasil, devem estabelecer os parâmetros para garantias sobre o direito à saúde, conforme o seu artigo 25, inciso 1:

1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a

sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

A criação do Subsistema de Saúde Indígena, dado pela Lei nº 9.836, de 23 de setembro de 1999, conhecida como Lei Arouca, se pauta pela promoção de uma gama de direitos que relacionam, não somente a frente da saúde como uma ausência de doenças, mas com atribuições para que haja uma assistência de saúde integral.

Atualmente, é responsabilidade da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), ligada ao Ministério da Saúde e criada em 2010 para suceder o trabalho da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), a coordenação e a gestão do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. Cabe à União financiá-lo, podendo os Estados e Municípios atuar complementarmente no custeio e execução das ações.

No que tange aos beneficiários do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, é importante salientar que a **legislação não faz qualquer distinção entre índios que estão nas terras indígenas e aqueles que vivem no espaço urbano.**

Esta interpretação foi sendo reforçada paulatinamente nas Conferências Nacionais de Saúde. Na 3ª Conferência Nacional de Saúde Indígena, realizada em 2001, aprovou proposta de: “24. iniciar o cadastramento das famílias indígenas desaldeadas e garantir o acesso das mesmas às ações e serviços de saúde” (Brasil/Ministério da Saúde, 2001: 7).

Já na 4ª Conferência realizada em 2006, políticas de atenção à saúde dos índios que vivem fora de terras indígenas foram incluídas ao lado daquelas voltadas aos povos com demandas pendentes de

reconhecimento de suas terras tradicionais. Dentre as resoluções aprovadas, merecem destaque:

Eixo temático 3 — Desafios indígenas atuais a) Atenção à saúde dos indígenas que vivem fora das terras indígenas e dos povos em demanda de reconhecimento a.1 **O Governo Federal deve respeitar, de imediato, os direitos indígenas, inclusive quanto ao atendimento à saúde, independentemente das condições de suas terras ou de outras condições de discriminação e sonegação de direitos.** a.2 À Funasa, em articulação com a SMS/SES, prestar e oferecer todos os serviços de saúde na rede do SUS de forma diferenciada aos índios desaldeados cumprindo a política de atenção aos povos indígenas e levando em consideração o reconhecimento oficial da Funai. a.3 A Funasa garantirá a autonomia dos distritos para atendimento dos índios aldeados, com recursos específicos e com replanejamento de orçamento para melhor atenção do atendimento desses povos. a.4 Os conselhos locais de saúde, com as lideranças de base, devem realizar reuniões com os índios localizados na capital, nas vilas e sedes dos municípios, para discussão do atendimento da saúde nas redes de referências. [...] 42 a.6 A Funasa e a Funai criarão comissão formada por representantes das organizações e das lideranças indígenas, CLSI, Condisi, Funasa e Funai para estabelecer regras claras de cadastramento das famílias indígenas desaldeadas, de acordo com a realidade de cada povo. [...] [...] a.11 O Governo Federal, via Funasa, Funai e outros órgãos, e com os governos estaduais e municipais, deverá criar e ampliar as políticas públicas de atenção à saúde indígena. Devem ser realizados estudos socioeconômicos sobre os indígenas que, por opção ou necessidade, moram fora das aldeias. A atenção a esses povos não deve comprometer o atendimento aos povos aldeados (Brasil/Ministério da Saúde, 2006:124-126, grifos nossos).

Nessa linha de reconhecimento do atendimento pela SESAI de indígenas não aldeados urbanos, temos um importante precedente. Em 2009, no julgamento do Recurso Especial nº 1.064.009- SC em ação

proposta pelo Ministério Público Federal em Santa Catarina, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deve “atender índios em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, e sem discriminações”.

O julgado é importante, pois evidencia a ilegalidade da diferenciação vivenciada cotidianamente pelos índios nas cidades (em grupos ou individualmente considerados), conforme exposto no voto do relator do processo, Ministro Herman Benjamin: “(...) **o status de índio não depende do local em que ele vive, já que, a ser diferente, estariam os indígenas ao desamparo, tão logo pusessem os pés fora de sua aldeia. Mostra-se ilegal e ilegítimo, pois, o discrimen utilizado pelos entes públicos na operacionalização do serviço de saúde, ou seja, a distinção entre índios aldeados e outros que vivam foram da Reserva.**”<sup>49</sup>.

Estudo realizado pela Comissão Pró-Índio e o Centro Gaspar Garcia Santos, levantou uma série de ações extrajudiciais por parte do Ministério Público Federal de diversos Estados:

No Tocantins, em 2005, o Ministério Público Federal recomendou que a Funasa e a Casa de Saúde Indígena (Casai) que prestassem serviços de saúde a todos os índios que o necessitassem, sem discriminar seu local de residência. A atuação do MPF-TO foi motivada pela denúncia de que índios que viviam em cidades, principalmente em Araguaína, encontravam dificuldades para acessar os serviços de saúde oferecidos pela Casa de Saúde Indígena.

Em junho de 2007, o Ministério Público Federal em Alagoas recomendou que a Funasa restabelecesse o atendimento aos índios que vivem fora das aldeias. O atendimento havia sido suspenso devido a um parecer da Procuradoria Geral da Funasa que orientava a interrupção do atendimento

---

<sup>49</sup> COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO. A Cidade como local de afirmação de dos direitos indígenas. São Paulo, p.42.



de saúde a indígenas que viviam fora das aldeias nos estados de Alagoas e Sergipe. Em agosto, a assessoria de comunicação do MPFAL informou que o atendimento foi restabelecido graças à atuação do MPF. No mesmo ano de 2007, o Conselho Distrital de Saúde Indígena de Minas Gerais e Espírito Santo, em reunião ordinária, manifestou posição contrária ao atendimento de índios não aldeados. Considerando que tal distinção entre os índios é inconstitucional, em março de 2008, o Ministério Público Federal em Minas Gerais recomendou à Funasa que restabelecesse e mantivesse o atendimento aos índios que residissem fora das terras indígenas no município de Governador Valadares-MG e que continuasse o cadastramento dos índios que ainda não constavam no Sistema de Informações de Atenção à Saúde Indígena (Recomendação nº1/2008 MPF/PRM- GV/GAB/LCJ).

Em 2009, o Ministério Público Federal no Mato Grosso abriu um procedimento administrativo com intuito de acompanhar o atendimento à saúde dos Kanela no Município de São Félix do Araguaia. Tendo em vista a complexidade do caso e a necessidade de mais informações, o MPF-MT instaurou um inquérito para apurar melhor o trabalho do Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI) de Araguaia.

Em 2010, a Secretaria Estadual de Povos Indígenas (SEIND) do Amazonas levou a conhecimento da Procuradoria da República que poucos índios que habitam a zona urbana de Manaus-AM haviam sido contemplados pela campanha de vacinação contra a gripe H1N1. Motivado pela denúncia, o Ministério Público Federal no Amazonas averiguou sua veracidade e recomendou à Secretaria Municipal de Saúde de Manaus que realizasse ações de vacinação das populações indígenas residentes nas zonas rural e urbana, sem distinção, e que especial atenção fosse dispensada a algumas regiões notoriamente habitadas por contingentes indígenas na cidade (Recomendação nº 10/201029).

Em maio de 2011, o Ministério Público Federal no Maranhão recomendou ao Distrito Sanitário Especial Indígena do Maranhão que assegurasse aos

índios Kreniê o acesso a todos os serviços oferecidos pelo Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (Recomendação nº 2/201130). Segundo consta na recomendação, parte dos indígenas deixou a aldeia após um desentendimento interno e teria se instalado na área periférica do município de Barra da Corda no ano de 2009. Desde a mudança, a Funasa negava atendimento, sustentando que não poderiam ser beneficiados por não mais viverem em terra indígena. A recomendação foi atendida e os Kreniê puderam acessar os serviços de saúde.

Por fim, em dezembro de 2012, entre outras ações com objetivo de atacar a crise generalizada que se observa na saúde indígena, o MPF-SC recomendou aos Chefes do Distrito Sanitário Especial Indígena Interior e Litoral Sul que adotassem medidas de pleno atendimento na área da saúde e saneamento básico dos indígenas que vivem “em áreas regularizadas ou não, bem como de desaldeados”; incluindo essas populações no cadastro de cada distrito.<sup>50</sup>

Corroborando, mais recentemente temos a sentença da Justiça Federal de Santarém condenando a UNIÃO a **regularizar o atendimento de saúde diferenciada aos povos indígenas** do baixo Tapajós e Arapiuns, incluindo aqueles que ocupam tradicionalmente territórios ainda não formalmente demarcados, bem como os **indígenas que estejam em contexto urbano** (Ação Civil Pública nº. 0002096- 29.2015.4.01.3902).<sup>51</sup>

Por fim, resta demonstrado que a **demandada pela inclusão dos indígenas não aldeados urbanos não é recente, ao contrário acompanha a própria criação e implementação da SESAI**, se tornando mais urgente em tempos de pandemia.

---

<sup>50</sup> COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO. A Cidade como local de afirmação de dos direitos indígenas. São Paulo, 2013, p.43/44.

<sup>51</sup> Recomendação nº. /2020/GAB1/PRM/STM no Inquérito Civil - IC nº. 1.23.002.000192/2020- 36 do Ministério Público Federal do Pará, Procuradoria da República de Santarém. Disponível: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2020/recomendacao-notificacao-sesai-covid.pdf>

## **II.2 PANDEMIA: URGENTE AMPLIAÇÃO DO ATENDIMENTO DA SESAI AOS INDÍGENAS NÃO ALDEADOS URBANOS**

### **II.2.1. INTEGRAÇÃO A SESAI: VULNERABILIDADE, FALTA DE DADOS E A FALÁCIA DO ORÇAMENTO**

Segundo o sistema de informações do Ministério da Saúde, a partir dos dados da SESAI em 09 de setembro de 2020, há 791 suspeitos, 24.650 confirmados e 401 óbitos. Dentre os 34 DSEI, com maior número de óbitos é o de Leste de Roraima com 41 vidas perdidas Mato Grosso do Sul, com 40 vidas perdidas, seguidos do Xavante com 39 e do Alto Rio Solimões. Em se tratando de casos confirmados, o DSEI Leste de Roraima apresenta 2119 casos, seguido do Tapajós que apresenta 1722 casos e o Alto do Rio Solimões.

Quanto aos dados apresentados pelo Ministério da Saúde no Boletim Epidemiológico, isto é, vinculado ao SUS, e que deveria ter dados quanto aos indígenas não aldeados urbanos, apresentam uma grande falha de preenchimento da variável étnica<sup>52</sup>. Segundo o boletim epidemiológico da semana epidemiológica número 35, os números da população indígena de Síndrome Respiratória Aguda, que compreende o grupo de vírus respiratórios, que incluem o acometimento por COVID-19, apresentam um percentual de 0,4 % de indígenas dentre os hospitalizados, sendo a cor mais prevalente a parda, com mais de 33%. Porém é importante ressaltar a ausência de informação sobre dados de raça/etnia em 57.148 (17,0%) casos em que consta informações ignoradas e em 35.477 casos (10,6%) sem informação de um total de 643.090 pessoas hospitalizadas.

---

<sup>52</sup> Como efeito de informação. Através da Lei de Acesso à Informação foi solicitada à Secretaria de Saúde do estado do Paraná informações sobre o número de indígenas atendidos. Cerca de 20 dias depois não houve nenhuma resposta e tampouco informações localizadas nos canais oficiais.

O número de óbitos por COVID também apresenta carência de informações dessa variável, vez que dos 170.336 casos de SRAG, em mais de 24 mil estão ignorado-s e 18.014 estão sem informação. E somente por COVID, ou seja, com diagnóstico confirmado da doença, que neste relatório se apresentam em 117.841 óbitos, 478 são indígenas, mas 17.392 são ignorados e 12.832 são sem informação, que representam 17,7% de óbitos sem informação de raça ou etnia.

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), devido à falta de informações acerca da situação dos indígenas que vivem em contextos urbanos, e mesmo informações confiáveis sobre os indígenas aldeados, construiu, com outras entidades indígenas, o Comitê Nacional pela Vida e Memória dos Povos Indígenas. Em 08 de setembro de 2020, a contagem trazia 30.218 indígenas infectados em todo o país e 789 óbitos.

Neste sentido, é fundamental que seja determinado que os registros sejam feitos com o preenchimento correto e a divulgação dos dados acerca da etnia dos pacientes. Isto não seria um problema se os indígenas não aldeados urbanos fossem atendidos pela SESAI. **Não se constrói políticas públicas, ainda mais em contexto tão sensível, sem informações confiáveis.**

Os dados quanto aos indígenas não aldeados urbanos são urgentes, ainda mais diante da situação de vulnerabilidade extrema que se encontram. Reforçando este argumento, trazemos o documento que foi produzido por pesquisadores do Núcleo de Métodos Analíticos para Vigilância em Epidemiologia do Programa de Computação Científica da Fiocruz e da FGV, em parceria com Grupo de Trabalho sobre Vulnerabilidade Sociodemográfica e Epidemiológica dos Povos Indígenas no Brasil à Pandemia de Covid-19, da Escola Nacional de Saúde Pública (Ensp/Fiocruz). A partir dos documentos abaixo, a

FIOCRUZ identificou a vulnerabilidade dos povos indígenas no contexto da pandemia, mas principalmente apontando sobre o tema do risco dos povos indígenas não aldeados e urbanos:

1. Risco de espalhamento da COVID-19 em populações indígenas: considerações preliminares sobre vulnerabilidade geográfica e sociodemográfica<sup>53</sup>;
2. Modelagem da vulnerabilidade dos povos indígenas no Brasil ao COVID-19<sup>54</sup>;
3. Análise de vulnerabilidade demográfica e infraestrutural das Terras Indígenas à COVID 19: caderno de insumos.<sup>55</sup>

Partindo do consenso sobre a extrema vulnerabilidade dos povos indígenas em face do COVID-19, este documento tem como objetivo compartilhar contribuições que possam subsidiar as ações de enfrentamento da pandemia junto a essa população, com atenção a suas especificidades.

Na análise apontam:

Em todas as regiões brasileiras há terras indígenas (TIs) em municípios de médio ou alto risco imediato de epidemia, verificando-se também a presença em municípios nessa situação de populações indígenas que residem fora de TIs. Levantamento recente registrou que a população indígena em municípios de alto risco imediato é mais urbana que rural e que, em sua maioria, as TIs que incidem em municípios com alto risco se

---

<sup>53</sup> [https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/relatorios\\_tecnicos\\_-\\_covid-19\\_procc-emap-ensp-covid-19-report4\\_20200419-indigenas.pdf](https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/relatorios_tecnicos_-_covid-19_procc-emap-ensp-covid-19-report4_20200419-indigenas.pdf)

<sup>54</sup> [https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/nota\\_tecnica\\_modelo\\_covid19.pdf#overlay-context=pt-br/noticias-socioambientais/vulnerabilidade-social-e-motor-da-pandemia-de-covid-19-em-terras-indigenas-mostra-estudo](https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/nota_tecnica_modelo_covid19.pdf#overlay-context=pt-br/noticias-socioambientais/vulnerabilidade-social-e-motor-da-pandemia-de-covid-19-em-terras-indigenas-mostra-estudo)

<sup>55</sup> <http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/Caderno-Demografia-Indigena-e-COVID19.pdf>

localizam perto de centros urbanos. A relação urbano/rural, contudo, pode estar se alterando com a expansão geográfica e a interiorização da pandemia. A perspectiva é que a interiorização leve a aumento expressivo na quantidade total de indígenas em zonas de alto risco.

4. Destaca-se a vulnerabilidade dos indígenas em situação urbana – muitos dos quais vivem em condições precárias – e a subnotificação de casos nesse segmento. O movimento indígena reivindica a consolidação de dados epidemiológicos para indígenas que vivem dentro e fora de aldeias, e a elaboração de estratégias específicas para indígenas em situação urbana e que não são assistidos pelo Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SASI-SUS). Até o momento, a Secretaria Especial de Saúde Indígena do Ministério da Saúde (SESAI/MS) não está contabilizando o número de casos suspeitos, de contaminados e óbitos em áreas urbanas.”<sup>56</sup>

A população indígena em zona urbana reside majoritariamente em municípios com alto risco para COVID-19, totalizando 190.767 indivíduos nessa situação. Corresponde a 67,5% da população indígena urbana do Centro-Oeste e 79,4% da região Sul-Sudeste.

Não se considera alguns aspectos: que a circunstância de os indígenas estarem em contexto urbano não elide a necessidade de serem atendidos por uma política pública de saúde de caráter diferenciado, seja no âmbito da atenção primária ou na atenção de média/alta complexidade; que a negativa de atendimento diferenciado aos indígenas em contexto urbano representa racismo institucional, ao afrontar a livre determinação destes indígenas e ao questionar, implicitamente, sua etnicidade; que esta prática ignora o fluxo cidade-aldeia, frequente nas dinâmicas socioculturais dos indígenas que habitam contextos urbanos, de modo que negar atendimento a estes

---

<sup>56</sup> [https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/atl\\_relatorio\\_sintetico\\_07\\_05\\_0.pdf](https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/atl_relatorio_sintetico_07_05_0.pdf)

também representa enfraquecimento das políticas sanitárias de prevenção à disseminação de Covid-19 nas terras indígenas.

Este contexto evidencia a invisibilização dos povos indígenas não aldeados neste contexto de COVID, e por não existirem como informações para orientar políticas públicas específicas, temos com isso a presença de violação do direito à saúde desta parcela dos povos indígenas que corresponde a quase 1/3 da população indígena no Brasil.

A omissão quanto aos dados dos indígenas não aldeados urbanos é uma violação ao direito à informação, marcadamente garantido pela legislação internacional: art.19 da Declaração Universal de Direitos Humanos; art. 19 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos; art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e Legislação Nacional, através da Lei de Acesso à Informação.

Neste contexto de pandemia se acentua a necessidade de acesso à informação para a construção de políticas de saúde preventivas e efetivas. Neste sentido, temos a Resolução 01/2020 sobre “*Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*” da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual reafirma:

*33. Asegurar el derecho de acceso a la información pública en el marco de la emergencia generada por el COVID- 19 y no establecer limitaciones generales basadas en razones de seguridad u orden público. Los órganos que garantizan este derecho y los sujetos obligados deben otorgar prioridad a las solicitudes de acceso a la información relacionadas con la emergencia de salud pública, así como informar proactivamente, en formatos abiertos y de manera accesible a todos los grupos en situación de vulnerabilidad, de forma desagregada sobre los impactos de la pandemia y los gastos de emergencia, desagregados de acuerdo con las mejores prácticas internacionales. En los casos de postergación de los plazos de solicitudes de información en asuntos no vinculados a la pandemia,*

*los Estados deberán fundamentar la negava, establecer un espacio temporal para cumplir la obligación y admir la apelación de estas resoluciones.*

O LABA, rede de pesquisa, vinculado ao CCONS, em documento de análise desta resolução, assevera que “a produção e divulgação de dados desagregados também é de suma importância para o monitoramento da pandemia e seus efeitos sobre os diversos grupos sociais e populações.<sup>57</sup>”

Neste âmbito, a Comissão reforça que é mister que estas populações detenham informações claras de atos do Estado que possam influenciar em seus ambientes, quando ela possa ter um sério impacto neste, podendo modificar os direitos como o Direito à Saúde e à Vida dos membros desta comunidade.

Dessa maneira, se torna quase imprescindível que para se falar num **Plano de Enfrentamento ao COVID para os povos indígenas amplo e efetivo**, deve se garantir a ampliação para os **povos não aldeados urbanos** pela SESAI. Desta forma teria condições de **atendimento diferenciado e de registro das informações** quanto aos casos de suspeita e mortes relacionados aos indígenas no Brasil. Enquanto houver essa segregação, teremos ainda uma situação de desigualdade de acesso do Direito à Saúde pelos povos indígenas.

Porém o Governo Federal tem apontado como obstáculo desta integração a questão orçamentária. Nesse ponto, os argumentos trazidos inicialmente pela Advocacia Geral da União (AGU) para a impossibilidade de o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena atender também os povos em terras não homologadas e indígenas em contexto urbano versam, principalmente, sobre a estrutura financeira e administrativa da SESAI, que teria sido arquitetada desde sua origem

---

<sup>57</sup> Disponível em: [https://drive.google.com/file/d/1IDSFAF7qSe2gzBT75K7jSO\\_nuxMLppiql/view](https://drive.google.com/file/d/1IDSFAF7qSe2gzBT75K7jSO_nuxMLppiql/view)



para o atendimento aos povos aldeados, desassistidos pelas ações ordinárias de saúde.

Em 07 de Agosto de 2020, o E. Relator ordenou a intimação da União para, além de complementar o Plano de Barreiras Sanitárias, informar sobre o cumprimento da Liminar, no que respeita à extensão do Subsistema de Saúde Indígena aos povos indígenas aldeados residentes em terras não homologadas: *“imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas”*.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se acerca da falta de detalhamento e planejamento das ações destinadas aos indígenas em terras não homologadas e o atendimento excepcional pela SESAI aos indígenas não aldeados. Como forma de atendimento ao alegado, a AGU indica as ações nas páginas 80 a 83 do mesmo documento:

Manifestação PGR, p. 13	6	Não há detalhamento das ações previstas, nem planejamento de ações finalísticas para atenção dos povos indígenas localizados em terras não homologadas, bem como para o atendimento excepcional pela Sesai no caso dos indígenas não aldeados.	Aprimoramentos realizados para apresentar mais detalhadamente as ações	80-83
-------------------------	---	--	--	-------

Em “*RELATÓRIO DAS AÇÕES REALIZADAS PELA SESAI PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19*”, publicado no dia 03 de Setembro de 2020 no portal da SESAI (<https://www.saude.gov.br/saude-indigena>), dedicou-se um extenso ponto de legislação para sustentar a **recusa da ação especializada de enfrentamento ao COVID-19**.

Nesse contexto e já em outro ponto, igualmente compete à Corte a correção do preocupante silêncio dos órgãos públicos quanto aos povos indígenas localizados em contexto urbano. Isso porque, mesmo do supramencionado relatório recente emitido pela SESAI, verifica-se repetição exaustiva dos argumentos apresentados quanto à não menção

do atendimento especial aos povos de contexto urbano na legislação que regula a atuação do Subsistema de Saúde. O que se procura demonstrar, porém, é o contrário.

Ainda, o que se depreende do relatório “*Indígenas em Contextos Urbanos no Brasil e os Impactos da Pandemia da Covid-19*”, apresentado pela Articulação Nacional de Indígenas em Contextos Urbanos e Migrantes com vias à contribuição para o Informe sobre o impacto da COVID-19 nos povos indígenas, de autoria do Relator Especial Sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (ONU) no âmbito de enfrentamento à pandemia<sup>58</sup>, é que **os povos indígenas localizados em contexto urbano são vítimas de dupla omissão**. Primeiramente, lhes é negado o atendimento especializado pelos Distritos Especiais Indígenas, sob o argumento da existência de atendimento a esses pelo SUS, a nível municipal e estadual. Noutra via, porém, ao procurar o atendimento nos postos de saúde convencionais, é também frequentemente impedido a esses cidadãos o registro como indígena nos prontuários de atendimento, quando muito registrados como pardos, em franca desatenção ao instituído pela Portaria Nº 508, de 2010, editada pelo Ministério da Saúde.

A partir da manifestação da AGU, é fundamental ter correta compreensão do argumento do impacto orçamentário. Conforme foi exposto anteriormente, as Conferências Nacionais de Saúde Indígena já apontaram a necessidade de que o atendimento à saúde de indígenas (independente se aldeados ou não) deveria ser feito pelo Subsistema de

---

<sup>58</sup> A contribuição brasileira constitui parte do documento “Compilación de diecinueve contribuciones de países de Las Américas” organizado pela Red de Investigaciones Sobre Indígenas Urbanos (RISIU) e está disponível conjuntamente com outros levantados por organizações da sociedade civil e representações indígenas através do endereço: [https://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/Callforinput\\_COVID19.aspx](https://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/Callforinput_COVID19.aspx). Acesso em: 05 set. 2020.

Saúde Indígena. Isso porque a compreensão de saúde integral, adequada às peculiaridades étnicas e culturais, é fundamental para a proteção do direito desses povos. Dessa forma, a omissão passada em expandir o Subsistema não pode ser justificativa para a omissão atual, que, inclusive, coloca em risco a existência futura desses povos. Dessa maneira, não se trata de ignorar os custos orçamentários, mas de definir que **a proteção dos povos indígenas não é discricionariedade da Administração Pública, mas resguardar direito previsto constitucionalmente e em conformidade com instrumentos internacionais.**

Enquanto não houver a expansão do atendimento, solicita-se que o atendimento SUS tenha mecanismos de registro e divulgação sobre os grupos étnicos atendidos. A partir dos dados, devem ser pensados em conjunto com os povos indígenas os protocolos específicos de atendimento que, ao mesmo tempo que tenham preocupação médica, levem em consideração os aspectos culturais.

### **III. NADA SOBRE NÓS SEM NÓS: CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E OS MARCOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS E QUE SUPORTAM A PARTICIPAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO E CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

*Os povos indígenas passaram um longo período sob o manto da invisibilidade quanto a um dos seus direitos mais basilares - e referenciais da sua própria identidade - o direito a terra. Entretanto, atualmente consolidou-se uma destacável proteção a tal direito, tanto na ordem interna, quanto na ordem internacional, de modo que a multiculturalidade hoje figura como premissa na formulação e aplicação das leis, que detém, por sua vez, como núcleo axiológico, a dignidade da pessoa humana e o direito ao reconhecimento.*

(Bijos e de Melo, 2016).

O direito dos povos indígenas possui marco legal no âmbito global e regional de proteção dos direitos humanos, para além da regulamentação local sobre a matéria, conforme adiante exposto. Um olhar amplo sobre essas esferas normativas que incidem sobre a questão permite a melhor compreensão dos direitos humanos violados e permitem elucidar em que medida o Estado brasileiro deixa de cumprir com mencionado marco legal consolidado.

### **III.1 SISTEMA GLOBAL/ NAÇÕES UNIDAS**

Primeiramente, no âmbito global de proteção aos direitos humanos, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas<sup>59</sup> estabelece o dever dos Estados de levar a cabo consulta que possibilite consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas quando da realização de projetos legislativos ou administrativos que de alguma maneira impactem na vida desses<sup>60</sup>. Nos termos do artigo 18 do mencionado documento, o direito à participação em tomada de decisões que afetem seus direitos deve ser por meio de procedimentos e representação consoantes com as próprias instituições decisórias das comunidades.

Na esteira do exposto na Declaração mencionada, a Convenção 169 da OIT<sup>61</sup> – incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em abril de 2004, pelo Decreto 5.051 –, em seu artigo 6º, estabelece diretrizes a serem seguidas pelos Estados a fim de possibilitar a consulta e participação dos povos indígenas visando a obtenção de seu prévio

---

<sup>59</sup> ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, 2008.

<sup>60</sup> Idem, artigo 19.

<sup>61</sup> OIT. Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais, 1989.

consentimento. Bem assim, o artigo 7º da referida Convenção estabelece que, dentre o direito de escolhas dos povos indígenas está o de escolher “*terras que ocupam ou utilizam de alguma forma*”, o que, adiante se demonstrará, não está sendo respeitado pelo Estado brasileiro.

Nada obstante os marcos legais acima colacionados, a Relatoria especial sobre a situação de direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas da ONU demonstrou preocupação com a realização de consulta às comunidades indígenas, apontando inclusive a violência sofrida por comunidades. Em 2016, concluiu a Relatora Especial pela ausência de procedimento de consultoria em relação a medidas que afetam diretamente os povos indígenas.<sup>62</sup>

O relatório do grupo de trabalho da Revisão Periódica Universal<sup>63</sup> destaca observância a violação aos direitos e mecanismos acima expostos, recomendou ao Brasil o aprimoramento do procedimento de consulta aos povos indígenas nos termos da Convenção 169/OIT a partir da promoção de debates internos.

A situação se torna mais delicada ao se tratar de indígenas isolados e de recente contato. Em 2005, o Secretário Geral das Nações Unidas apresentou um projeto de ação recomendando um mecanismo mundial encarregado de supervisionar a situação dos indígenas isolados voluntariamente e que correm perigo<sup>64</sup>. Este posicionamento foi reforçado posteriormente na ONU, bem como a recomendação de adoção de medidas especiais de proteção e direitos<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> A/HRC/33/42/Add.1, p. 64.

<sup>63</sup> A/HRC/21/11, p. 119.162-119.169.

<sup>64</sup> Asamblea General, Proyecto de programa de acción para el Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo, Informe del Secretario General, A/60/270 (18 de agosto de 2005), párr. 45.

<sup>65</sup> Un. State of the World's Indigenous PeoplesST/ESA/328, 2009, PG 233.

Do mesmo modo, o Projeto de Diretrizes na Proteção de Povos Indígenas em Isolamento Voluntário e Contato Inicial da Bacia Amazônica e El Chaco<sup>66</sup> na Assembleia Geral das Nações Unidas em 2009 reconheceu o dever dos Estados de garantir os direitos humanos de autodeterminação, território, cultura, saúde, com participação, consulta e consentimento prévio, livre e informado dos povos afetados.

Já no que concerne ao contexto específico de pandemia, a ONU já se pronunciou pedindo apoio a povos indígenas na região amazônica frente à ameaça da COVID-19, que está afetando centenas de milhares de pessoas indígenas na região amazônica de fronteira entre Colômbia, Brasil e Peru<sup>67</sup>. Assim, aproximadamente 170 mil pessoas vivem em áreas ao longo do rio Amazonas, sendo afetadas pela doença, assim como o distanciamento social também gerou duras “consequências socioeconômicas que provocaram fome generalizada ao ameaçar a segurança alimentar, o estado nutricional e os meios de subsistência dessas comunidades já vulneráveis e agravando também as desigualdades de gênero”.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, especificamente, destaca, além do direito à saúde sem discriminação (art. 21), participação ativa na elaboração e determinação dos programas de saúde (art. 23), uso de medicamentos tradicionais e manutenção de suas práticas de saúde, bem como aos serviços sociais de saúde sem discriminação (art. 24). Já em relação à Convenção n° 169 da OIT, em seu artigo 25 é previsto que os Estados deverão zelar para

---

<sup>66</sup> ONU. Projeto de Diretrizes na Proteção de Povos Indígenas em Isolamento Voluntário e Contato Inicial da Bacia Amazônica e El Chaco. A/HRC/EMRIP/2009/6. 30 Junho 2009.

<sup>67</sup> Disponível em: <https://nacoesunidas.org/covid-19-nacoes-unidas-pedem-mais-apoio-a-povos-indigenas-na-regiao-amazonica/>. Último acesso: 07/09/2020.

que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental. Ademais, estes serviços devem ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário.

Para cerca de 820 mil mulheres, homens e crianças indígenas, de 305 etnias e 274 línguas no Brasil, a prevenção à contaminação e o acesso à saúde são questões preocupantes diante da intensificação das medidas para conter a disseminação da doença, sendo um desafio histórico o combate de doenças surgidas de povos não-indígenas há mais de 500 anos<sup>68</sup>.

A Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura ressalta que as medidas específicas de combate à pandemia devem respeitar os direitos dos povos indígenas sob uma perspectiva intercultural, com representação de líderes indígenas, com informação acerca de prevenção e medicamentos, e levando em conta os procedimentos de saúde locais<sup>69</sup>.

Isso pois o secretário-geral da ONU já ressaltou o “impacto arrasador” de COVID-10 a mais de 476 milhões de indígenas. Isso pois “os povos indígenas já enfrentavam desigualdades, estigmatização e discriminação. Agora, o acesso inadequado a cuidados de saúde, água potável e saneamento aumentou sua vulnerabilidade”<sup>70</sup>. O presidente da OMS também ressaltou que, apesar da Covid-19 representar um risco

---

<sup>68</sup> Disponível em: <https://nacoesunidas.org/covid-19-prevencao-e-acesso-a-saude-sao-questoes-urgentes-para-mulheres-indigenas/>. Último acesso: 07/09/2020.

<sup>69</sup> Disponível em: <http://www.fao.org/indigenous-peoples/covid-19/en/>. Último acesso: 09/09/2020.

<sup>70</sup> Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/08/1722612>. Último acesso: 07/09/2020.

para indígenas em todo o mundo, a situação é “profundamente preocupante” nas Américas, que permanecem o “epicentro da pandemia”<sup>71</sup>.

A alta comissária da ONU para os Direitos Humanos, Michelle Bachelet, considera a pandemia “uma ameaça crítica aos povos indígenas, em um momento em que muitos também lutam contra os danos ambientais causados pelo homem e a depredação econômica”, que “ênfatiza a importância de garantir que os povos indígenas possam exercer seus direitos ao autogoverno e à autodeterminação”, pois além de salvar vidas, deve-se proteger uma teia preciosa de culturas, línguas e conhecimentos tradicionais que conectam às raízes profundas da humanidade.

Neste sentido, os vetos presidenciais na Lei 14.021, de 2020, que cria o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas foram alvo de críticas, acerca da exigência de fornecimento de acesso à água potável e distribuição gratuita de materiais de higiene, limpeza e de desinfecção para as aldeias indígenas, bem como da obrigatoriedade de o Executivo liberar verba emergencial para a saúde indígena e de plano de contingência em áreas de contato<sup>72</sup>.

A ONU ainda destaca a situação dos povos indígenas que vivem em isolamento voluntário, pois são grupos são altamente vulneráveis. Assim, sua posição de isolamento deve ser protegida, a fim de barrar possíveis efeitos da COVID-19 em suas vidas, sem ferir seus direitos à autodeterminação, como, por exemplo, a criação de cordões sanitários.

---

<sup>71</sup> Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/07/1720601>. Último acesso: 07/09/2020.

<sup>72</sup> Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/08/18/representante-da-onu-para-direitos-humanos-diz-que-vetos-de-bolsonaro-a-medidas-de-protecao-a-indigenas-geram-preocupacao.ghtml>. Último acesso: 07/09/2020.



Ademais, diálogos com líderes indígenas não-isolados da mesma região são encorajados, haja vista que estes podem ajudar na proteção dos povos isolados, transmitindo-lhes informações importantes. Por esta razão, e considerando um enfoque culturalmente adequado, os artigos vetados encontram amparo no direito internacional e apresentam medidas necessárias ao efetivo combate à COVID-19<sup>73</sup>.

No dia internacional dos povos indígenas, dia 8 de agosto, foi ressaltada pela ONU a resiliência destes em relação à COVID-19, em conjunto com todas as ameaças às terras e à herança cultural já enfrentadas. Como já salientado pelo Programa Alimentar Mundial das Nações Unidas (WFP), o vírus salienta vulnerabilidades históricas dos povos indígenas<sup>74</sup>.

Por fim, Escritórios de Direitos Humanos da ONU para a América do Sul, Colômbia e a Missão na Bolívia, juntamente com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) emitiram comunicado recomendando aos Estados da região a proteger a sobrevivência e os direitos dos povos indígenas na bacia amazônica, particularmente aqueles em isolamento voluntário ou contato inicial.

Ademais, instaram a implementar apoios socioeconômicos culturalmente adequados para esses povos indígenas da América do Sul, bem como apoiar suas medidas de autocuidado, fortalecer a participação de suas autoridades nas decisões já tomadas e monitorar a eficácia das medidas destinadas a proteger seus direitos.

---

<sup>73</sup> Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/08/17/onu-contesta-vetos-de-bolsonaro-em-lei-para-protoger-indigenas-da-covid-19.htm>. Último acesso: 07/09/2020.

<sup>74</sup> Disponível em: <https://insight.wfp.org/coronavirus-exacerbates-indigenous-peoples-historic-vulnerabilities-fcb92be8225f>. Último acesso: 09/09/2020.

Alguns pontos cruciais foram levantados: i) a Amazônia conta com mais de 420 povos indígenas, pelo menos 60 em isolamento voluntário; sistemas nacionais de saúde enfrentam sérias dificuldades em dar uma resposta efetiva, e o coronavírus tornou mais evidente a ausência histórica do Estado para atender as necessidades dos povos, levando em consideração seus conhecimentos ancestrais; ii) a importância do autogoverno e autodeterminação neste cenário; iii) deve-se respeitar o isolamento e garantir o acesso a materiais de segurança, bem como compartilhar informações culturalmente apropriadas sempre que possível, adaptadas aos diversos idiomas.

Também reforça a preocupação especial com mulheres indígenas, “que correm um risco desproporcional durante a pandemia, devido ao seu papel de liderança na economia informal e como prestadoras de cuidados em casa”, a ameaça de indústrias extrativistas e do crime organizado, ressaltando a necessidade de cooperação sul-sul<sup>75</sup>.

A iniciativa acima demonstra a necessidade do somatório de forças dos sistemas para a proteção das vulnerabilidades.

---

<sup>75</sup> *Numa etapa seguinte, as medidas de mitigação e recuperação de danos devem valorizar em seu projeto, implementação e avaliação as prioridades de desenvolvimento dos povos indígenas, com ênfase nos idosos com deficiência, mulheres, crianças, adolescentes, pessoas com orientação sexual e identidade de gênero diversas, pessoas com diferentes problemas de saúde e defensores indígenas dos direitos humanos. É especialmente importante que os Estados garantam processos de consulta prévia, livre e informada, culturalmente apropriados e de boa fé para os povos e comunidades indígenas sobre qualquer nova política de recuperação que possa afetar seus direitos e interesses legítimos, especialmente quando se trata de abertura de territórios indígenas a megaprojetos de indústrias extrativas ou iniciativas similares.*

*Por fim, dos direitos humanos da ONU e da CIDH, incentivamos os estados da região amazônica a redobrar seus esforços na cooperação sul-sul, a fim de tomar medidas extremas para proteger os povos indígenas em uma situação de isolamento voluntário e contato inicial dentro da estrutura pandemia, com vistas a proteger seus modos de vida, subsistência e direitos humanos.* Disponível em: <https://hacoesuinas.org/indigenas-amazonicos-estao-em-grave-risco-diante-da-covid-19-alertam-onu-direitos-humanos-e-cidh/>. Último acesso: 09/09/2020.

### III.2 SISTEMA INTERAMERICANO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), principal instrumento de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas, do qual faz parte o Brasil - vez que Estado membro da Organização dos Estados Americanos (OEA) e Estado Parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) -, impõe a observância dos parâmetros interamericanos em relação aos direitos dos povos indígenas na região.

Dentre os preceitos orientadores que estabelece a OEA, no que tange à questão das populações indígenas, encontra-se o direito à livre determinação dos povos indígenas, uma vez que, configurando-se como sociedades pré-existentes ao estabelecimento das fronteiras estatais, são titulares de direito coletivo à livre determinação, tanto econômica, quanto social e cultural. Dessa forma, devem as comunidades poder definir o seu próprio destino em condições de igualdade e, ainda, participar de maneira efetiva em todos os processos que envolvam a tomada de decisões que as afetem de alguma maneira.

O Estado, nesse sentido, não pode atuar em territórios indígenas sem que haja consulta prévia, livre e informada às comunidades, sob pena de violação do princípio da livre determinação<sup>76</sup>, consagrado no art. 3º da DADPI<sup>77</sup>. Além deste, o art. 29 da DADPI também coloca que as comunidades indígenas têm direito à livre determinação de seu próprio

---

<sup>76</sup> CIDH. *Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.176/19, 2019, p. 30.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 31.

desenvolvimento<sup>78</sup>. A Corte IDH levou este princípio em consideração no caso Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador<sup>79</sup>.

De acordo com o consolidado na jurisprudência do Sistema Interamericano, deve sempre ser possibilitado às comunidades indígenas o desenvolvimento autônomo, de modo que possam dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais e não sejam privadas seus próprios meios de subsistência. A partir dessa leitura, verifica-se que o art. 21 da CADH inclui, em seu escopo protetivo, o direito à livre determinação das comunidades indígenas<sup>80</sup>. Ressalta, ainda, a Comissão Interamericana que o direito das comunidades indígenas não se esgota com a demarcação da terra, pois, para além do território, o Estado possui o dever de prestar aos povos indígenas serviços sanitários, de saúde, educacionais, de proteção territorial, entre outros<sup>81</sup>.

Além disso, especificamente em relação às comunidades indígenas e povos tradicionais, a CIDH entende que existem obrigações e garantias que devem cumpridas pelos Estados, como o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre, informado de boa-fé e culturalmente adequado. Tal consulta, segundo a Comissão, pressupõe assegurar a participação efetiva dessas comunidades no processo de desenho, execução e avaliação de projetos de desenvolvimento que venham a ocorrer dentro de suas terras e territórios ancestrais<sup>82</sup>. Assim, para se proteger e reconhecer os povos indígenas como povos culturalmente distintos, o Estado deve, a partir da promoção de um diálogo

---

<sup>78</sup> CIDH. *Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.176/19, 2019, p. 31.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>80</sup> CIDH. *Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.176/19, 2019, p. 122.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 35

intercultural de direitos humanos, garantir a sua participação na vida pública, através de estruturas políticas e institucionais inclusivas e da proteção de suas instituições culturais, sociais, econômicas e políticas<sup>83</sup>.

Isso implica garantir a participação efetiva através do direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado, que devem ser culturalmente adequados aos métodos tradicionais destes povos<sup>84</sup>. A Corte IDH se posiciona nesse sentido, por exemplo, no caso Pueblo Saramaka. Vs. Suriname<sup>85</sup> e em Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador<sup>86</sup>.

A importância da inclusão dos povos indígenas nas decisões que interferem em seus territórios e seus modos de vida é destacada, também, pelo artigo 23<sup>87</sup> da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), especialmente no que diz respeito ao direito de participação nos assuntos públicos dos Estados. Para além disso, há o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos de que se encontra incluído, no direito de participação política, o direito à participação dos povos indígenas nos assuntos e decisões políticas que afetem seus direitos<sup>88</sup>.

Tal interpretação é, por diversas vezes, reiterada nas decisões e resoluções da Corte IDH sobre o tema, como na Resolução 35/2020, na

---

<sup>83</sup> Ibid., p. 40

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> CtIDH. Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. 28/11/2007. Sentencia serie C, n° 172, §133.

<sup>86</sup> CtIDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. 27/06/2012. Sentencia serie C, n° 245, §177.

<sup>87</sup> CADH. Artigo 23. Direitos políticos. 1.Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

<sup>88</sup> CIDH. *Derechos de los Pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. OEA/Ser.LV/II. Doc. 56/09, 2009, p. 108-109.

qual, dentre as elencadas solicitações ao Brasil a respeito de medidas de proteção aos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, devido à pandemia de COVID-19, está a requisição de que haja acordo entre o Estado brasileiro e os beneficiários e seus representantes em relação às medidas sanitárias a serem aplicadas<sup>89</sup>.

Pontua a CIDH que, para que se garanta efetivo acesso à informação e participação política das comunidades indígenas, as informações concedidas devem ser claras e acessíveis<sup>90</sup> e, se necessário, transmitidas com o apoio de um intérprete ou em idioma ou dialeto que permita a compreensão plena por parte destas populações<sup>91</sup>.

Como exposto anteriormente, além da participação nas decisões, verifica-se imprescindível o respeito ao direito dos povos indígenas de serem consultados previamente, tanto no que diz respeito às possíveis mudanças que afetem as propriedades utilizadas e ocupadas pelas tribos<sup>92</sup>, quanto no que concerne às questões sanitárias. Em se tratando desta última, consta, no Guia Prático de Respostas Inclusivas e com Enfoque de Direitos ante a COVID-19 nas Américas<sup>93</sup>, documento emitido pela Organização dos Estados Americanos em 2020, que é direito dos grupos indígenas que os serviços sociais e sanitários sejam geridos em coordenação com os povos interessados, bem como sejam culturalmente apropriados.

---

<sup>89</sup> CIDH. Resolução 35/2020. Medida Cautelar No. 563-20. *Membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana em relação ao Brasil*. OEA. 2020. p. 12.

<sup>90</sup> CIDH. *Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.176/19, 2019, p. 124.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>92</sup> CIDH. *Derechos de los Pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009, p. 109.

<sup>93</sup> Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad (SARE): *Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y con Enfoque de Derechos ante el COVID-19 en las Américas*. OEA/Ser.D/XXVI.16, 2020, p. 43.

Ainda, encontra-se, no referido documento, a recomendação de os Estados manterem a população e as organizações indígenas informadas a respeito das medidas extraordinárias adotadas dentro dos países e, além disso, de coordenarem previamente, junto às autoridades comunitárias, as providências a serem implementadas dentro de suas terras e territórios indígenas<sup>94</sup>.

Entretanto, a CIDH, durante a última visita *in loco* ao Brasil, constatou que se estaria dando uma interpretação restritiva ao direito à consulta livre, prévia e informada, deixando de aplicá-lo em medidas legislativas e administrativas que afetam, de modo direto ou indireto, os povos indígenas<sup>95</sup>.

Em um cenário violador de direitos das comunidades indígenas, cumpre reforçar que as prestações estatais não se restringem ao respeito e cumprimento apenas dos direitos e deveres acima elencados. É dever do Estado, também, prestar serviços sociais e fazê-los chegar às comunidades indígenas<sup>96</sup>.

Apesar disso, a CIDH recebe constantes informações a respeito de graves violações à saúde dos povos indígenas, o que pode implicar violações à vida, à integridade social, bem como à identidade cultural destas populações. Particularmente, durante a última visita *in loco* ao Brasil, a Comissão foi comunicada sobre a grave crise de saúde pela qual passavam as comunidades Yanomami, a qual foi resultado de surtos de sarampo que não foram devidamente controlados pelo Estado brasileiro.

---

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>95</sup> CIDH. *Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.176/19, 2019, p. 126.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 120.

O caso dos Yanomami exemplifica o fato de que muitas das comunidades indígenas brasileiras se encontram ainda mais vulneráveis às epidemias, tendo em vista que muitos indígenas não são imunes às doenças vindas de fora da tribo e que, por viverem em áreas remotas, as dificuldades de acesso à assistência médica são enormes<sup>97</sup>. Durante 2018, a epidemia de sarampo nas populações Yanomami continuou se espalhando ao norte do Brasil e na Venezuela, de modo que, hoje, não se sabe o número de afetados<sup>98</sup>.

Vê-se, portanto, que os serviços de saúde públicos brasileiros são insuficientes, uma vez que não chegam às zonas remotas, nas quais se encontram grande parte dos povos indígenas. Além disso, os profissionais de saúde não estão e não são adequadamente capacitados para que possam atender às demandas das populações de acordo com o enfoque intercultural adequado<sup>99</sup>.

No mais, quanto à crise sanitária vigente, um dos primeiros documentos da Corte envolvendo a pandemia de COVID-19 foi uma decisão publicada em 26/05/2020<sup>100</sup>, no caso *Vélez Loor vs. Panamá*, que, atualmente, está em fase de supervisão de cumprimento de sentença, expedida em 2010. O mencionado pronunciamento da Corte IDH se refere, acatando ao pedido dos representantes das vítimas, à adoção de medidas de proteção em relação à crise sanitária do COVID-19 aos migrantes detidos nas Estações de Recepção Migratória “La Peñita” e “Laja Blanca”, ambas localizadas na Província de Darién. Além disso, a Corte requisitou ao Estado do Panamá que proporcionasse, de modo

---

<sup>97</sup> Ibid., p. 85.

<sup>98</sup> Ibid., p. 86.

<sup>99</sup> Ibid., p. 145.

<sup>100</sup> CtdIH. Adopción de medidas urgentes: V. L. vs. Panamá. Resolución de 26/05/2020.



imediatos, serviços de saúde essenciais a todos que se encontram retidos naquelas localidades, sem qualquer discriminação e garantindo o tratamento da COVID-19<sup>101</sup>.

Inclusive, a Organização dos Estados Americanos (OEA) constatou que diversos povos indígenas tomaram a decisão, devido à pandemia de COVID-19, de se isolarem voluntariamente, evitando, assim, o risco de contaminação<sup>102</sup>.

Ao longo dos meses de 2020, foram diversos os documentos emitidos pela Corte a respeito da pandemia em tela. A Resolução 1/2020, sobre Pandemia e Direitos Humanos nas Américas<sup>103</sup>, bem como a Declaração da Corte IDH<sup>104</sup>, datada de 09 de abril, enfatizam a necessidade de um cuidado maior dos Estados em relação aos grupos mais vulnerabilizados, de risco ou historicamente excluídos - como os povos indígenas -, quando da adoção de medidas de combate ao COVID-19 e demais providências sanitárias. Nessa perspectiva, é necessário que se observe o impacto diverso que a implementação dessas medidas possa ter nos referidos grupos e que se atente para as especificidades de gênero, interseccionais, linguísticas e interculturais. Além disso, é essencial que toda a informação sobre saúde, mobilidade (e as restrições de mobilidade), bem como sobre a situação econômica e medidas associadas estejam disponíveis em línguas indígenas e comunicadas por vias múltiplas e acessíveis às populações<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> Ibid., p. 16.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> CIDH. Resolución 1/2020. *Pandemia e Derechos Humanos Nas Américas*. OEA. 2020, p. 11.

<sup>104</sup> CIDH. Declaración 1/2020. *COVID-19 e Derechos Humanos: os problemas e desafios devem ser abordados a partir de una perspectiva de derechos humanos e com respeto às obrigações internacionais*. OEA. 2020. p. 2.

<sup>105</sup> OEA/CIM (2020). *Covid-19 en la vida de las mujeres: razones para reconocer los impactos diferenciados*, p. 19.

Além da Resolução 1/2020, que fixou parâmetros e recomendações para orientar os Estados a adotar medidas em atenção e contenção da pandemia, a Resolução 4/2020, sobre direitos humanos das pessoas com COVID-19, considerando o contexto próprio das Américas - incluindo a discriminação, a pobreza, a desigualdade, a debilidade do sistema de saúde e, muitas vezes, a falta de estabilidade política e institucional<sup>106</sup> - parte de um enfoque interseccional e multidisciplinar<sup>107</sup>, colocando que os Estados devem dirigir esforços à mais ampla cobertura possível a nível geográfico, segundo a particularidade de cada região, devendo-se gerar ações específicas às, dentre outras, comunidades indígenas, ressaltando que a atenção dada deve ter pertinência cultural<sup>108</sup> e baseadas no consentimento prévio, livre e informado<sup>109</sup>, devendo as informações serem culturalmente adequadas e particularmente acessíveis aos distintos grupos sociais<sup>110</sup>.

### **III.3 IMPACTO NO DIREITO BRASILEIRO: NECESSÁRIO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Tendo em vista a hierarquia especial dos tratados de direitos humanos e sua conexão com nosso bloco de constitucionalidade, é poder-dever do Supremo Tribunal Federal se pronunciar sobre violações à Convenção nº 169 da OIT. É necessário interpretar tal instrumento para o fim de precisar o sentido e o alcance das obrigações advindas do direito internacional dos direitos humanos.

---

<sup>106</sup> CIDH. Resolución 4/2020. *Derechos humanos de las personas con covid-19*. OEA. 2020, p.1.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 9.

Assim, cabe à Suprema Corte e demais órgãos que compõem o Poder Judiciário brasileiro realizar o necessário controle de convencionalidade acerca da interpretação dada ao artigo 231 da Constituição brasileira, adotando como parâmetro o artigo 21 da CADH, tal como lida por este tribunal, o qual figura como intérprete último da aludida Convenção<sup>111</sup>.

O controle de convencionalidade traduz-se em uma harmonização dos sistemas nacionais com os *standards* regionais. Sobre sua aplicação e exercício, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já firmou entendimento tanto para a necessidade de um controle concentrado, quanto difuso, como o estabelecido no caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* (2006), e *Gelman Vs. Uruguai* (2011). Assim o sendo, resta imperiosa a necessidade de o Poder Judiciário exercer o controle das normas jurídicas internas em espelhamento ao disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como à interpretação conferida pela Corte Interamericana, intérprete última do diploma internacional supracitado<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> “Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.” **Caso Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C nº 154, par. 124.

<sup>112</sup> “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. En esta tarea, **el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana** (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*). Acesso em: 22 jul. 2020. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Grifo Nosso.

Não obstante o artigo 6º da Convenção da OIT se refira à necessidade de se realizar consulta prévia em relação às medidas administrativas ou legislativas que possam atingir os direitos dos povos interessados, tem-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal centrou-se na exegese da disposição veiculada no artigo 231 da Constituição brasileira e impôs tais condicionantes.

Nesse contexto, necessária a observação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como as resoluções emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante CIDH.

Em julho de 2020, a CIDH emitiu a Resolução nº 35/2020, referente aos Membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana e proteção dos direitos à vida e à integridade pessoal de seus membros, em virtude da pandemia de Covid-19. Na oportunidade, a CIDH requereu que o Brasil adote, em uma perspectiva culturalmente apropriada, medidas necessárias para a proteção da saúde dos povos indígenas, considerando sua situação de vulnerabilidade, falhas nos cuidados de saúde e a presença de terceiros não autorizados em seu território. O fornecimento de assistência médica deve se pautar pelos critérios de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade dos membros, e qualidade, em consonância com os parâmetros internacionais aplicáveis<sup>113</sup>.

Precedente antigo da CIDH, datado de 5 de março de 1985, relativo à Resolução nº 12/85 (Caso nº 7615 - Brasil), também, encontra-se em consonância com a consulta dos povos indígenas em questões que lhes

---

<sup>113</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **RESOLUÇÃO 35/2020**. Medida Cautelar No. 563-20. Membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana em relação ao Brasil. 17 de julho de 2020. Acesso em: 1 set. 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/35-20MC563-20-BR-PT.pdf>

afetem diretamente. O caso versa sobre a construção da rodovia Transamazônica BR-210, que atravessa os territórios onde vivem os índios Yanomami. Tal situação provocou devastadoras consequências, como a ruptura da organização social indígena, o surgimento de epidemias de gripe, tuberculose, sarampo e outras doenças venéreas, além de introduzir a prostituição entre as mulheres indígenas - até então desconhecida pela comunidade.

Na mencionada resolução, a CIDH recomendou que "os programas educacionais de proteção médica e de integração social dos Yanomami sejam levados em consulta com a população indígena afetada em conjunto com uma assessoria competente científica, médica e antropológica"<sup>114</sup>.

Em se amoldando ao presente julgamento, traduz-se como necessária e justa a consulta prévia à população indígena que sofra intervenções estatais, em qualquer assunto que lhes toquem - como as questões de ordem sanitária no presente caso. Em sendo o objetivo das intervenções promover melhorias, em consonância e respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a adequação dessas políticas deve amoldar-se à realidade cultural indígena, de modo a não modificar seus hábitos comunitários milenares.

O direito brasileiro já perdeu a oportunidade de assim fazê-lo antes, no afamado caso Raposa Serra do Sol já que, ao endossar a tese do marco temporal, excluiu um grande número de comunidades do

---

<sup>114</sup> "3. Recomendar: [...] c) Que los programas educacionales, de protección médica y de integración social de los Yanomami sean llevados a cabo en consulta con la población indígena afectada y con la asesoría de competente personal científico, médico y antropológico". COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CAPITULO III. RESOLUCIONES RELATIVAS A CASOS INDIVIDUALES.

**RESOLUCION Nº 12/85.** CASO Nº 7615 (BRASIL). 5 de marzo de 1985. Acesso em 1 set. 2020. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm>

processo demarcatório, exigindo muito mais do que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a Convenção 169 da OIT exigem para tanto.

A mora no cumprimento dos povos indígenas já custou muitas vidas. Precisamos avançar na compreensão constitucional da consulta prévia e sua obrigatoriedade para a aprovação e adoção de medidas legislativas e administrativas, empreendimentos e políticas públicas que diretamente afetem os povos indígenas.<sup>115</sup>

O STF poderia contribuir com uma criação jurisprudencial que viabilizasse a consulta prévia dos indígenas e assim, aplicar os dispositivos da Convenção nº 169.<sup>116</sup> Não há escolha, senão obrigação de seguir os parâmetros constitucionais e convencionais na realização do devido controle de convencionalidade.

#### **IV. VIDA E AFIRMAÇÃO CULTURAL NOS RITOS DE DESPEDIDA: A COMPATIBILIZAÇÃO DO COMBATE À PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19) COM OS DIREITOS E TRADIÇÕES CULTURAIS DE CADA COMUNIDADE INDÍGENA**

À luz dos diálogos com o sistema interamericano, outra contribuição que o CCONS- UFPR pode trazer é da compatibilização do combate à pandemia com os direitos e tradições culturais de cada comunidade, a fim de que sejam estabelecidos protocolos sanitários com a participação dos povos indígenas.

A definição e realização dos procedimentos relativos à pandemia incidem nas especificidades da prevenção, do tratamento e, nos casos

---

<sup>115</sup> Bijos, L; Melo de, C.N. Demarcação de terras indígenas e sistema interamericano de Direitos Humanos: A responsabilidade do Estado por ato judicial, *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, v.2, n.2, dez/2016.

<sup>116</sup> Osorio, L.M. Direitos Indígenas no Brasil: o Julgamento do Caso da Raposa Serra do Sol e a Convenção 169 da OIT, *Revista Latino Americana de Direitos Humanos*, v.6, n. 2, 2015.

mais agudos que resultam em morte, no direito à identificação das etnias. Vivendo nos vários territórios, aldeias, áreas rurais, locais com características de urbanização e em cidades, aspectos fundamentais da cultura perduram em práticas que manifestam sentidos de vida, de coexistência comunitária e em família, de crenças que mantêm vínculos estreitos com tradições presentificadas e significadas nos ritos e nos modos de lidar com as ausências provocadas pela doença.

A tragédia das interrupções das vidas apresenta várias perdas e silenciamentos. Quanto àquelas que dizem respeito especialmente aos anciãos, significa a necessidade de manter existentes os seus legados culturais, em grande medida manifestados na tradição oral. Nesse sentido, a informação, o tempo e o espaço são elementos essenciais na garantia de permanência da experiência, de memória de cada grupo e comunidade étnica e também na produção da história de toda a população conformada na sua diversidade.

Os ritos de passagem e de despedida significam a reorganização social e dos papéis exercidos nas comunidades, produzem e reafirmam coesão e vínculos. São realizados em espaços que representam simbolicamente a transição, a mudança, a readaptação, a afirmação da vida. O tempo do conhecimento da morte influencia ou condiciona as cerimônias da partida. Portanto, todas as particularidades e vulnerabilidades de cada povo indígena devem ser levadas em conta pelas suas singularidades históricas e antropológicas, que demandam proteção peculiar por suas práticas socioculturais<sup>117</sup>, dentre elas as tradições relativas ao luto e ao modo pelo qual, cada tribo, cultua seus mortos.

---

<sup>117</sup> SOUZA, Allan Rocha de. **Direitos culturais no Brasil**. Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2012, p. 69.

A memoração dos mortos, na sua perspectiva religiosa, é a dimensão que une vivos e mortos, cada qual com suas crenças, formas de expressão e ritos<sup>118</sup>. A celebração da memória dos mortos, distintiva a cada povo, centra-se na expressão cultural da tradição imemorial indígena que, constitucionalmente, deve ser preservada e tutelada.

*“Os rituais indígenas são uma celebração das diferenças. Em primeiro lugar, das diferenças entre os seres que habitam o cosmos. Os humanos sabem que muito do que possuem – aquilo que chamamos de cultura – não foi meramente ‘inventado’ por eles mesmos, mas sim tomado, no tempo do mito, de outras espécies, e mesmo de inimigos há muito não vistos. Os rituais indígenas são, além disso, uma celebração das diferenças entre os próprios seres humanos, diferenças sem as quais não haveria nem troca nem cooperação. E para celebrar essas diferenças uma intensa trama de prestações – de comida e bebida, sobretudo, mas também, em certas ocasiões, de cantos e artefatos – é posta em movimento”*, anota Renato Sztutman, antropólogo e professor do Departamento de Antropologia da Universidade de São Paulo, pesquisador do Núcleo de História Indígena e do Indigenismo/NHII-USP e colaborador do ISA.<sup>119</sup> O ritual de sepultamento dos povos indígenas (como outros rituais que lhes constituem) diz respeito à sua forma de existir, re-existir, isto é, as suas tradições de vida e morte são próprias e diferentes das de outros povos. Isso significa que impor aos índios e índias mortos pela pandemia do COVID-19 outro ritual para os seus corpos e espíritos, obrigando-os aos protocolos sanitários e a formas de sepultamento que não as das suas

<sup>118</sup> ASSMANN, Aleida. **Espaços da recordação – formas e transformações da memória cultural**. Trad. Paulo Soethe, Campinas, Editora UNICAMP, 2016, p. 37 e seguintes.

<sup>119</sup> SZTUTMAN, Renato. **Rituais**. Portal övos indígenas no Brasil. Disponível em <https://pib.socioambiental.org/pt/Rituais>. Acesso: 16/9/2020.



tradições e culturas é causar-lhes mais violência. Sepultamentos em cemitérios das cidades e não em seus territórios não se trata de uma simples realocação, mas de afrontar as suas existências, mesmo quando estas se tornaram fisicamente outras e finitas.

A pandemia que vem acontecendo no mundo e, em especial no Brasil, não pode romper com as tradições culturais e espirituais dos povos indígenas, ao contrário, há de se respeitá-las e compatibilizá-las com as demandas sanitárias. Há vários casos como o do jovem Yanomami que faleceu em razão do COVID-19 em Boa Vista, Roraima, e teve seu sepultamento realizado na cidade e não em sua comunidade por força dos protocolos sanitários, à revelia de sua comunidade e de seus pais.

A não observância aos rituais funerários indígenas requer, antes de mais nada, atenção e mediação. Há que se anotar enfaticamente, que a morte (e todos os rituais que lhes são afetos), circunstância mítica e pertencente ao universo sócio cósmico para os indígenas é, como na tribo dos Yanomami, um referencial da estrutura e dinâmica própria vida da tribo. Tal a sua importância que o ritual funerário (*reahu*, ou *xaponomou* entre os sanuma) é o maior evento, a partir do qual, “*toda a rede de relações sociais (de cooperação e aliança, mas também de oposição e hostilidade) das comunidades envolvidas é atualizada*”<sup>120</sup>. A morte acompanha, em toda a sua profundidade, o imaginário e o viver na cultura e tradição dos Yanomami.

---

<sup>120</sup> RAMALHO, Moisés. **Os Yanomami e a morte**. Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social do Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008, p. 25. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-04052009-154152/publico/MOISES\\_RAMALHO.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-04052009-154152/publico/MOISES_RAMALHO.pdf). Acesso 15/9/2020.

As narrativas encontradas no material antropológico pesquisado<sup>121</sup> demonstram um ponto comum: o evento morte que, quando ocorrido em razão de conflito, é fator determinante para o deslocamento das tribos. Eis, portanto, a razão pela qual há abandono periódico dos territórios onde as tribos se localizam.

Isto significa, dentre outras inúmeras razões fundamentais e não apenas para as tribos Yanomami, que há de se compatibilizar o respeito à cultura e tradição, ou mais, à forma de vida e morte dos povos indígenas, sua existência física e espiritual com as questões de saúde pública relativamente à pandemia. Os rituais de despedida são importantes tanto para o morto quanto para a comunidade e, ao serem desrespeitados, podem afetar a própria maneira indígena de se proteger da pandemia. Trata-se de preservar o direito à integridade cultural dos indígenas onde o evento morte não encontra correspondência nos padrões sociais dominantes. Mesmo em tempos excepcionais como estes, nos quais medidas sanitárias alteram a tradição ritualista do culto aos mortos para preservar a vida e a saúde dos indígenas, é necessário respeitar a identidade e integridade cultural.

Em situações normais, retirar o índio de sua comunidade e submetê-lo aos protocolos sanitários estatais já é uma questão delicada e complexa, que pode resultar em violência. Em situações insólitas como a da pandemia, deslocá-lo e submetê-lo ao que aniquila sua particular forma de existir, e de não existir, é pura violência.

No caso do jovem Yanomami, segundo informações da Secretaria Especial de Saúde Indígena, o corpo foi sepultado uma hora após sua morte no Cemitério Campos da Saudade, em Boa Vista, pela Vigilância

---

<sup>121</sup> Ibidem, p. 34.

Sanitária de Roraima, sem que a comunidade e os pais tivessem sido avisados de tal procedimento, isto é, do sepultamento no cemitério de Boa Vista. A morte sequer foi notificada ao Distrito Sanitário Especial dos Yanomamis (DSEI). As autoridades sanitárias do estado de Roraima seguiram o protocolo de sepultamento para as vítimas do COVID-19, conforme a Nota Técnica do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).<sup>122</sup>

Segundo o líder Yanomami Yawarioma Urihithëri<sup>123</sup> não houve diálogo acerca dos protocolos adotados para o sepultamento do indígena em vista dos rituais próprios da comunidade, em respeito à tradição, à cultura, à ancestralidade. Segundo o líder, *“quando uma pessoa morre, nosso parente, nosso irmão, nosso primo, nós temos cultura, rituais para chorar, para ficar mais ou menos 15 dias isolado o corpo no mato. A realidade do povo Yanomami, a gente tem isso... sentir muita saudade, chorar bastante. Durante um mês, 30 dias, a gente crema o corpo e a gente para de chorar, para matar a saudade. Nós temos isso, tem que respeitar a nossa diversidade cultural, isso é muito importante, a gente mantém segurança nesse ritual, a gente precisa disso, é como a gente vive na nossa cultura”*.

Destaca-se a menção aos Yanomami por ser uma das tribos mais estudadas e onde os rituais fúnebres e a morte influem e determinam o sentido da vida. No entanto, não há que se descurar de todas as outras

---

<sup>122</sup> <https://amazoniareal.com.br/morre-jovem-yanomami-por-covid-19-em-roraima-diz-sesai/> acesso em 15/09/2020

<sup>123</sup> <http://amazonia.org.br/2020/04/coronavirus-enterros-de-indigenas-sem-rituais-requer-dialogo-entre-liderancas-e-o-ministerio-da-saude-diz-especialistas/> acesso em 15/09/2020

etnias<sup>124</sup> que povoam o território brasileiro, cada qual com seus ritos e tradições.

Nesse cenário de salvaguarda de tradições, por outro lado, não se pode negligenciar que a manipulação do corpo contaminado pelo COVID-19 tem consequências sérias, isto é, potencialmente letais. Segundo portaria conjunta n. 3 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) deve-se proteger os povos indígenas a partir de um plano de ação e a criação de cordão de isolamento sanitário. (arts. 1º e 2º).

Interessante que os protocolos gerais de sepultamento respeitam os lugares especificamente indicados para tanto. Assim, são os cemitérios onde os sepultamento acontecem. Vejamos, a própria ideia de sepultamento é imprópria para se referir ao rito de lidar com os corpos mortos. Sepultar pode significar em nossa língua (HOUAISS)<sup>125</sup> guardar, esconder, ocultar, calar, fazer desaparecer sob um amontoamento, soterrar, aterrar, submergir, afundar, pôr fim a, acabar com, por em clausura, enclausurar, prender, confinar, enfiar a fundo, recolher-se o que, genericamente, sugere o contrário do que as línguas e os respectivos ritos dos povos indígenas significam. Daí o sepultamento em cemitérios nada signifique e, pior, signifique extrema violência.

O trato do e com o corpo dos indígenas mortos é diferente para cada comunidade e a questão que se coloca é se não seria o caso das autoridades estatais levarem em conta a percepção dos povos indígenas

---

<sup>124</sup> Dados divulgados pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, com o número de óbitos em todos os estados da Federação, disponível em [http://emergenciaindigena.apib.info/dados\\_covid19/](http://emergenciaindigena.apib.info/dados_covid19/). Acesso em 16/9/2020.

<sup>125</sup> [https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol\\_www/v5-4/html/index.php#1](https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v5-4/html/index.php#1)

sobre como enfrentar a pandemia, em especial em relação ao cuidado, trato e tudo mais que está implicado no rito de lidar com os mortos. Isso requer diálogo, mediação, tradução, respeito e consideração. Também para que os povos indígenas percebam que os protocolos sanitários estatais podem ou devem em alguma medida ser levados em conta.

Segundo Antonio Guerreiro<sup>126</sup>, antropólogo e professor da Unicamp, há uma variedade nos modos como os povos indígenas lidam com seus mortos, “penso que cada Dsei [Distrito Sanitário Especial Indígena] deveria dialogar com representantes dos povos indígenas que atendem, para elaborar protocolos de ação específicos para cada contexto”, tendo em vista também os riscos de disseminação do COVID-19. Conforme o antropólogo, os diferentes momentos que compõem os rituais funerários no Alto Xingu são os seguintes: “o primeiro envolve a preparação do corpo, que deverá ser pintado (idealmente por algum não parente, ou um parente por casamento do/a falecido/a), e depois o enterro, que é feito de diferentes maneiras, e em diferentes lugares da aldeia, dependendo da idade e do prestígio da pessoa.” O segundo momento ocorre depois do enterro, e inclui “ações para instruir a alma do morto a se afastar dos parentes vivos, e com o tempo é preciso ‘tirar a tristeza’ dos enlutados. Esse último processo consiste em banhos rituais, que serão dados nos enlutados pelas mesmas pessoas que cavaram a cova e fizeram o enterro (ou seja, não parentes ou parentes por casamento)”. Estes banhos podem acontecer ao longo do tempo, e se repetem, para aos poucos irem “tirando a tristeza”. O terceiro momento, por fim, é o ritual indígena mais conhecido do país, o Kuarup, que se

---

<sup>126</sup> <http://amazonia.org.br/2020/05/em-tempos-de-pandemia-rituais-funerarios-como-o-kuarup-requerem-dialogo/> acesso 15/09/2020

trata de “homenagear/lembrar os mortos e separar de vez suas almas dos vivos”.

Para o antropólogo, o que ocorreu com o rapaz Yanomami, sepultado sem que sua família fosse consultada, é o oposto do que deveria acontecer.

O respeito às tradições de culto aos mortos, cujas raízes são profundas e diversas nas várias etnias indígenas no Brasil, impõe às autoridades sanitárias, nestes tempos de pandemia, o desafio de adequá-las às medidas de contenção e de prevenção do COVID-19. Se, de um lado, o bem da vida de todos, indígenas ou não, deve ser assegurado pelo Estado, de igual modo, a tradição e a memoração dos mortos nas aldeias indígenas é bem jurídico merecedor de proteção.

Cabe aos agentes estatais, que munidos de regramentos e práticas sanitárias tidas (equivocamente) como válidas indistintamente para todo o território nacional e fundadas em uma racionalidade distinta da cultura e da existência dos povos indígenas, encontrar alternativas para a manutenção da vida e da integridade das estruturas culturais de cada etnia. Trata-se, antes de tudo, de incorporar valores e tradições outros para a busca da justiça material assentada na mais ampla concepção da diversidade. Assim, o diálogo entre os povos indígenas e as autoridades estatais mostra-se como uma das possibilidades plausíveis para adequar práticas e costumes, e afastar a violência e a violação a valores constitucionalmente protegidos.

## **V. DESINTRUSÃO: NECESSÁRIA, URGENTE E FACTÍVEL**

Se a pandemia do novo coronavírus (COVID-19) inaugurou um capítulo novo na história da humanidade, para os povos indígenas do

Brasil ela apenas trouxe um novo capítulo de uma história já conhecida e vivida há mais de cinco séculos: os não indígenas levando a eles uma nova doença e ainda novos ataques a suas terras, culturas e existência. No contexto pandêmico, a invasão ilegal às terras indígenas acentuou dramaticamente os riscos e perigos da COVID-19 a esse grupo marcado por diversas vulnerabilidades, a ponto de expô-lo à possibilidade de genocídio. Não é demasiado falar em genocídio. Afinal, os invasores sabem da ilicitude da invasão e, mais do que isso, do risco que impõem aos indígenas quando entram em suas terras e áreas de habitação.

Além dos invasores, o Governo Federal atualmente parece promover uma política que tudo faz para que os indígenas sucumbam e desapareçam. Vide a política de desmonte da FUNAI, do IBAMA ou do ICMBio. Ou, ainda, uma política que nada faz e, assim, também atua para que os indígenas e seus modos de vida sejam destruídos. Vide a inércia do Governo Federal em instalar a Sala de Situação (ocorrida apenas após determinação judicial do Supremo Tribunal Federal) ou a sua letargia em fazer dela espaço de ações coordenadas e efetivas para a retirada dos invasores das terras indígenas.

Essas ações e omissões, de particulares e do Poder Público, colocam em risco de morte, de desaparecimento, pessoas, grupos, etnias. Às vezes de modo parcial, e às vezes de modo inteiro e integral. Se a pandemia atinge a todos indistintamente, aos indígenas ela atinge indistintamente e definitivamente.

Nesse contexto, as vulnerabilidades concretas dos indígenas diante das invasões e permanência de invasores em suas terras são: sócio-epidemiológica, demográfica, política e territorial (eDOC 01, p. 29 e 30).

A vulnerabilidade sócio-epidemiológica decorre do maior impacto da COVID-19 sobre os indígenas. Conforme apontado nesta ADPF 709, o

índice de letalidade da COVID-19 para os povos indígenas é 9,6%, enquanto para a população brasileira em geral é de 5,6% (eDOC1, p.5). Essa maior fragilidade se explica tanto pela indefensibilidade imunológica desse grupo (art. 3º, III, Portaria Conjunta nº 4.094/2018), quanto pelas características de seu modo de vida, marcado pelo compartilhamento de espaços e utensílios, modo facilitador do contágio da doença.

A vulnerabilidade demográfica, por sua vez, decorre do reduzido número dessas comunidades comparado à comunidade nacional em geral. A vulnerabilidade política se deve à marginalização do grupo nos espaços de deliberação pública e à insuficiente representatividade nas instituições democráticas do país.

Por fim, a vulnerabilidade territorial se verifica com os documentos probatórios juntados aos autos desta ADPF. Nesse sentido, as invasões às terras indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trancheira Bacajá foram muito bem detalhadas na petição inicial através de dados, gráficos e mapas (eDOC1).



Mas, essa vulnerabilidade também tem se mostrado, evidente, pública e notória, com as notícias frequentemente veiculadas em jornais, televisões e portais<sup>127 128 129</sup>.

Toda essa situação fática acarreta a violação de direitos fundamentais e humanos dos indígenas e suas comunidades em três diferentes vertentes: (i) o direito à vida e à proteção dos modos de vida dos indígenas (arts. 5º e 231, CRFB/88); (ii) o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CRFB/88); (iii) as terras indígenas como bens públicos da União (arts. 20 e 22, CRFB/88). Vejamos.

A primeira vertente de análise (direito à vida e à proteção dos modos de vida dos indígenas) evidencia violação às seguintes normativas:

- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigos art. 5º, 6º, 196, 215, 216 e 231;
- Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas das Nações Unidas, art. 26;
- Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas da OEA, art. 25;
- Resolução nº 01/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, parágrafo 55º e 57º;

---

<sup>127</sup> Abandono de povos indígenas na pandemia deixa dúvida se governo age por “omissão ou estratégia”. Pública - Agência de Jornalismo Investigativo, 11 de agosto de 2020. Disponível em: <https://apublica.org/2020/08/abandono-de-povos-indigenas-na-pandemia-deixa-duvida-se-governo-age-por-omissao-ou-estrategia/>

<sup>128</sup> Como a pandemia agrava o risco de invasões em terras indígenas. Nexo Jornal, 18 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/04/18/Como-a-pandemia-agrava-o-risco-de-invas%C3%B5es-em-terras-ind%C3%ADgenas#:~:text=A%20invas%C3%A3o%20de%20terras%20ind%C3%ADgenas,problema%20que%20come%C3%A7ou%20na%20pandemia.&text=As%20popula%C3%A7%C3%B5es%20ind%C3%ADgenas%20est%C3%A3o%20entre,n%C3%BAmero%20de%20doentes%20e%20mortos.>

<sup>129</sup> Com 652 indígenas mortos por covid, aldeias vivem drama da pandemia. Correio Braziliense, 10 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/brasil/2020/08/4867392-o-perigo-que-vem-da-estrada.html>

- Estatuto do Índio - Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, art. 18º §1º;
- Portaria Conjunta nº 4.094/2018, artigo 3, I e II.

Quanto à segunda vertente de análise (direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), a degradação do meio ambiente evidencia violação do direito fundamental difuso de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CRFB/88). Uma violação que, conforme asseverou o voto do Min. Ricardo Lewandowski, gera prejuízo à toda humanidade.

A terceira vertente de análise (as terras indígenas como bens públicos da União) evidencia a violação da propriedade das terras indígenas como bens da União (art. 20, XI, CRFB/88) e de posse permanente dos indígenas, com seu usufruto exclusivo e marcadas pela indisponibilidade e inalienabilidade, sendo, assim, nulos os atos de ocupação, domínio e posse de terras indígenas por pessoas não indígenas (art. 231, CRFB/88).

Se das vulnerabilidades decorre a necessidade de desintrusão, da Constituição, tratados e leis decorre a imperatividade de tal medida. Nesse sentido, a necessidade de eliminar a presença de invasores ilegais em terras indígenas foi até mesmo reconhecida por todos os ministros e ministras da Corte. A divergência reside, entretanto, sobre o momento em que deve ser realizada.

Diante de situação de morte, e morte ampla, bem como de destruição do meio ambiente, fatos esses conhecidos e documentados, nenhuma razão sobre procedimentos e operacionalização encontra justificativa. Afinal, os bens são da União, os órgãos de proteção e controle são e estão sob direção da União, a necessidade de proteção dos indígenas é premente e sabida, direito humano e dever fundamental do

Estado. Assim, expostos os fatos, as circunstâncias, as vulnerabilidades e os imperativos constitucionais e legais, argui-se, desse modo, que a desintração é urgente, pois a demora expõe os povos indígenas à morte, quiçá ao genocídio, e as terras indígenas à indevida exploração e degradação. Não há tempo que possa ser esperado. Esperar... é deixar morrer.

Nesse sentido, é preciso salientar que não se trata de medida fácil ou de simples operação - não é esse o cerne -, mas é um dever de proteção da integridade indígena nos termos do artigo 2º, 1. da Convenção nº 169 da OIT, que vige no ordenamento brasileiro e resulta na defesa de terras indígenas. Essa exigência de proteção independe da pandemia, mas ganha especial relevância e urgência diante dela, ressaltando a moldura constitucional que lhe alberga e que busca inverter a espoliação secular à qual os povos indígenas estão submetidos.

“Mudar a história”, este é o desafio constitucional de caráter interinstitucional e intercultural aduzido pelo ilustre Min. Relator (eDOC 146, p. 7) em um mantra que deve orientar o enfrentamento desse sensível e civilizatório desafio. Assim, pela abordagem de Débora Duprat: “Impõe-se ao Estado-administração a ruptura definitiva com a visão etnocêntrica que o orientou até agora”.<sup>130</sup>

Quanto à desintração, a APIB foi nítida em seu pedido:

*“Determinar à União Federal que tome todas as medidas necessárias para a retirada dos invasores nas Terras Indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá, valendo-se para*

---

<sup>130</sup> PEREIRA, Deborah Duprat de B. **O Estado Pluriétnico**. In: LIMA, Antonio Carlos e Souza e BARROSO HOFFMANN, Maria (orgs). **Além da Tutela: Bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 46.

*tanto de todos os meios necessários, inclusive, se for o caso, do auxílio das Forças Armadas". (eDOC 1, p. 84).*

Esse pedido não foi acolhido na decisão cautelar em razão de algumas contrarrazões e objeções levantadas pela União.

O principal argumento sobre a momentânea impossibilidade de uma operação de desintrusão é de ordem sanitária e diz respeito às privações impostas pela pandemia à concreção da operação e ao risco, alto, de contaminação dos povos com o deslocamento de contingentes para a operação propriamente dita. Esse argumento é honesto, real e pertinente: a alta vulnerabilidade, tripla, dos indígenas deve ser considerada. Além disso, um forte deslocamento territorial iria na contramão ao sentido vetorial do isolamento social necessário às contingências do momento. Em suma, esses argumentos integram-se ao conteúdo desta ADPF porque, justamente, indicam a necessidade de uma adequada, mensurada e planejada tomada de decisão do poder público que, nesse caso, não pode olvidar-se, de forma alguma, dos diálogos interinstitucionais e interculturais que demandam o feito.

De todo modo, a APIB reiterou a necessidade da retirada dos invasores das terras Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá (eDOC 179). A indicação dos povos indígenas, representados pela APIB, é atinente ao risco de genocídio. Portanto, há necessidade e urgência, pois são terras exploradas (principalmente por garimpo e desmatamento) diuturna e diariamente, sendo a pandemia um agravante fatal para estes povos que já estão em latente perigo.

Como visto, risco há. Todavia, esse risco também já existe hoje com a presença indevida de invasores e intrusos nas terras indígenas. A

presença do poder público na retirada dos invasores ao menos poderá cessar a agressão direta ao artigo 231 da Constituição e implicar na proteção devida dos povos indígenas e no restabelecimento da ordem pública, fundamental ao combate de uma pandemia.

A inegável e, possivelmente, inevitável infecção derivada da desintração pode ser reduzida com a adoção, pela União, de protocolos rígidos de saúde para garantir, tanto quanto possível, o distanciamento social e a não-introdução de pessoal contaminado nas terras indígenas. Testagem, quarentena dos servidores e disponibilidade de EPI's são parâmetros mínimos e possíveis para as medidas de desintração.

Não só o caráter sanitário-protocolar, mas a ação de desintração pode, além de diferenciar as particularidades das terras indígenas mencionadas, ser estudada e planejada com cuidado para que sejam buscados os melhores resultados com os menores dispêndios de recursos materiais e sociais. As complexidades e a sensibilidade exigem o salutar ponto levantado pelo Min. Relator de mediação interinstitucional, cultural e também entre os demais entes federativos. E, em todo esse processo, sobretudo, a oitiva e participação prévia dos indígenas.

A cooperação, pode, portanto, contornar as privações que envolvem o Estado brasileiro no quadro da pandemia. Essa é uma maneira de reduzir as chances de conflito com os invasores que podem resistir a desintração. E é também uma maneira de se evitar contaminação indígena. Nesse sentido, a Sala de Situação constituída pode ser um ponto focal, formulador de *standards* normativos que orientem a União na execução das medidas.

O Supremo Tribunal Federal pode, portanto, decidir, pelo acatamento do pedido da APIB de retirada dos invasores, mas atendo-

se aos pressupostos de diálogo e cooperação institucional e intercultural, cuja Sala de Situação é a materialização concreta desse esforço em busca de uma solução urgente, porém responsável, democrática, planejada e atenta às complexidades que se afiguram evidentes.

A partir da premissa acima esquadrinhada, sustentada sobre fatos, circunstâncias e normas (nacionais e internacionais), a desintração então não é mais uma questão de tempo, e sim de *como* ser operacionalizada.

É possível pensar uma solução factível valendo-se do proposto no Relatório Analítico sobre o Plano de Barreiras Sanitárias para os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato do, coordenado pela Conselheira do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Maria Tereza Uille Gomes (eDOC 228).

O referido Relatório Analítico busca otimizar e trazer objetividade aos trabalhos da Sala de Situação responsável pela elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 em conjunto com representantes das comunidades indígenas, representantes do Governo Federal, representantes da PGR, da Defensoria Pública e assessoramento técnico da Fiocruz e da Abrasco. Dessa forma, Relatório Analítico constitui em instrumento e guia para a construção de solução prática para a desintração, haja vista a troca intercultural e interinstitucional em prol da proteção à vida e à saúde, sintetizada pela coordenadora do relatório, assim respeitando a Convenção OIT 169, artigos 2º, 1; 4º, 2; 5º, “c”; 6º, 1, “a” e “b”; art. 7º, 1.

Em linhas gerais, o Relatório do CNJ foi dividido em três frentes:

“I) Dever de Proteção integral pela União das Terras Indígenas, ocupadas pelos Povos Indígenas Isolados ou de recente contato, como determina o artigo 231 da Constituição Federal, cuja violação caracteriza ilícito de natureza penal, civil, administrativa ou trabalhista, e que implica a existência ou não de inquéritos e processos instaurados em trâmite no Poder Judiciário.

II) Instalação/operação da Sala de Situação para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria-Geral da República e da Defensoria Pública da União.

III) Plano para a criação de barreiras sanitárias, a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação.” (Relatório CNJ, eDOC 228, pag. 9)

Nesta linha, a metodologia para a solução dos pontos supracitados proposta foi a separação do plano em 3 diferentes níveis:

**“Estratégico:** com a composição do Conselho da Amazônia, coordenado pelo Vice- Presidente da República, e do Observatório Nacional que, além do CNJ e do CNMP, tem a participação da AGU e da DPU.

**Tático:** com a atual composição da Sala de Situação Nacional.

**Operacional:** composto pelas Salas de Situação locais, que devem, necessariamente, ser instaladas em todas as 33 terras indígenas com povos isolados e de recente contato.” (Relatório CNJ, eDOC 228, pag. 9)

Para a necessária e urgente desintrusão, o nível *operacional* é que possibilita a construção de uma solução viável e factível, através de sugestões práticas para tanto.

Dentre os apontamentos se faz necessário destacar, pelo baixo custo e alto benefício, o fornecimento de EPI para profissionais da SESAI

e FUNAI, bem como delimitação de local adequado para realização de quarentena de 14 dias ou testagem PCR para todos os servidores que forem entrar nas terras indígenas para as operações de proteção e desintrusão. Dessa forma, as operações realizadas nos locais, seja para combate ao desmatamento, garimpo ou desintrusão, poderiam ocorrer de forma a resguardar ao máximo a saúde dos indígenas e evitar a disseminação do COVID-19.

Nesse compasso, o Relatório também sugere a possibilidade de realização de parceria com o Corpo de Bombeiros Militar de cada região onde estão as terras indígenas para auxiliar o Governo Federal e IBAMA no combate a incêndios criminosos dado o conhecimento técnico da corporação.

Para uma atuação célere e efetiva desse tipo de atuação do Corpo de Bombeiros poderia haver também a capacitação dos profissionais para atuação específica em terras indígenas, com fornecimento de infraestrutura de radiofonia para as salas de situação locais e a criação de um protocolo de comunicação que permita a comunicação imediata dos indígenas com o Corpo de Bombeiros.

Todas essas ações podem ser viabilizadas de modo adequado segundo uma metodologia executiva específica, já proposta e analisada pelo Min. Relator Luís Roberto Barroso, qual seja, a metodologia 5W2H:

**5W**

- (What) o que será feito – ação;
- (Why) por que será feito – objetivos;
- (Where) onde será feito – locais específicos da ação pretendida;
- (When) quando será feito – cronograma de ações e prazos para sua execução;



- (Who) quem é o responsável – órgão e agente responsáveis pela execução das

## **2H**

- (How) como será feita a ação – detalhamento do plano de ações;
- (How much) quanto custa – custo de execução das ações.

Nesse sentido de construção e execução de ações e medidas urgentes e necessárias e metodologicamente adequadas, veja-se ainda o Relatório Analítico nº 4 elaborado pela Conselheira do CNJ (eDOC 440) com manifestação sobre o aperfeiçoamento do Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Saúde dos Povos Indígenas quem vindo sendo construído nesta ADFP.

É fundamental que a Sala de Situação volte a funcionar, e a funcionar satisfatoriamente. Isso significa, em termos práticos, por exemplo, um calendário fixo de reuniões, com pautas, coordenação, para que ela seja um efetivo canal de direcionamento das demandas e espaço de diálogo e construção de medidas executivas de resolução dos problemas comunicados a partir dos indígenas e em conjunto com eles. Nesse sentido, o Relatório Analítico nº 4 aponta ao 10 (dez) sugestões para que possa haver ações efetivas, que possam partir da metodologia 5W2H, especialmente em relação à desinstrução (eDOC 440, pg. 6-8). Bem postas essas sugestões, pragmáticas e objetivas, elas podem ainda encontrar catalisador no que apontou o voto do Ministro Edson Fachin quando do referendo da decisão cautelar monocrática, já que “a União tem condições de se cercar de todas as precauções possíveis, no sentido da testagem dos agentes do Estado e demais medidas sanitárias que assegurem a segurança de todos os envolvidos na operação.” E, dessa forma, se os protocolos de segurança forem cumpridos e estendidos

também às Forças Armadas, iremos nos aproximar de um equacionamento mais célere do problema, por um caminho mais nítido e factível e construído a partir de uma intensa troca intercultural e interinstitucional.

Diante de todo o exposto, é possível então concluir que os fatos e as circunstâncias exigem uma atuação célere e efetiva para a desintrusão. As normas, constitucionais, infraconstitucionais e internacionais, impõem tal medida. As soluções que vêm sendo construídas, sobretudo a partir do proposto nos Relatórios Analíticos coordenados pela Conselheira do CNJ Dra. Maria Tereza Uille Gomes, mostram como há medidas imediatas que podem servir de instrumento e guia para a construção de solução prática para a desintrusão.

## **VI. PEDIDO**

Diante de todo o exposto requer-se:

- a) A admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*, nos termos do art. 138 do Código de Processo Civil, art. 6º, §2º da Lei 9.882/1999 e art. 21, XVIII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, conforme pedido feito anteriormente em 19/08/2020 (eDOC 317) e agora ratificado;
- b) O recebimento da presente contribuição e suas razões do Centro de Estudos da Constituição da Faculdade de Direito da UFPR (CCONS- UFPR);
- c) Que seja conferida a possibilidade de sustentação oral das informações e razões deste *amicus curiae* em Plenário;
- d) Que seja intimado, por meio de seu procurador, de todos os atos do processo.

Termos em que pede e espera deferimento.

De Curitiba para Brasília, 21 de setembro de 2020.

# 4

## ADPF 635

### FICHA

<b>Ano de realização</b>	2021
<b>Caso</b>	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 635
<b>Tema</b>	Política de Segurança Pública no Estado do Rio de Janeiro
<b>Partes</b>	A qual órgão foi dirigido: Supremo Tribunal Federal Partes: Partido Socialista Brasileiro (PSB)
<b>Autores da peça</b>	Heloisa Fernandes Câmara, Caroline Borges Soares, Catarina M. V. Ramos, Fernanda Izídio Câmara, Isabella Louise Traub Soares de Souza, Julia Favaretto Deschamps, Letícia de Andrade Porto, Marina Bonatto, Muriel Brenna Volz e Sthefany Felipp dos Santos

### CONTEXTO

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 635 foi ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), no final de 2019, com o fim de que fossem reconhecidas e sanadas as graves lesões aos preceitos fundamentais constitucionais, decorrentes da atuação e da política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, tida como excessiva e crescente quanto à letalidade policial. Em 11 de dezembro de 2020, em audiência, o Ministro relator Edson Fachin, e o Procurador-Geral da República, Augusto Aras, decidiram realizar audiência pública no âmbito da ADPF 635, com o intuito de ouvir os agentes do Estado do Rio de Janeiro, seus representantes e movimentos sociais, visando à coleta de informações para subsidiar o Estado do Rio de Janeiro na realização de um plano voltado à redução da letalidade policial, assim

como acompanhar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e auxiliar o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) na definição de procedimentos voltados à fiscalização da atuação policial e do Ministério Público.

Para tanto, o Ministro relator propôs dez questionamentos, visando contribuição ao debate, sendo: 1) Quais práticas e protocolos de atuação, internos e externos, deveriam ser alterados pela adoção de parâmetros de justiça procedimental, como, por exemplo, a exigência da proporcionalidade? Qual é o papel dos valores e da ética da corporação em incentivar ou desincentivar a adoção desses parâmetros?; 2) Deveriam as forças de segurança reconhecer sua eventual responsabilidade nas injustiças estruturais da sociedade brasileira, particularmente as práticas racistas e discriminatórias?; 3) De que forma é possível ampliar a transparência das ações de segurança pública? Quais protocolos devem ser publicizados? Quais devem ser mantidos em sigilo?; 4) Em quais situações o emprego de violência física deve ser absolutamente vedado?; 5) Quais são os dados que amparam a realização das operações policiais? Qual o impacto do uso da violência na percepção sobre a legitimidade da atuação das operações policiais?; 6) Qual é o perfil das pessoas que integram as forças de segurança no Estado do Rio de Janeiro? Qual é o contingente disponível? Quão diversas são as forças de segurança? Como ampliar a diversidade nesses órgãos?; 7) Qual é o papel do financiamento da União? Quais programas deveria ela adotar? Como a União deveria incentivar a adoção de parâmetros de atuação menos violentos de forma a contribuir para redução efetiva da letalidade policial?; 8) Como preparar o Ministério Público para conduzir as investigações criminais? Qual dos órgãos de perícia no auxílio ao Ministério Público?; 9) Quais são as evidências que

fundamentam a obrigatoriedade de utilização de câmeras corporais pelos policiais? Há evidências em cidades brasileiras? Como estimar o impacto do uso dessas tecnologias no Estado do Rio de Janeiro?; e 10) Quais são as demandas não atendidas de recursos humanos, técnicos e financeiros das forças de segurança no Estado do Rio de Janeiro?. O CCONS e o NESIDH apresentaram contribuição para a Audiência Pública, realizada nos dias 16 e 19 de abril de 2021.

### **RESUMO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS**

A contribuição foi apresentada a partir de três principais eixos: i) apresentação da segurança pública como uma função pública que demanda interpretação constitucionalmente adequada, incluindo acesso aos dados referentes à segurança pública e violência policial, principalmente sua letalidade; ii) importância do controle externo da atividade policial e sua atribuição constitucional, e a falta de atuação dos Ministérios Públicos; e iii) necessidade de atendimento integral aos familiares das vítimas da letalidade policial e os mecanismos jurídicos existentes de proteção às vítimas.

O primeiro eixo fundamenta que a polícia, enquanto prestadora de função pública, integrante do programa democrático, deve ter seu plano de segurança pública estruturado a partir de uma concepção adequada e pautada no viés constitucional. A transparência e o acesso aos dados acerca da violência policial se mostram fundamentais para tanto, visto que a ausência de monitoramento e mecanismos de compilação e divulgação de dados, constituem entraves para melhoria do sistema, transparência e controle efetivo da atividade policial, bem como a prestação adequada do serviço e a formulação de políticas públicas.

Já o segundo eixo, aborda o controle da atividade policial que é feito pelos Ministérios Públicos, todavia, tanto em sua modalidade difusa, como concentrada, se mostra pouco desempenhado, pois pouco é o envolvimento na estruturação da segurança pública, responsabilização de agentes, melhoria da segurança e procedimentos voltados à compra e ao oferecimento de instrumentos menos letais aos policiais. Pesquisa desenvolvida pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC) evidencia a não atuação por parte da instituição, visto que 42% de seus próprios membros consideram que o desempenho do órgão nos casos de controle externo da atividade policial é péssimo ou ruim. A temática não é contemplada nas atividades de 70% dos membros da instituição. Além disso, a Corte IDH, no caso Favela Nova Brasília, destacou a falta de independência na condução das investigações policiais, resultando na parcialidade da apuração e na identificação dos responsáveis pelas violações. Neste sentido, o CCONS propõe a observância pelo Ministério Público de seu papel de fiscal externo da atividade policial, bem como a cooperação com outros órgãos na construção de políticas públicas adequadas à segurança pública.

Quanto ao terceiro eixo, a questão da letalidade policial e a necessidade de atendimento integral aos familiares das vítimas se mostra urgente, reafirmando o entendimento da Corte IDH no caso mencionado. A participação da sociedade civil para formulação de mecanismos, assim como o devido tratamento quando ao atendimento aos familiares das vítimas de letalidade policial deve ser feito de forma transparente, com escuta qualificada e facilitando o acesso aos órgãos competentes de investigação e perícia.

## **CONCLUSÕES**

CCONS e o NESIDH concluíram sua manifestação reiterando que: passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, é fundamental aprofundarmos a democratização da segurança pública. Entendê-la a partir de sua função pública implica em estabelecer controles internos, externos e sociais, para que a segurança se faça com a proteção de direitos humanos e proteção do cidadão. Isso passa pela existência de dados confiáveis e disponíveis, estruturação de mecanismos de controle efetivos e permanentes, e atendimento integral aos familiares das vítimas.

## **RECOMENDAÇÕES**

Foram apresentadas sugestões de mudanças institucionais, quais sejam:

i) divulgação periódica (anual), por parte do poder público, com a maior quantidade e detalhamento possível, dos dados sobre violência policial e o controle externo exercido pelo Ministério Público em relação a esses casos; ii) criação de um Grupo de Trabalho, inspirado no modelo do Conselho Nacional de Direitos Humanos, com composição igualitária de representantes do poder público e da sociedade civil, de modo a atuar na construção, efetivação e consolidação de ações voltadas ao controle externo da atividade policial; iii) fomento da realização de projetos que envolvam a atuação de órgãos públicos em parceria com a sociedade civil e as vítimas da violência estatal, por exemplo, por meio de realização de audiência pública, atividades de escuta das demandas desses grupos, estabelecimento de canais e momentos de diálogo, com a finalidade de formular propostas e/ou melhorias para práticas de

controle da força e proteção dos direitos humanos; e iv) criação de centros de atendimento, nas Defensorias Públicas Estaduais, em semelhança ao que foi instituído nos casos de violência contra a mulher, para oferecer assistência multiprofissional qualificada e humanizada aos familiares das vítimas de violência estatal.

### **ATUALIZAÇÕES**

Após a audiência pública, que ocorreu nos dias 16 e 19 de abril de 2021, foram juntadas manifestações e Amicus Curiae aos autos do processo. A ADPF 635 está concluída com o Ministro relator Edson Fachin para análise de petições.



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 635, MINISTRO EDSON FACHIN**

O Centro de Estudos da Constituição (CCONS/UFPR), vinculado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, vêm através deste, apresentar:

**CONTRIBUIÇÃO PARA A AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE REDUÇÃO DA LETALIDADE POLICIAL**

A partir das experiências do Centro de Estudo sobre a Constituição e de seu núcleo NESIDH pretende-se contribuir com o debate trazido na ADPF e audiência pública em três principais eixos: 1 – Apresentação da segurança pública como uma função pública que demanda interpretação constitucional constitucionalmente adequada, o que inclui acesso aos dados referentes à segurança pública, principalmente sua letalidade; 2 – A importância do controle externo da Atividade Policial e atribuição constitucional e falta de atuação dos Ministérios Públicos, 3 – A necessidade de atendimento integral aos familiares das vítimas da letalidade policial. Objetiva-se apresentar um panorama destes itens com sugestões de melhorias institucionais que levem à diminuição da letalidade policial e a implementação de atendimento qualificado e integrado às famílias das vítimas.

Seguindo os temas acima, apresentamos as seguintes sugestões de mudanças institucionais:

- a) Divulgação periódica (anual), por parte do poder público, com a maior quantidade e detalhamento possível, dos dados sobre violência policial e o controle externo exercido pelo Ministério Público em relação a esses casos.

Sugerimos que, embora a divulgação seja feita por estado, haja mecanismo federal de coordenação de tais informações.

- b) Criação de um Grupo de Trabalho, inspirado no modelo do Conselho Nacional de Direitos Humanos, com composição igualitária de representantes do poder público e da sociedade civil, de modo a atuar na construção, efetivação e consolidação de ações voltadas ao controle externo da atividade policial;
- c) Fomento da realização de projetos que envolvam a atuação de órgãos públicos em parceria com a sociedade civil e as vítimas da violência estatal, por exemplo, por meio de realização de audiência pública, atividades de escuta das demandas desses grupos, estabelecimento de canais e momentos de diálogo, com a finalidade de formular propostas e/ou melhorias para práticas de controle da força e proteção dos direitos humanos;
- d) Criação de centros de atendimento, nas Defensorias Públicas Estaduais, em semelhança ao que foi instituído nos casos de violência contra a mulher, para oferecer assistência multiprofissional qualificada e humanizada aos familiares das vítimas de violência estatal.

## **1 SEGURANÇA PÚBLICA COMO FUNÇÃO PÚBLICA**

A segurança pública é um direito fundamental previsto na Constituição da República e deve ser organizada e interpretada a partir de sua função pública, sendo dever do Estado e exercida pela administração pública. Neste sentido, deve seguir os princípios da Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Da mesma forma, servem como balizas à segurança pública os princípios constitucionais e os direitos humanos e fundamentais, previstos nacional e internacionalmente. A razoabilidade e a proporcionalidade, como princípios básicos de direito

público, devem ser igualmente observadas ao se analisar a legitimidade, ou não, de determinada ação estatal.

A polícia, enquanto prestadora de função pública, conforma parte integrante do programa democrático previsto constitucionalmente. Uma polícia comprometida com tais valores “não discrimina, não faz distinções arbitrárias: trata os barracos nas favelas como ‘domicílios invioláveis’”, como apontado por Cláudio Pereira de Souza. Ele acrescenta que, além de respeitar os direitos individuais sem distinção, a polícia democrática “não só se atém aos limites inerentes ao Estado democrático de direito, como entende que seu papel é promovê-lo”<sup>1</sup>. Tal concepção democrática da polícia ainda “estimula a participação popular na gestão da segurança pública; valoriza arranjos participativos e incrementa a transparência das instituições policiais”<sup>2</sup>.

Nesse sentido, uma polícia cidadã deve ser moldada a partir dos melhores padrões internacionais, como o da Resolução 34/169, de 16 de dezembro de 1979, da ONU, dentre os quais: os policiais devem cumprir a lei; respeitar e proteger a dignidade humana e manter a defesa dos direitos humanos; usar a força somente quando for estritamente necessário, baseando-se no princípio da proporcionalidade (o uso da arma de fogo é considerado medida extrema a ser evitada); garantir a confidencialidade das informações; proibir absolutamente o uso da tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; assegurar a saúde das pessoas sob sua custódia; obedecer

---

<sup>1</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza. A segurança pública na constituição federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. Revista Diálogo Jurídico, Fortaleza, n. 17, set. 2007. p. 6.

<sup>2</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza. A segurança pública na constituição federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. Revista Diálogo Jurídico, Fortaleza, n. 17, set. 2007. p. 6.

aos preceitos legais, fazer com que a lei seja cumprida e informar seus superiores de suas violações<sup>3</sup>.

É urgente que a segurança pública seja estruturada a partir de uma concepção constitucionalmente adequada, centrada na proteção de direitos, proporcionalidade no uso da força e transparência na condução das políticas, dados dos resultados e de procedimentos investigatórios.

Entretanto, o cumprimento do princípio da transparência, previsto constitucionalmente como dever da Administração Pública, é prejudicado pela ausência de dados públicos quanto ao número, condições e investigações de homicídios cometidos por policiais, em suma, sobre como o poder policial é exercido.

A publicização de dados confiáveis é dever da Administração Pública e o acesso a esses dados é um direito difuso constitucionalmente garantido.

### **1.1 TRANSPARÊNCIA E ACESSO AOS DADOS DE VIOLÊNCIA POLICIAL**

Se produzir dados de boa qualidade sempre fez parte da construção dos espaços de deliberação pública e republicana, no Brasil atual é um ato de resistência<sup>4</sup>.

A ausência de dados dificulta o monitoramento e controle institucional e social da letalidade policial no país. Os dados referentes ao tema são obtidos através de pesquisas autônomas, como as

---

<sup>3</sup> SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Segurança pública, polícia e violência policial. Perspectivas de endurecimento penal. Revista brasileira de Ciências Criminais, vol. 51, nov.-dez./2004.

<sup>4</sup> GRILLO, Carolina Christoph; HIRATA, Daniel Veloso. Operações policiais no Rio de Janeiro: da lacuna estatística ao ativismo de dados. Le monde diplomatique Brasil. 30 jan. 2020. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/operacoes-policiais-no-rio-de-janeiro-da-lacuna-estatistica-ao-ativismo-de-dados/>.

provenientes de estudos acadêmicos, o que dificulta o acesso a estatísticas recentes, bem como a checagem dessa realidade por distintas fontes.

Soma-se à ausência a imprecisão dos dados que são coletados, uma vez que, como destacado no Atlas da Violência (IPEA), a fonte mais relevante para obtenção de números acerca da letalidade policial é o Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM/MS) vinculado ao DataSUS, obtido no atendimento das vítimas pelo Sistema de Saúde<sup>5</sup>.

Em termos de dados compilados pelo Executivo Federal, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos divulgou os números de 2019 acerca da violência policial, oriundos de denúncias ao Disque 100. A divulgação ocorreu após determinação judicial para tanto<sup>6</sup>, uma vez que os referidos dados não constavam da versão original do relatório. A divulgação foi realizada por meio de nota técnica<sup>7</sup>, indicando que a espécie violência policial é a 26ª com maior incidência entre as denúncias, somando 1.491 casos em 2019.

A fim de trazer ao debate público essas informações, Grillo e Hirata, juntamente com outros ativistas, reuniram-se em coletivo engajado na produção de números sobre as operações policiais de incursão em favelas na cidade do Rio de Janeiro e Região Metropolitana.

---

<sup>5</sup> “O SIM/MS é um patrimônio do Brasil, pois é a única fonte de dados com abrangência nacional, consistência e confiabilidade metodológica sobre a evolução da violência letal desde 1979. Com essa base de dados, é possível calcular o número de homicídios (considerados como a soma dos óbitos por agressões e intervenção legal), como utilizado neste documento, de modo a se entender sua evolução, seus determinantes e os potenciais impactos de políticas públicas para a preservação da vida”. CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). Atlas da Violência 2020. Relatório Institucional, Brasília, 2020. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. p.80.

<sup>6</sup> AGENCIA BRASIL. Ministério divulga dados de violência policial de 2019. Brasília, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/ministerio-divulga-dados-de-violencia-policial-de-2019>. Acesso em: 28 jan. 2021.

<sup>7</sup> Nota Técnica no 20/2020/ONDH/MMFDH. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/ouvidoria/NotaTcnicasobreViolenciaPolicialDisque100.pdf> / Acesso em: 28 jan. 2021.

Da pesquisa resultaram dois relatórios, publicados pela Fundação Heinrich Boll Stiftung: "Roubos, proteção patrimonial e letalidade no Rio de Janeiro"<sup>8</sup> e "Operações Policiais no Rio de Janeiro"<sup>9</sup>. Conforme os coordenadores do projeto neste último: "nos parece que a carência de informações sobre operações policiais é uma ação administrativa que ilumina, por desorganização ou falta de interesse, uma delimitação do que deve ou não deve ser posto em debate de forma pública"<sup>10</sup>.

Levantamentos semelhantes foram realizados no Rio de Janeiro pela ONG Redes da Maré<sup>11</sup> e pela Rede de Observatórios da Segurança<sup>12</sup>, e desde 2016 o datalab Fogo Cruzado<sup>13</sup> produz dados sobre a incidência de tiroteios na cidade e, também, em Recife. São iniciativas sociais que tentam suprir a ausência de dados oficiais.

A falta de acesso aos mecanismos de compilação e divulgação de dados sobre violência policial em âmbito nacional, a insuficiência e, por vezes, inexistência de dados disponíveis sobre o tema nos sites das polícias e Ministérios Públicos estaduais constitui um dos principais entraves à análise do sistema de segurança pública, à compreensão do fenômeno da letalidade policial e, principalmente, à eficácia dos mecanismos de controle e responsabilização já existentes no direito brasileiro.

---

<sup>8</sup> Roubos, proteção patrimonial e letalidade no Rio de Janeiro. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/2019/12/04/roubos-protecao-patrimonial-e-letalidade-no-rio-de-janeiro>.

<sup>9</sup> Operações policiais no Rio de Janeiro. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/2019/12/21/operacoes-policiais-no-rio-de-janeiro>.

<sup>10</sup> Operações policiais no Rio de Janeiro. Disponível em: [https://br.boell.org/sites/default/files/2019-12/boll\\_sumario\\_operacoes\\_policias\\_FINAL.pdf](https://br.boell.org/sites/default/files/2019-12/boll_sumario_operacoes_policias_FINAL.pdf), p. 6.

<sup>11</sup> Mais informações sobre a ONG podem ser encontradas em: <https://www.redesdamare.org.br>.

<sup>12</sup> Mais informações sobre a Rede de Observatórios da Segurança podem ser encontradas em: <http://observatorioseguranca.com.br>.

<sup>13</sup> Mais informações sobre o datalab podem ser encontradas em: <https://fogocruzado.org.br>.

A título de exemplificação acerca da falta de transparência nos órgãos de segurança pública, o site da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro foi tirado do ar em março de 2020<sup>14</sup> e, até a formulação do presente documento, permanece indisponível.

A condenação Corte IDH no caso Favela Nova Brasília é precedente importante sobre violência policial no Brasil. O caso trata da demora injustificada na investigação e punição dos responsáveis envolvidos na execução extrajudicial de 26 pessoas e na prática de tortura e estupro, por parte de agentes policiais, na Favela Nova Brasília, no município do Rio de Janeiro.<sup>15</sup> Neste caso houve o enfrentamento do tema da obtenção e disponibilização de dados. A Corte IDH ressaltou a necessidade de transparência dos dados relativos à operações policiais quanto ao uso de força letal<sup>16</sup>. Uma das respostas institucionais à condenação é a Resolução nº 201/2019 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)<sup>17</sup>, que traz em seu artigo 1º, inciso X, a designação de setor específico no âmbito dos Ministérios Públicos que se dedique a concentrar os dados relativos às incursões policiais.

Art. 1º Compete ao Ministério Público, no âmbito institucional e interinstitucional, no caso de morte decorrente de intervenção policial, adotar medidas para garantir:

---

<sup>14</sup> O GLOBO. Após ser invadido, site da Polícia Militar do Rio permanece fora do ar. 09 mar. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/apos-ser-invadido-site-da-policia-militar-do-rio-permanece-fora-do-ar-24294169>. Acesso em: 27 jan. 2021.

<sup>15</sup> CORTE IDH. **Caso Favela Nova Brasília Vs Brasil**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_333\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf). Acesso em: 28 jan. 2021

<sup>16</sup> CIDH **Caso Favela Nova Brasília Vs Brasil**. Sentença de 16 de fev. de 2017. p. 77. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_333\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf). Acesso em: 27 jan. 2021.

<sup>17</sup> Resolução no 201/2019 – CNMP. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-n-201.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.

X – que seja designado um órgão ou setor no âmbito do Ministério Público capaz de concentrar os dados relativos a tais ocorrências, visando alimentar o “Sistema de Registro de Mortes Decorrentes de Intervenção Policial”, criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Os referidos dados seriam dirigidos ao Sistema de Registro de Mortes Decorrentes de Intervenção Policial mantido pelo CNMP<sup>18</sup>. Entretanto, as informações sobre o encaminhamento não são de acesso ao público, inexistindo relatórios posteriores à implementação e, tampouco, acesso aos dados coletados pelo público em geral. Percebe-se, portanto, que o engajamento institucional de instituições públicas na manutenção da segurança pública dentro de parâmetros democráticos é tão relevante quanto o acompanhamento da atuação das forças policiais.

A referida Resolução do CNMP também objetiva a transparência e o controle efetivo da atividade policial, buscando empoderar a vítima dentro da investigação criminal, a qual pode arrolar testemunhas, receber sugestões, informações, produzir provas e alegações. Pontua-se a necessidade de cientificação dos acontecimentos no decorrer do processo, assim como sua notificação sobre o pronunciamento do Ministério Público quando da promoção do arquivamento de

---

<sup>18</sup> Relatório sobre a instituição do Sistema de Registro de Mortes Decorrentes de Intervenção Policial. Disponível em: [https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Relat%C3%B3rio\\_SRMDIP\\_1.pdf](https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Relat%C3%B3rio_SRMDIP_1.pdf) Acesso em: 28 jan. 2021.



investigações criminais, conforme consta do artigo 4º, incs. IV, VI e VII, da Resolução 129/2015 do CNMP<sup>19 20</sup>.

Por fim, a Resolução também avança na promoção e ampliação dos direitos humanos, concretizando a regra contida no artigo 53 do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010) a respeito das investigações que apurem violência por agentes públicos em desfavor de vítimas negras, ao incumbir o Ministério Público de averiguar, além da notícia da violência passível de configuração típico-penal, a violência sistêmica, estrutural, psicológica e moral, entre outras<sup>21</sup>.

A existência dos dados sobre letalidade policial é essencial para a prestação adequada do serviço e formulação de políticas públicas apropriadas e efetivas, no qual o controle social seja exercido sem resultar no uso desnecessário de força letal. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao tratar da situação dos direitos humanos no Brasil, ressaltou que “a produção de dados é um fator fundamental no desenho, implementação e monitoramento das políticas públicas de segurança”<sup>22</sup>. Sem acesso a informações confiáveis que envolva

---

<sup>19</sup> Art. 2º: O artigo 4º da Resolução nº 129, de 22 de setembro de 2015, passa a vigorar acrescido dos incisos VI e VII, com a seguinte redação: “Art. 4º [...]. VI – em caso de promoção de arquivamento das investigações criminais indique as diligências adotadas/requisitadas e os motivos da impossibilidade de seu cumprimento; VII – nos casos de arquivamento das investigações criminais, notifique a vítima e/ou seus familiares sobre o pronunciamento do Ministério Público;” BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 201, de 4 de novembro de 2019. Altera as Resoluções nº 129/2015 e nº 181/2017, ambas do CNMP, com o objetivo de adequá-las às disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente à decisão do caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Acesso em: 13 mar. 2021. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-n-201.pdf>

<sup>20</sup> CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. Proteção dos Direitos Humanos e a nova Lei de abuso de autoridade. In.: CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Abuso de Autoridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

<sup>21</sup> CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. Proteção dos Direitos Humanos e a nova Lei de abuso de autoridade. In.: CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Abuso de Autoridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

<sup>22</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Situação dos direitos humanos no Brasil. 12 fev. 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>.

quantidade de casos, circunstâncias da ocorrência e encaminhamento posterior – se houve investigação, apresentação de denúncia, medidas administrativas sancionatórias etc – não podemos falar em controle do uso da força, contrariando a premissa do Estado Democrático de Direito.

Não se pode alegar que a produção de dados sobre o tema violaria o direito ao sigilo. A publicidade dos atos é a regra, sendo admitida, apenas excepcionalmente, a prática de atos acobertados pelo sigilo, quando houver previsão legal contemplando o caso concreto e desde que não haja prejuízo ao interesse público no acesso à informação.

Neste sentido:

Na estrutura sistêmica da Constituição, o art. 93, inciso IX, ainda preceitua que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação<sup>23</sup>.

Com isso, o direito ao sigilo, da forma como foi cunhado, possui sua razão de ser na necessidade de se resguardar ao acusado no processo penal o seu direito à intimidade, bem como assegurar a higidez da prova e o devido deslinde do processo de apuração do crime (inquérito e processo penal correlato). Não impede, contudo, que dados sobre o

---

<sup>23</sup> ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. O princípio constitucional da publicidade nas investigações criminais e no processo penal brasileiro. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-constitucional-da-publicidade-nas-investigacoes-criminais-e-no-processo-penal-brasileiro/#:~:text=20%20do%20C%C3%B3digo%20de%20Processo,exigido%20pelo%20interesse%20da%20sociedadehttps://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-constitucional-da-publicidade-nas-investigacoes-criminais-e-no-processo-penal-brasileiro/#:~:text=20%20do%20C%C3%B3digo%20de%20Processo,exigido%20pelo%20interesse%20da%20sociedade>. Acesso em: 12 mar. 2021.

encaminhamento dos casos envolvendo letalidade policial, tanto em esfera administrativa quanto penal, sejam disponibilizados, ainda que sem identificação nominal dos envolvidos. O sigilo enquanto um direito do acusado e da sociedade, está tendo o seu conteúdo esvaziado, na medida em que está dificultando o acesso amplo à sociedade acerca dos dados referentes aos processos envolvendo letalidade policial. Dessa forma, há uma subversão de uma garantia constitucional, servindo tal direito como mecanismo que favorece a não responsabilização.

Sobre a questão, o Ministério Público de São Paulo, na Ação Civil Pública nº 1025361-76.2019.8.26.0053, ajuizada em 2019, que tratou sobre a letalidade, consignou que:

[...] como demonstrado na narrativa dos fatos e na conformidade com o que sugerem os dados, a polícia de São Paulo vem praticando crimes, de modo que não se pode admitir que as informações – decorrentes das gravações das operações – sejam sigilosas. O sigilo, nesse caso, ao invés de proteger a higidez da prova, presta-se ao acobertamento inadequado dos fatos, frustrando sua elucidação e alijando as instituições e o próprio tecido social do conhecimento pleno das ocorrências verificadas (...) Em qualquer estado democrático de direito, o interesse na aferição de crime de homicídio supera (ou deveria superar) qualquer alegação de sigilo, que serve, na prática, para garantir a impunidade de agentes públicos que praticam o delito.<sup>24</sup>

Neste tocante, não há contradição entre o dever de transparência, que envolve a obrigação de as instituições prestarem informações atualizadas e fidedignas, e o direito ao sigilo das informações, de modo que este último, como se demonstrou, não seja utilizado justamente

---

<sup>24</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO. Ação Civil Pública nº 1025361-76.2019.8.26.0053. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acp-sao-paulo-letalidade-policial.pdf>. p. 74-75. Acesso em: 12 mar. 2021.

para impedir o acesso amplo às informações por parte da sociedade civil e demais organizações incumbidas do controle da atividade policial.

## **2 CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E ATUAÇÃO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS**

Em todas as polícias em sociedades democráticas manifesta-se a tensão entre o emprego da força e o respeito aos direitos fundamentais. Essa tensão torna imprescindível, em qualquer parte do mundo, a existência de mecanismos de controle, tanto interno quanto externo<sup>25</sup>. Tal como previsto na Constituição da República para a administração pública, o controle mostra-se ainda mais importante no que diz respeito ao centro das competências estatais que envolvem o uso da força letal.

O desenho estabelecido na Constituição conjuga controle policial interno através das Corregedorias, e externo, direcionado ao Ministério Público (art. 129), além da possibilidade de controle via Ouvidorias Externas.

Embora não haja detalhamento na Constituição, tem-se que o controle é “conjunto de normas que regulam a fiscalização exercida pelo Ministério Público em relação à Polícia, na prevenção, apuração e investigação de fatos tidos como criminosos, na preservação dos direitos e garantias constitucionais dos presos que estejam sob responsabilidade das autoridades policiais e na fiscalização do cumprimento das determinações judiciais.”<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> LEMGRUBER, Julita, MUSUMECCI, Leonarda, CANO, Ignácio. Quem vigia os vigias? Um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil. São Paulo: Record, 2003, p. 23.

<sup>26</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Controle Externo da Atividade Policial. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/to/atuacao/nucleo-criminal/controlado-externo-da-atividade-policial>. Acesso em: 27 jan. 2020.

Entretanto, este controle é pouco desempenhado<sup>27</sup>, seja em sua modalidade difusa, seja na concentrada<sup>28</sup>. Do ponto de vista difuso, número significativo dos inquéritos contra policiais envolvidos em atos letais são arquivados<sup>29</sup> <sup>30</sup>. Na modalidade concentrada, há pouco envolvimento dos Ministérios Públicos na estruturação da segurança pública, seja em termos de maior cobrança por responsabilização dos agentes, quanto também de demandas para a melhoria da segurança, citando como exemplo a compra e oferecimento de instrumentos menos letais aos policiais<sup>31</sup>.

O insuficiente envolvimento do Ministério Público é evidenciado também em pesquisa desenvolvida pelo Centro de Estudos de Segurança

---

<sup>27</sup> Por todos, GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo, CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. Cidadania, violência policial e o papel do Ministério Público no controle externo da atividade policial. In: Brasil. Ministério Público Federal. Coletânea de artigos: violência de Estado: controle externo da atividade policial, sociedade e sistema de justiça, Brasília: MPF, 2020

<sup>28</sup> Esta nomenclatura está presente no art. 3º da Resolução 20 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 28 de maio de 2007.

<sup>29</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. Cidadania, violência policial e o papel do Ministério Público no controle externo da atividade policial. In: Ministério Público Federal da Câmara de Coordenação e Revisão (org.). Coletânea de artigos: violência de Estado: controle externo da atividade policial, sociedade e sistema de justiça. 7ª Câmara de Coordenação e Revisão - Brasília: MPF, 2020. p. 8-35. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr7/atos-e-publicacoes/coletanea-de-artigos/coletanea-de-artigosViolencia-de-Estado.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2021.

<sup>30</sup> Azevedo e Nascimento analisaram ofícios emitidos entre 2014 a 2017 pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul em casos de violência policial. As instituições que mais receberam ofícios foram as Delegacias de Polícia Civil, a Corregedoria Geral da Brigada Militar e o Ministério Público Estadual, com 197, 197 e 195 tentativas de contato, respectivamente. Enquanto as duas primeiras responderam a 57% e 55%, respectivamente, o Ministério Público retornou apenas 14% dos ofícios. Entre essas, as respostas foram: encaminhamento para outro órgão (39,2%); solicitação de maiores informações (28,5%); informação de que estaria investigação a situação (21,4%) e negativa da existência do fato (10,7%). AZEVEDO, Rodrigo G. de; NASCIMENTO, Andréa Ana do. Violência Policial e mecanismos de controle: uma análise comparada entre o Rio de Janeiro e o Rio Grande do Sul. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 41., 2017, Caxambu. Anais Caxambu: Anpocs, out., 2017.

<sup>31</sup> Conforme dispõe a Portaria Interministerial nº 4226/2010, que versa sobre o uso da força pelos Agentes de Segurança Pública, em que há a recomendação expressa pelo uso de instrumentos e armas de menor potencial ofensivo, com intuito de preservar vidas e minimizar danos à sua integridade. Entretanto a ausência de tais instrumentos impede seu uso de forma mais abrangente.

e Cidadania (CESeC)<sup>32</sup>. Um questionário com 37 perguntas sobre as linhas de trabalho da instituição e perfil socioprofissional foi aplicado a promotores e procuradores dos MPs federal e estaduais de todo o país e obteve-se a amostra de 889 membros, representando o universo de profissionais atuantes em 2015. Quanto à qualidade da atuação da instituição no controle externo da atividade policial, 42% dos membros reconhecem que o desempenho do órgão é ruim ou péssimo e outros 35% consideram-no apenas regular. Questionados sobre a atuação dos profissionais nas áreas de direitos coletivos, controle externo da polícia e supervisão da pena de prisão, apenas 7,2% disseram dedicar-se exclusivamente ao controle externo da polícia; 14,3% afirmaram atuar simultaneamente nesse campo e em outra das duas áreas, e 9,4% responderam que trabalhavam nas três áreas, ou seja, a área não é contemplada nas atividades de 70% dos membros da instituição. Destaca-se que 88% dos membros do MP não consideram o controle externo da polícia entre as áreas de atuação prioritárias da instituição.

A jurisprudência da Corte IDH é clara no sentido de que o Estado é responsável pela apuração de crimes, inclusive quando se suspeita do envolvimento de agentes públicos, de modo que o autor possa ser identificado e responsabilizado e as vítimas reparadas. Nos termos da Corte, o Ministério Público tem papel central, pois a apuração deve ser feita de forma independente e imparcial, assegurando às vítimas e aos seus familiares os direitos à proteção e às garantias judiciais, previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

---

<sup>32</sup> LEMGRUBER, Julita et al. Ministério Público: guardião da democracia brasileira? Rio de Janeiro: CESeC, 2016. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/livro/ministerio-publico-guardiao-da-democracia-brasileira/>. Acesso em: 27 jan. 2021.

Uma vez que tenha conhecimento de que seus agentes de segurança fizeram uso de armas de fogo com consequências letais, o Estado está obrigado a iniciar, *ex officio*, e sem demora, uma investigação séria, independente, imparcial e efetiva.<sup>33</sup>

No caso Favela Nova Brasília, a Corte IDH destacou justamente a falta de independência na condução das investigações realizadas pela Polícia Civil, o que resultou em parcialidade na apuração e identificação dos responsáveis pelas violações cometidas. Portanto, entende-se como indispensável que a investigação seja realizada por entidade autônoma, não subordinada ao órgão do qual os suspeitos fazem parte

Neste eixo, o **CCONS/UFPR propõe a observância pelo Ministério Público de seu papel de fiscal externo da atividade policial**, com um enfoque não somente nas posições tradicionais de investigação e persecução penal, mas também **cooperação com outros órgãos na construção de políticas públicas alinhadas ao conceito constitucionalmente adequado de segurança pública**.

De modo a institucionalizar essa cooperação com outros órgãos públicos e formalizar a participação da sociedade civil nesse processo, propõe-se o estabelecimento de **Grupo de Trabalho**, a partir do modelo do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH)<sup>34</sup>, com composição plural entre os representantes do Estado e os representantes da sociedade civil, principalmente por considerar a importância da participação da sociedade civil e outros órgãos na construção,

---

<sup>33</sup> Corte IDH. Caso Nadege Dorzema e Outros vs. Guatemala. Sentença Série C nº 251 de 24 de outubro de 2012, parágrafo 101.

<sup>34</sup> Conselho instituído por meio da lei nº 12.986 de 02 de junho de 2014 e cuja finalidade, conforme art. 2º da referida lei, é “a promoção e a defesa dos direitos humanos, mediante ações preventivas, protetivas, reparadoras e sancionadoras das condutas e situações de ameaça ou violação desses direitos”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112986.htm). Acesso em: 14 mar. 2021.

efetivação e consolidação de ações voltadas ao controle externo da atividade policial.

Os objetivos da criação deste Grupo de Trabalho seriam para: a) contribuição na função de controle externo da atividade policial como um todo; b) criação de políticas públicas e ações que garantam a segurança pública e a devida investigação e persecução penal de todos os casos, inclusive aqueles fruto de ações de agentes policiais; c) acolhimento e inclusão dos familiares das vítimas nos processos que lhes competem; d) consolidação de ações voltadas à redução dos homicídios e outros crimes violentos e letais praticados por policiais; e) recebimento, apreciação e encaminhamento de denúncias; f) aprimoramento de mecanismos de controle e prestação de contas da atividade de segurança pública, facilitando o acesso à informação; g) realização de audiências públicas, com envolvimento de especialistas, vítimas, sociedade civil, agentes públicos; h) apresentação de propostas para consolidação, efetivação e atualização do Plano e Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social 2018-2028, com destaque para os objetivos nº 1 e nº 14.<sup>35</sup>

Para tanto, sua composição se daria com a participação de representantes de órgãos públicos e membros da sociedade civil. O primeiro grupo poderia incluir, por exemplo, representantes dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Defensoria Pública da União e dos Estados, Conselho Nacional de Justiça, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Deputados

---

<sup>35</sup> MINISTÉRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA. Plano e Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social: SUSP - Sistema único de segurança pública. Brasília, 2018. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/news/copy\\_of\\_PlanoePoliticaNacionaldeSeguranaPblicaDefesaSocial.pdf](https://www.justica.gov.br/news/copy_of_PlanoePoliticaNacionaldeSeguranaPblicaDefesaSocial.pdf) Acesso em: 13 mar. 2021.



federais e estaduais, Senadores. O segundo seria composto pelas organizações da sociedade civil que possuem relevante atuação na temática em prol dos Direitos Humanos, incluindo a Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais Ministério Público dos Estados e da União. Diferentemente do CNDH, a criação deste Grupo de Trabalho pode se dar com a publicação de Portaria e no âmbito do Ministério Público. A criação deste Grupo de Trabalho poderia ocorrer em níveis estaduais, regionais ou nacional, a depender da formulação do trabalho a ser desenvolvido.

Além da proposta da criação de Grupos de Trabalhos, a seguir são indicadas algumas iniciativas de atuação de órgãos públicos, em parceria com a sociedade civil e as vítimas, que poderiam ser instituídas em outras localidades e até em nível nacional, de modo a contribuir para este processo de estabelecimento de políticas públicas alinhadas ao conceito constitucionalmente adequado de segurança pública.

## **2.1 EXEMPLOS DE DIÁLOGOS ENTRE INSTITUIÇÕES E SOCIEDADE CIVIL NO CONTROLE DA FORÇA E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Apresentaremos diálogos envolvendo instituições e a sociedade civil em temas envolvendo a proteção de direitos fundamentais. Nos exemplos apresentados, verifica-se a importância desses diálogos para a proteção dos direitos, servindo como possibilidades de democratização das instituições, inclusive as envolvidas na segurança pública.

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro desempenha papel importante de escuta da sociedade civil, que se mostra de grande contribuição para planejamento, aplicação e monitoramento de políticas públicas. Um exemplo é o do Circuito Favelas por Direitos, com

visitas às comunidades mediante realização de duas abordagens específicas: preventiva, contemplando as localidades historicamente mais afetadas pela violência das forças de segurança; e em relação aos casos de emergência, no qual abrange as áreas recentemente alvo de operações policiais.

A **visita às comunidades** foi uma das dez iniciativas da Defensoria Pública do Rio no monitoramento e análise das consequências da Intervenção Federal na Segurança Pública do Estado em 2018<sup>36</sup>. Em todas, o foco principal da metodologia das iniciativas era justamente estreitar diálogos com órgãos estatais e organizações da sociedade civil, com o intuito de fortalecer o cumprimento das garantias legais do conjunto da população<sup>37</sup>. Assim, foi possível entender formas específicas de violações, as mais cotidianas, a frequência com que ocorriam, análise comparativa de antes e durante a Intervenção federal, além da valiosa vivência de moradores em vulnerabilidade econômica e social.

A **Ronda de Direitos Humanos**, criada para dialogar com a sociedade civil, seja ela organizada, ou mesmo invisibilizada, como para verificar se a população em situação de rua da cidade do Rio de Janeiro havia sofrido algum tipo de violência por parte dos órgãos de repressão governamentais, como Guarda Municipal e Polícia Militar<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Comunidades do rio sofrem 30 tipos de violações durante Intervenção. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/6397-Comunidades-do-Rio-sofrem-30-tipos-de-violacoes-durante-Intervencao>. Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>37</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Circuito de favelas por direitos; relatório parcial. Disponível em: [https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagendpge/public/arquivos/Circuito\\_Favelas\\_por\\_Direitos\\_relatorio\\_parcial.pdf](https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagendpge/public/arquivos/Circuito_Favelas_por_Direitos_relatorio_parcial.pdf). Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>38</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Ronda de direitos humanos é realizada no centro do Rio. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/2810-Ronda-de-Direitos-Humanos-e-realizada-no-centro-do-Rio>. Acesso em: 12. mar. 2021.

Considerando que a população em situação de rua sequer é contabilizada no Censo, os dados coletados nessas rondas são essenciais para entender a violência estrutural da polícia, bem como pensar em formas efetivas de melhorias.

Ademais, a importância do envolvimento da sociedade civil neste processo se demonstra com a ocorrência de **audiências públicas**, sejam em casos de proteção de direitos coletivos ou difusos, seja no planejamento de políticas públicas. A Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), órgão do Ministério Público Federal (MPF), “realizou a audiência pública Letalidade Policial e População Negra: Atuação do Governo Federal”, que contou com explicações de agentes públicos, pesquisadores e representantes da sociedade civil e de entidades que atuam na área de segurança pública<sup>39</sup>.

Também por meio da Defensoria Pública da União (DPU- RJ), em parceria com o Núcleo de Terras e Habitação (NUTH) da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, foi realizada a **audiência pública “Ocupações em Áreas Federais”**, uma vez que a DPU atua na promoção destes direitos, na articulação com órgãos governamentais e a sociedade civil, visando à garantia do direito à moradia, contra despejos forçados e atuando na resolução de conflitos fundiários, bem como na expedição de recomendações para a tutela de direitos. Assim, através do diálogo entre as autoridades participantes, e a sociedade civil que se encontrava presente, foi possível conhecer uma série de peculiaridades apresentadas pelos moradores das áreas ocupadas que possuem ações judiciais e processos em curso relativos a uma possível remoção,

---

<sup>39</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Audiência pública sobre letalidade e policial e população negra movimenta canal do MPF no Youtube. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pfdc/noticias/audiencia-publica-sobre-letalidade-policial-e-populacao-movimenta-canal-do-mpf-no-youtube>. Acesso em: 12. mar. 2021.

estabelecendo uma nova rede de contatos e de troca, de modo a adequar os procedimentos já existentes, visando inclusive a possibilidade de solução extrajudicial destes casos com a participação da sociedade civil<sup>40</sup>.

Considerando essas experiências, estimamos valiosa a oportunidade estabelecida na presente Audiência Pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal para permitir a participação de diversas vozes e perspectivas.

### **3 LETALIDADE POLICIAL E NECESSIDADE DE ATENDIMENTO INTEGRAL AOS FAMILIARES DAS VÍTIMAS**

Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020<sup>41</sup>, a letalidade policial é crescente. De 2018 a 2019, o número de pessoas mortas por policiais cresceu 2,9%, indo de 6.175 em 2018 para 6.357 em 2019. A proporção de mortes decorrentes de intervenção policial (MDIP) no total de mortes violentas intencionais (MVI) no Brasil chegou a 13,3%, isto é, de cada 100 mortes violentas intencionais no país em 2019, 13 foram cometidas por policiais. No Rio de Janeiro, essa proporção chegou a 30,3% no mesmo ano.

No primeiro semestre de 2020, o número de vítimas de intervenções policiais também aumentou. Em comparação ao primeiro semestre de 2019, o aumento foi de 6%, indo de 3.002 a 3.181 vítimas de intervenções policiais em 2020. As vítimas foram, majoritariamente, homens (99,2%), negros (79,1%) e jovens (74,3%).

---

<sup>40</sup> JUS BRASIL. Audiência pública debate ocupações em áreas federais e remoções no RJ. Disponível em: <https://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/632169288/audiencia-publica-debate-ocupacoes-em-areas-federais-e-remocoes-no-rj>. Acesso em: 12. mar. 2021.

<sup>41</sup> BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de. Anuário brasileiro de segurança pública. Ano 13. São Paulo, 2019. Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP.

De acordo com o Relatório Anual de 2018 da Ouvidoria da Polícia do Estado de São Paulo, houve 756 denúncias envolvendo homicídios praticados por policiais durante abordagens, sendo registradas 851 mortes de civis por meio de intervenções policiais, o que representa 88% de todas as ocorrências com resultado morte no ano de 2018.

Esse número alarmante culminou na criação do departamento de letalidade da Corregedoria Geral da Polícia Militar, o qual passou a investigar os inquéritos policiais militares de ocorrências de intervenção policial com resultado morte no estado de São Paulo. A Ouvidoria da Polícia paulista concluiu que, em 48% das ocorrências de atuações policiais com resultado morte, houve excesso no uso da força letal, sendo que 26% delas revelaram não existir confronto armado, com vítimas desprovidas de arma de fogo<sup>42</sup>.

Sabe-se que as principais vítimas da violência policial são jovens negros. Segundo os dados publicados pelo Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, 67% das vítimas de violência policial no âmbito nacional se identificaram como afrodescendentes do sexo masculino, com idades que variam entre 20 e 40 anos<sup>43</sup>. De acordo com o informado pelo Estado, as decisões de atuação das tropas policiais não são precedidas de investigação prévia, mas baseadas em conceitos discriminatórios em relação à “vestimenta, bens que possui ou local frequentado, bem como comportamentos estereotipados associados às

---

<sup>42</sup> SÃO PAULO. Relatório Anual - Prestação de Contas 2018. Ouvidoria da Polícia do Estado de São Paulo. São Paulo: fev. 2019. Disponível em: <ftp.sp.gov.br> > <ftp.pouvidoria-policia> > [Anual2018](#). Acesso em: 28 jan. 2021.

<sup>43</sup> AGÊNCIA BRASIL. Disque 100, ministério explica dados sobre violência policial, 26 de junho de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-06/ministerio-explica-dados-sobre-violencia-policial-registrada-pelo-disque-100>. Acesso em: 12 mar.2021.

culturas negras urbanas periféricas” por parte dos agentes de segurança<sup>44</sup>.

No informe sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos, a Comissão Interamericana reconheceu que a ineficácia judicial geral e discriminatória cria um ambiente que facilita esta violência. A Comissão estabeleceu que, para garantir o direito à não discriminação, os Estados são obrigados a adotar medidas de ação positiva e a estabelecer distinções baseadas em desigualdades de fato, principalmente no que tange a padrões de discriminação e violência policial contra jovens pertencentes a um grupo social especialmente vulnerável devido à sua condição racial e social. Assim, a proteção dessas vítimas justifica a adoção de medidas positivas pautadas na igualdade de tratamento perante a lei (artigo 24 da Convenção Americana) e respeito à presunção de inocência (artigo 8 da Convenção Americana)<sup>45</sup>.

No Caso 12.440 (Wallace de Almeida)<sup>46</sup>, a CIDH reconheceu que houve *racial profiling*, que conceitua como a discriminação fundada em “estereótipos de raça, cor, etnia, idioma, descendência, religião, nacionalidade ou lugar de nascimento, ou numa combinação desses fatores, e não em suspeitas objetivas”, o que leva à tendência de singularização discriminatória de indivíduos ou grupos<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Arquivos da CIDH, Nota de Resposta do Estado brasileiro ao Projeto de Relatório sobre os Direitos Humanos no Brasil, recebida em 22 de dezembro de 2020. p. 6.

<sup>45</sup> CIDH. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc.57. 31 dez. 2009, p. 29. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>46</sup> Versa sobre um jovem negro e pobre que, durante uma operação realizada no bairro onde morava, foi atingido na coxa direita por um tiro disparado por agentes da Polícia Militar que, sem lhe prestar assistência, o deixaram morrer em consequência de uma hemorragia.

<sup>47</sup> CIDH. Relatório nº 26/09 - Caso 12.440 Admissibilidade e Mérito (Publicação) Wallace de Almeida. Brasil. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2009port/Brasil12440.b.port.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

No mesmo sentido, recorda-se que o Brasil<sup>48</sup>, conforme o caso “Favela Nova Brasília”, tem a obrigação de adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial<sup>49</sup>.

Nesta seara, ressalta-se novamente a importância da participação da sociedade civil, tendo em vista<sup>50</sup> a abundante quantidade de informação recebida, assim como coletada em audiências públicas<sup>51</sup>.

Apesar dos números expressivos e padrões de violência existentes, o atendimento aos familiares de vítimas de letalidade policial é feito de forma não transparente, inexistindo na maior parte dos estados, órgão específico para tal atendimento. Segundo Sílvia Naidin<sup>52</sup>, dentre os empecilhos enfrentados pelos familiares está: a desqualificação moral das vítimas, de forma que a versão policial de confronto se torna a versão oficial; a dificuldade de encontrar testemunhas civis, uma vez que paira receios de perseguições; dificuldade de acessos aos órgãos de

---

<sup>48</sup> CIDH. Situação dos direitos humanos no Brasil: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. OEA/Ser.L/V/II. Doc.9/21, p. 117.

<sup>49</sup> Corte IDH, Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Sentencia de 16 febrero de 2017, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 369.

<sup>50</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Audiências Públicas realizadas no: 175º Período de Sessões: Violência policial contra a população afrodescendente no Rio de Janeiro e São Paulo, Brasil; 173º Período de Sessões: Combate à tortura no Brasil, 27/09/2019; 168º Período de Sessões: Denúncias de violações de direitos humanos no âmbito da intervenção federal no Rio de Janeiro, 08/05/2018; 167º Período de Sessões: Denúncias de execuções extrajudiciais pela polícia no Brasil, 01/03/2018; 165º Período de Sessões: Segurança cidadã e situação dos direitos humanos nas favelas do Rio de Janeiro, 23/10/2017; 154º 168º Período de Sessões: Denúncias de assassinatos de jovens afrodescendentes no Brasil, 20/03/2015.

<sup>51</sup> A CIDH recomendou: i) Garantir a reparação adequada, rápida e integral para todas as vítimas de violência policial e seus familiares, incluindo apoio financeiro, assistência médica e psicológica, bem como medidas que evitem a revitimização; ii) Estabelecer mecanismos independentes em casos de violência policial, que incluam a participação de familiares das vítimas, representantes da sociedade civil, ouvidorias, e outros atores interessados, de maneira a garantir a transparência nos processos de investigação e processamento, identificando potenciais obstáculos no esclarecimento dos fatos e julgamento dos responsáveis. CIDH. Situação dos direitos humanos no Brasil: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. OEA/Ser.L/V/II. Doc.9/21, p. 197-198.

<sup>52</sup> NAIDIN, Sílvia. Letalidade policial no Brasil: problema ou projeto. Boletim Segurança e Cidadania. 2020.

investigação e periciais. Como consequência das barreiras técnicas e da desqualificação da vítima, a maioria dos casos não chega ao Judiciário e, quando chegam, são muitas vezes objetos de adiamento de audiências e procedimentos.

### **3.1 MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO A VÍTIMA**

O direito brasileiro apresenta algumas normas sobre proteção a vítimas de crimes. A resolução nº 253/2018 do CNJ<sup>53</sup> regulamenta a atenção integral à vítima no âmbito do Poder Judiciário, e determina no art. 2º “a criação de plantão especializado para atendimento às vítimas, destinando parcela da jornada dos servidores integrantes das equipes multidisciplinares e espaços físicos para tal”.

A Lei nº 11.340/06 (art. 28) determina que toda mulher em situação de violência doméstica e familiar deve ter acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita. Em conformidade com o dispositivo, a referida instituição se organizou e criou Núcleos especializados em Defesa da Mulher em todos os estados da Federação, com a função de assegurar assistência às mulheres vítimas de violência, fornecendo um atendimento integrado e completo a elas.

Essa assistência qualificada, que independe de autorização judicial, extrapola a atuação nas esferas investigativas e processuais, pois importa em rede de apoio às vítimas, oferecendo prestação de serviço de forma integrada e multidisciplinar, observando o previsto na Lei Complementar nº 80/1994:

---

<sup>53</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 253 de 4 de setembro de 2018. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Res\\_253\\_2018\\_CNJ.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Res_253_2018_CNJ.pdf). Acesso em: 14 mar. 2021.



Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;

Ainda, pode-se citar a Casa da Mulher Brasileira, inserida no Programa Mulher Segura e Protegida, estabelecida pelo Decreto nº 8.086/2013<sup>54</sup>. A estrutura prevista no Programa abriga serviços especializados para atender os mais diversos tipos de violência contra as mulheres, oferecendo triagem, acolhimento e apoio psicossocial, além de contar com delegacia, Juizado, Ministério Público, Defensoria Pública e serviços para promoção da autonomia econômica, cuidado das crianças, alojamento de passagem e central de transportes<sup>55</sup>.

Em relação à atuação das Defensorias Públicas (DPE) estaduais, na Bahia<sup>56</sup> e no Maranhão<sup>57</sup>, o Núcleo de Defesa da Mulher promove à mulher assistência multidisciplinar, mediante orientação jurídica, apoio psicológico, ajuizamento de ações (alimentos, divórcio, dissolução de união estável, guarda etc.), requerimento de medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha e encaminhamento para a rede de atenção existente no município. Em Alagoas, o Núcleo estabelece

---

<sup>54</sup> PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto Nº 8.086 de 30 de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8086.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8086.htm). Acesso em: 14 mar.2021.

<sup>55</sup> As cidades que contam com essa estrutura são Maceió (AL), São Luís (MA), Campo Grande (MS), Fortaleza (CE), Curitiba (PR), Boa Vista (RR) e São Paulo (SP).

<sup>56</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. Defesa da mulher. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/area-de-atuacao/defesa-da-mulher/> Acesso em: 12 mar 2021.

<sup>57</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO. Mutirão realizado pela DPE na casa da mulher brasileira atende mulheres em situações de violência. Disponível em: <https://defensoria.ma.def.br/dpema/portal/noticias/6713/mutirao-realizado-pela-dpe-na-casa-da-mulher-brasileira-atende-mulheres-em-situacao-de-violencia> Acesso em: 12 mar 2021.

diálogo com o judiciário, para que a assistência alcance também os filhos das mulheres, pois se configuram como vítimas da relação de violência.

O próprio site da DPE-BA, assim como o da DPE-SE<sup>58</sup>, tem informações diretas, concisas e acessíveis sobre a Lei Maria da Penha, como “Quais os tipos de violência abrangidos pela Lei Maria da Penha?” e “Qual o primeiro passo a ser dado pela mulher que se encontre em situação de violência doméstica e familiar?”, o que facilita a ativação das instituições pelas mulheres que necessitam de ajuda.

No Piauí<sup>59</sup>, no Rio de Grande do Norte<sup>60</sup>, na Bahia<sup>61</sup> e na Paraíba<sup>62</sup> também há exemplos importantes de atuação das instituições para divulgação de informações sobre violência contra a mulher, canais de atendimento, direitos e projetos de acolhimento, especialmente por meio

---

<sup>58</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO SERGIPE. Disponível em: [https://www.defensoria.se.def.br/?page\\_id=320](https://www.defensoria.se.def.br/?page_id=320) Acesso em: 12 mar 2021.

<sup>59</sup> No Piauí, as redes de atendimento à mulher são divulgadas pelo Tribunal do Estado, informando o contato do Centro de Atendimento Psicossocial (CAPS), Centro de Referência Especializado da Assistência Social (CREAS), Núcleo de Defesa da Mulher em Situação de Violência da DPE-PI, Delegacias Especializadas, Núcleo das Promotorias de Justiça de Defesa da Mulher Vítima de Violência Doméstica e Familiar. In: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ. Rede de atendimento à mulher em situação de violência. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/coordenadoria-da-mulher/rede-de-atendimento-a-mulher-em-situacao-de-violencia/>. Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>60</sup> A Comissão de Assistência Jurídica da OAB elaborou cartilha informando a rede de atendimento às vítimas de violência, pontuando desde o órgão responsável pelo registro do boletim de ocorrência até a Comissão da OAB e a DPE como fornecedoras de atendimento jurídico gratuito. Além disso, destaca a Assistência do Núcleo de Atendimento às Vítimas de Violência (NAMVID) do Ministério Público, que encaminha a mulher a grupos de conversa, atendimento psicológico e social ou para abrigo institucional. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – RIO GRANDE DO NORTE. Rede de apoio e proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em: <https://www.oabrn.org.br/arquivos/cartilhas/Cartilha-COAJUR.pdf> Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>61</sup> Destaca-se a cartilha produzida pelo Grupo de Atuação Especial em Defesa da Mulher (Gedem), do Ministério Público da Bahia. Disponível em: <https://portal.uneb.br/proaf/wp-content/uploads/sites/65/2019/04/Conversando-francamente-sobre-Viol%C3%Aancia-Dom%C3%A9stica-e-Familiar-REVISTA-EM-QUADRINHOS.pdf> Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>62</sup> O Juizado da Violência Doméstica e Familiar atua também nessa perspectiva de informação através do projeto “Justiça em seu bairro – Mulher merece respeito”, que realiza um trabalho de conversa e debate nas comunidades de João Pessoa e de promoção do atendimento psicossocial e psiquiátrico às vítimas. In: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. Mulher merece respeito: o projeto. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/programas-e-projetos/mulher-merece-respeito/o-projeto> Acesso em: 12 mar. 2021.

de cartilhas, sites institucionais e grupos de conversa. Destacam-se, ainda, os esforços para a capacitação dos profissionais envolvidos no atendimento da vítima.<sup>63</sup>

Observa-se que a promoção de assistência, não apenas jurídica, às vítimas de violência é possível e viável. A experiência no atendimento às mulheres e o avanço desta rede de atendimento serve como modelo importante. É possível promover o acesso à informação e à assistência às famílias de vítimas de letalidade policial, de modo a facilitar a denúncia, a apuração da investigação e o direcionamento da família ao suporte multiprofissional adequado.

Há experiências localizadas de alguns mecanismos especializados em vítimas de violência estatal que atuam de forma integral e multidisciplinar para assegurar seus direitos e buscar reparações. Há iniciativas dos Ministérios Públicos e Defensorias Públicas de alguns estados os quais instituíram núcleos ou programas voltados para a assistência às vítimas, como acima mencionados, sendo identificado que a maioria dos estados possuem núcleo ou centro de atuação em direitos humanos em ambas instituições.

A título exemplificativo, no estado de Minas Gerais, a Defensoria Pública possui a linha de atuação denominada Defesa dos Direitos Humanos das Pessoas Encarceradas e Vítimas de Violência Estatal e

---

<sup>63</sup> O Núcleo de Defesa da Mulher de Paraíba conta com cursos de capacitação para Defensores Públicos no Atendimento às Mulheres Vítimas de Violência Doméstica. In: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA. Começa segunda capacitação sobre atendimento às mulheres vítimas de violência. Disponível em: <https://www.defensoria.pb.def.br/noticias.php?idcat=1&id=357>. Acesso em: 12 mar. 2021. Assim como a seccional de Sergipe da OAB promoveu recentemente curso online intitulado "Assistência Jurídica às Mulheres em situação de Violência de Gênero" através da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher (CDDM), com a intenção de capacitar advogados e advogadas que atuam na defesa dos interesses jurídicos da mulher. In: OAB SERGIPE. Curso online 'assistência jurídica às mulheres em situação de violência de gênero' é realizado com sucesso. Disponível em: <http://oabsergipe.org.br/blog/2020/12/07/curso-online-assistencia-juridica-as-mulheres-em-situacao-de-violencia-de-genero-e-realizado-com-sucesso/>. Acesso em: 12 mar. 2021.

Abuso de Autoridade, cujo objetivo é a “Atuação junto aos casos paradigmáticos que envolvam tortura, abusos e maus tratos cometidos por agentes públicos com o objetivo de buscar a reparação civil quando for possível demonstrar o dano e o agente causador”<sup>64</sup>.

O Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos (NDH) da Defensoria Pública do Distrito Federal possui o Ofício da Cidadania, dos Direitos da População Privada de Liberdade e da Prevenção e Repressão à Tortura e ao Abuso Policial, sendo uma das suas atribuições: “exercer a tutela do exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa privada provisoriamente de liberdade e por **vítima de abuso policial** e de tortura”<sup>65</sup>.

No estado do Paraná, há o Programa de Atendimento às Vítimas de Crimes Violentos, organizado pelo Núcleo de Execução Penal (NUPEP) da Defensoria Pública, “destinado a prestar assistência jurídica e psicossocial a pessoas que foram vítimas de crimes violentos.”<sup>66</sup> Na Bahia, há o Núcleo de Amparo às Vítimas de Crimes Violentos<sup>67</sup>, cujo objetivo é “promover, de forma integral e gratuita, atendimento e orientação jurídica necessários para que estas pessoas não passem pelo processo de

---

<sup>64</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Catálogo de Serviços: defensoria pública do estado de Minas Gerais, p. 7. Belo Horizonte. Fevereiro de 2021. Disponível em [https://defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2021/03/Cat%C3%A1logo-de-servi%C3%A7os-final-1\\_marco2021.pdf](https://defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2021/03/Cat%C3%A1logo-de-servi%C3%A7os-final-1_marco2021.pdf). Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>65</sup> CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. Resolução nº 163 de agosto de 2017, art.21, inciso II. Grifo nosso. Disponível em: [http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/4820ef9960da45dbaa1591b0a537b443/Resolu\\_o\\_163\\_01\\_08\\_2017.html](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/4820ef9960da45dbaa1591b0a537b443/Resolu_o_163_01_08_2017.html). Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>66</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. NUPEP lança programa de atendimento às vítimas de crimes violentos. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2019/04/1386/NUPEP-lanca-programa-de-atendimento-as-vitimas-de-crimes-violentos.html>. Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>67</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. Amparo. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/projetos-e-acoefs/amparo/>. Acesso em: 12 mar. 2021.

luto sozinhas e sem amparo”<sup>68</sup>. A Rede Acolhe, da Defensoria Pública do Ceará, exerce função semelhante, ofertando amparo às vítimas de violência, com objetivo de diminuir a revitimização e os danos causados pela violência, bem como a possibilidade de ocorrências de novos Crimes Violentos Letais Intencionais<sup>69</sup>.

Em Pernambuco, essa ação é realizada pelo Núcleo de Defesa e Promoção de Direitos Humanos em conjunto com o Centro Estadual de Apoio às Vítimas de Violência (CEAV), executado através da Secretaria Executiva de Direitos Humanos (SEDH) “especializado em garantir o atendimento a familiares de vítimas de Crimes Violentos Letais Intencionais, através do apoio jurídico, psicológico e social possibilitando o acesso à justiça e às políticas públicas”<sup>70</sup>.

Dentre todas as regiões brasileiras, constatou-se que a região Norte é a região que menos conta com núcleos ou centros de atuação em direitos humanos no âmbito da Defensoria Pública e Ministério Público. No estado do Amapá e de Roraima, nenhuma das duas instituições possui um setor especializado em direitos humanos, o que reforça os indicadores de violência na região.

É de fundamental importância a existência de informação institucional para que os impactados pela violência consigam acessar os órgãos responsáveis pela assistência, para tornar as investigações do

---

<sup>68</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. Cartilha de orientação às famílias em luto: acesso a informações e direitos, p.3. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2018/04/cartilhaamparo-web.pdf> Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>69</sup> DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ. Rede Acolhe da defensoria oferece assistência integral aos familiares de vítimas de homicídios. Disponível em: <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/rede-acolhe-da-defensoria-oferece-assistencia-integral-aos-familiares-de-vitimas-de-homicidios/> Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>70</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. SEDH firma parceria com Núcleo de defesa e Promoção de Direitos Humanos da Defensoria do Estado. Disponível em: [http://defensoria.pe.def.br/defensoria/?x=interna&cod\\_conteudo=5304](http://defensoria.pe.def.br/defensoria/?x=interna&cod_conteudo=5304) Acesso em: 12 mar. 2021.

homicídio por policiais mais frequentes e capacitar os profissionais que irão atender os familiares das vítimas.

A situação é agravada pelo uso dos autos de resistência e similares. Mesmo após a decisão no Caso Favela Nova Brasília, em que houve determinação específica para que fossem abolidos, ainda não se abandonou por completo a praxe da utilização destes instrumentos, em que as mortes são justificadas como respostas legítimas a agressão ou ameaça de agressão por parte da vítima, procedimento este que impacta todo o curso da investigação, havendo um enfoque precípua na conduta criminal e antecedentes da vítima, sem a devida incursão sobre o homicídio perpetrado<sup>71</sup>. Tal expediente, além de gerar impunidade e favorecer os altos índices de letalidade policial, gera revitimização da vítima e a denegação de acesso à justiça por parte das vítimas não letais e de seus familiares.

Aqui, também encontramos diversos precedentes internacionais e domésticos acerca da necessidade de assegurar a chamada reparação integral, que de acordo com a Corte IDH “são remédios mais humanos, direcionados aos valores e princípios das vítimas e como o dano afetou as esferas da sua vida” classificando as medidas em: “(i) restituição; (ii) reabilitação; (iii) satisfação; (iv) garantias de não repetição; (v) obrigação de investigar os fatos, determinar os perpetradores e, se for caso, punir; e (vi) indenização”<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Corte IDH. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C Nº 333, par. 193/197 - 335.

<sup>72</sup> LOPES, Daniel Lozoya Constant Lopes; AMADO, Fábio; GONZÁLEZ, Pedro; RÉBORA, Fábian. Os direitos das vítimas ao acesso à justiça, às garantias processuais e à reparação integral à luz do direito internacional dos direitos humanos e da jurisprudência interamericana. In CADERNOS ESTRATÉGICOS - ANÁLISE ESTRATÉGICA DOS JULGADOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. p. 22. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39103.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2021.

Desta forma, devem ser estabelecidas diretrizes gerais acerca das instituições capazes de assegurar essas medidas, bem como estabelecimento de protocolos para que ocorra a reparação integral. Diante das experiências apresentadas e da atuação situação de atendimento aos familiares de vítimas da legalidade policial, o CCONS/UFPR propõe que seja dada interpretação conforme à Lei Complementar nº 80 de 1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública) para que, nos moldes do art. 28 da Lei Maria da Penha (11.340/2006), as Defensorias Públicas tenham centros de atendimento multiprofissionais, que possam promover atendimento integral e humanizado aos familiares dessas vítimas da violência estatal, de forma a aproximá-los do procedimento de investigação e evitar o referido e doloroso processo de revitimização.

#### **4 SÍNTESE CONCLUSIVA: PELA DEMOCRATIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA**

Passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, é fundamental aprofundarmos a democratização da segurança pública. Entendê-la a partir de sua função pública implica em estabelecer controles internos, externos e sociais, para que a segurança se faça com a proteção de direitos humanos e proteção do cidadão. Isso passa pela existência de dados confiáveis e disponíveis, estruturação de mecanismos de controle efetivos e permanentes, e atendimento integral aos familiares das vítimas.

Nesse sentido, solicitamos ao Supremo Tribunal Federal a estruturação de diálogos permanentes entre as instituições, para que possamos controlar a força letal e expandir nossas práticas democráticas.

# 5

## RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 86305/RS (2017/0157170-3) MEMBROS POVO INDÍGENA KAINGANG

### FICHA

<b>Ano de realização</b>	2017
<b>Caso</b>	<b>Recurso em Habeas Corpus nº 86305/RS envolvendo membros do Povo indígena Kaingang</b>
<b>Tema</b>	Trata sobre parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos e comparado sobre a garantia de tradução, interpretação e perícia antropológica em processos penais contra pessoas indígenas
<b>Pacientes</b>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Nelson Reko de Oliveira</li><li>2. Outros 18 membros do Povo Kaingang</li></ol>
<b>Autores da peça</b>	<ol style="list-style-type: none"><li><b>1. Centro de Análisis e Investigación - Fundar:</b><ul style="list-style-type: none"><li>- Edmundo Del Pozo</li></ul></li><li><b>2. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia:</b><ul style="list-style-type: none"><li>- Carlos Andrés Baquero</li></ul></li><li><b>3. Clínica de Direitos Humanos - Human Rights Research and Education Centre, Universidade de Ottawa:</b><ul style="list-style-type: none"><li>- Andrea Tolentino</li><li>- Elyane Laccase</li><li>- John Packer,</li><li>- Jordi Feo Valero</li><li>- Maddy Marsh</li><li>- Salvador Herencia Carrasco</li><li>- Tessa Morris</li></ul></li><li><b>4. Clínica de Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD - PUCPR):</b><ul style="list-style-type: none"><li>- Profa. Dra. Danielle Anne Pamplona</li><li>- André Otavio Luz,</li><li>- Camila Franco</li><li>- Patricia Almeida de Moraes.</li></ul></li></ol>



	<p><b>5. Diálogo y Movimiento - Asesoría Intercultural y Desarrollo Social:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Artemia Fabre Zarándona</li> </ul> <p><b>6. Fundação para o Devido Processo/ Due Process of Law Foundation (DPLF):</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Daniel Lopes Cerqueira</li> </ul> <p><b>7. Instituto de Democracia y Derechos Humanos da Pontificia Universidade Católica do Peru (IDEHPUCP):</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Alessandra Enrico</li> <li>- Cristina Blanco Vizarreta</li> </ul> <p><b>8. Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos (NESIDH) da Universidade Federal do Paraná:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Prof. Dra. Melina Girardi Fachin</li> <li>- Ana Paula Luciani de Carvalho</li> <li>- Ananda Hadah Rodrigues Puchta</li> <li>- Bruna Nowak</li> <li>- Débora Dossiatti de Lima</li> <li>- Gabriela Sacoman Kszan,</li> <li>- Giulia Fontana Bolzani,</li> <li>- Guilherme Ozório Santander Franciso</li> <li>- Victor Tozetto da Veiga.</li> </ul> <p><b>9. Robert F. Kennedy Human Rights:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Angelita Baeyens</li> <li>- Wade McMullen.</li> </ul> <p><b>10. Programa de Pluralismo Jurídico y Vigencia de Derechos del CIESAS (Plural):</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Juan Carlos Martínez</li> </ul>
--	--

## CONTEXTO

O contexto do caso trata-se de um Recurso em Habeas Corpus no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, na qual solicita-se, para além da suspensão liminar de ação penal, uma devida interpretação das declarações das testemunhas para a língua do povo kaingang, além de

todos os atos processuais e audiência. Também, solicitou-se uma perícia antropológica para os 19 pacientes, no mesmo processo nº 5004459-38.2016.4.04.7117, que foi negada pela 1ª instância federal de Erechim, Rio Grande do Sul e pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região.

## **RESUMO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS**

Antes de adentrar às argumentações centrais, os recorrentes trataram da importância de utilizar-se de parâmetros internacionais de Direitos Humanos em âmbito do STJ, citando casos julgados no âmbito do Sistema Interamericano utilizados pelo Superior Tribunal como base para formação de jurisprudência interna, dando-se destaque também ao dever de realizar Controle de Convencionalidade interno que o STJ possui.

Após, os recorrentes dividiram sua defesa em duas partes: Em primeiro, trouxeram parâmetros interamericanos e do Sistema Universal de Direitos Humanos que abordam os princípios aplicáveis em casos de processos penais com réus indígenas. Por último, trouxeram casos jurisprudenciais de destaque, ou seja, utilizando-se do Direito comparado, de Supremas Cortes de países como Canadá, Estados Unidos, México e Peru.

Quanto aos parâmetros do Sistema Interamericano, os recorrentes destacaram a previsão do artigo 8.2 e seus incisos a respeito da garantia de um intérprete a réus indígenas. Ainda, destacou-se também os artigos seis, treze e quatorze da Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas, que trata em geral sobre direitos coletivos e à identidade e integridade cultural. Por fim, os recorrentes destacaram também as “Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em condição de vulnerabilidade”, além do Relatório sobre Direitos Humanos feito pela

Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Estado do Equador, na qual solicita que a tradução da língua do tribunal para as línguas indígenas seja feita em todos os âmbitos do processo se necessário, sendo essa uma interpretação tirada a partir do artigo 8º da CADH.

Já no Sistema Universal, os recorrentes trouxeram o Relatório do Relator Especial para Direitos Humanos e Fundamentais da ONU para povos indígenas, na qual destaca-se que o acesso à justiça é um pré-requisito para a proteção dos direitos humanos desses povos. Outro destaque feito na peça foram aos artigos 14 e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, que asseguram tanto um intérprete aos acusados quanto protege indivíduos contra discriminação com base no idioma.

Na segunda parte da argumentação trazida pelos peticionários, foram trazidos decisões paradigmáticas de quatro Supremas Cortes do continente americano. No Canadá, um dos casos destacados foi o “*R. vs. Tran*”, na qual a Suprema Corte compreendeu que a nomeação de intérpretes para casos envolvendo indivíduo indígena deveria se dar por: I. Quando o indivíduo demonstrar dificuldade em comunicar-se na língua do tribunal e II. O indivíduo solicitar intérprete e o juiz achar adequado. Ainda, a mesma Corte, numa série de casos seguintes, abordou e definiu o conceito de contextualizar a situação do indígena em casos penais, a ver, os casos *Ipeelee* e *Gladue*.

Já no país vizinho, Estados Unidos, desde 1948 é reconhecida pela jurisprudência nacional o direito a um intérprete neutro em casos envolvendo réus indígenas. O caso “*US. rel. ex Negron versus New York*” é um caso citado pelos peticionários como exemplo dessa argumentação, sendo que nele é considerado o não cumprimento desse requisito como

violação do direito à defesa prevista na quinta e na décima quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Quanto ao México, os peticionários destacaram o vasto marco jurídico de proteção aos povos e comunidades tradicionais quanto à preservação dos costumes e das línguas originárias. Destaca-se o artigo 2º da Constituição dos Estados Mexicanos, que garante aos povos e comunidades indígenas ter seus próprios sistemas normativos e autoridades. Ainda, os peticionários trazem o entendimento da Suprema Corte Mexicana que compreende que mesmo que o indígena entenda e compreenda bem a língua espanhola, ele deverá ter acesso a intérprete, em vista ao respeito ao artigo 2º da Constituição Mexicana.

Por fim, quanto ao Peru, os peticionários destacaram que países com alta diversidade cultural e linguística recorrentemente encaram situações em que um intérprete se faz necessário. No caso do país andino, destacou-se o artigo 2.19 da Constituição Política do país, que garante o acesso a um intérprete em situações que o indivíduo não compreenda bem o idioma castelhano, sendo esse entendimento ressaltado pelo Tribunal Constitucional do País. Ainda, destacou-se o artigo 114 do Código de Processo Penal peruano que reforça o entendimento da necessidade de um intérprete em situações em que o idioma castelhano não é completamente compreendido pelo réu.

## **CONCLUSÕES**

Nas conclusões, os peticionários consideraram que os parâmetros internacionais de acesso à justiça e a proteção aos direitos dos povos indígenas não foram respeitados, relacionado à garantia de intérprete. Diante disso, os requerentes fizeram as seguintes postulações: I.

Traduções das peças mais relevantes ao idioma Kaingang; II. Interpretação dos atos processuais e possíveis testemunhos ao respectivo idioma e, por fim, III. Produção de Perícia antropológica por profissional competente para tal.

### **ATUALIZAÇÕES**

Em Outubro de 2019, o recurso impetrado perante o STJ foi conhecido pelo Tribunal e provido em parte pela Sexta Turma do STJ. Na decisão, o relator, Ministro Rogerio Schietti, deu provimento à Perícia antropológica solicitada e compreendeu que tal peça auxiliaria o juízo no julgamento dos 19 indivíduos indígenas.

Quanto ao pedido por intérprete, o Relator, seguido pela maioria do Colegiado, resolveu por negar a solicitação seguindo a compreensão das instâncias inferiores de que o juízo ter sido feito até então em português não prejudicou o entendimento dos réus. Quanto à tradução dos atos processuais, mais uma vez o Colegiado, seguindo o Ministro relator, negou a solicitação, visto que o acesso às peças é feito pela defesa técnica, cuja língua é o português. Por fim, quanto à solicitação de renovação de provas, a decisão foi por realizar tal renovação apenas se os indígenas vierem a ser pronunciados.

## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL

**Recurso em Habeas Corpus nº 86305 / RS (2017/0157170-3)**

**Pacientes: Nelson Reko de Oliveira e outros 18 indivíduos,  
todos eles membros do Povo Indígena Kaingang**

*Amicus Curiae*

**“Parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos e  
Comparado sobre a Garantia de Tradução, Interpretação e Perícia  
Antropológica em Processos Penais contra Pessoas Indígenas”**

### ORGANIZAÇÕES QUE ASSINAM O AMICUS CURIAE



**Bogotá, Cidade do México, Curitiba, Lima, Ottawa e Washington, D.C.**

**05 de julho de 2017**

## CRÉDITOS

Este *amicus curiae* foi elaborado para o Superior Tribunal de Justiça do Brasil pelas organizações previamente descritas. Pela *Fundar*, participou Edmundo del Pozo. Pelo *DPLE*, participou Daniel Lopes Cerqueira. Pelo *IDEHPUCP*, participou Cristina Blanco Vizarreta e Alessandra Enrico. Pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade de Ottawa, participaram o Prof. John Packer, Salvador Herencia Carrasco, Elyane Laccase, Jordi Feo Valero, Maddy Marsh, Tessa Morris e Andrea Tolentino. Pelo Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos da UFPR, participaram a Prof.<sup>a</sup> Melina Girardi Fachin, Ana Paula Luciani de Carvalho, Ananda Hadah Rodrigues Puchta, Bruna Nowak, Débora Dossiatti de Lima, Gabriela Sacoman Kszan, Giulia Fontana Bolzani, Guilherme Ozório Santander Franciso e Victor Tozetto da Veiga. Pelo *Dejusticia*, participou Carlos Andrés Baquero. Pela Clínica de Direitos Humanos do PPGD-PUCPR participaram a Prof.<sup>a</sup> Danielle Anne Pamplona, André Otavio Luz, Camila Franco e Patricia Almeida de Moraes. Por *CIESAS (Plural)*, participou Juan Carlos Martínez. Por *Diálogo y Movimiento*, participou Artemia Fabre Zarandona. Por Robert F. Kennedy Human Rights, participaram Angelita Baeyens e Wade McMullen.

**TABELA DE CONTEÚDOS**

<b>Seção</b>
<b>I. Do Instituto do <i>Amicus Curiae</i> e do interesse das organizações que assinam a presente peça</b>
<b>II. Resumo dos fatos e da controvérsia jurídica que enseja a apresentação do <i>Amicus Curiae</i></b>
<b>III. Da conveniência da utilização dos parâmetros internacionais de direitos humanos por parte do E. Superior Tribunal de Justiça</b>
<b>IV. Dos parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos aplicáveis a processos penais contra réus indígenas</b>
<b>IV.1 Sistema Interamericano de Direitos Humanos</b>
<b>IV.2 Sistema Universal de Direitos Humanos</b>
<b>V. Jurisprudência de altas Cortes de outros países do continente e Direito Comparado</b>
<b>V.1 Canadá</b>
<b>V.2 Estados Unidos</b>
<b>V.3 México</b>
<b>V.4 Peru</b>
<b>VI. Conclusão e petitório</b>



## I. DO INSTITUTO DO *AMICUS CURIAE* DO INTERESSE DAS ORGANIZAÇÕES QUE ASSINAM A PRESENTE PEÇA

O memorial ora apresentado ao E. Superior Tribunal de Justiça se insere na tradição jurídica que, no Brasil e em outros países, é conhecido como “*amicus curiae*”. Trata-se de um instituto que remonta ao Direito Romano e cujo significado literal (“amigo da corte”) denota o propósito para o qual foi concebido desde a Idade Antiga: fornecer subsídios de fato ou *de iure* a um tribunal, para a melhor solução de uma controvérsia. Os *amici curiae* são, assim, pessoas ou entidades estranhas à causa, que buscam auxiliar o tribunal, provocada ou voluntariamente, especialmente em controvérsias que versam sobre questões relevantes para uma determinada comunidade jurídico-política.<sup>1</sup>

Na lição de Silvestri, há registros sobre a atuação de terceiros na qualidade de *amici curiae* no âmbito do Direito Penal inglês desde a Idade Média. Tais sujeitos podiam trazer perante uma corte penal questões fáticas desconhecidas pelos julgadores, os quais mantinham discricionariedade para aceitar a intervenção.<sup>2</sup> Com o tempo, o instituto passou a ser utilizado de forma quase cotidiana em vários países cujo ordenamento jurídico segue a tradição do *Common Law*.<sup>3</sup>

Nos Estados Unidos, o direito adjetivo dos respectivos entes federados costuma possuir disposições regulando a intervenção de *amici curiae*. É o caso, por exemplo, da regra nº 29 do Regulamento do

---

<sup>1</sup> Scourfield McLauchlan, Judithanne, *Congressional Participation As Amicus Curiae Before the U.S. Supreme Court*. LFB Scholarly Publishing (2005), p. 266.

<sup>2</sup> Silvestri, Elisabetta, **L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati**, p. 679/680, *apud* BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva (2006), p. 87/88

<sup>3</sup> A propósito da consolidação do instituto do *amicus curiae* no direito inglês, vide REEVES, J. & FINLANSON, W.F., *History of the English Law, from the Time of the Romans to the end of the Reign of Elizabeth*, vol. II, Reeves & Turner, London 1869.

Poder Judiciário do Distrito de Columbia. No âmbito federal, a regra 37 do Regulamento da Suprema Corte a faculta a admitir *amici curiae briefs* sobre assuntos relevantes que não tenham sido tratados pelas partes da *litis* e que sejam de considerável serventia para a decisão sobre o caso.<sup>4</sup>

Desde suas origens, o instituto do *amicus curiae* tem se consolidado como uma ferramenta de exercício da cidadania, de maximização de princípios e valores compartilhados por uma comunidade jurídica e, em geral, de aperfeiçoamento dos critérios jurisprudenciais. Com a afirmação de paradigmas constitucionais pautados em Estados Democráticos de Direito, e sua imersão no processo de universalização dos direitos humanos, o mencionado instituto transcendeu a seara doméstica de construção doutrinária e jurisprudencial do Direito. Neste novo contexto, fenômenos como o diálogo jurisprudencial, o transconstitucionalismo<sup>5</sup> e a consolidação de um *ius constitutionale commune*<sup>6</sup> em certos espaços de integração regional, têm sido acompanhados de uma atuação transnacional dos *amici curiae*, interessados no aperfeiçoamento do Direito para além de uma ou outra fronteira nacional.

Atualmente, o instituto do *amicus curiae* se encontra incorporado na prática jurisdicional da maior parte dos altos tribunais latino-

---

<sup>4</sup> *Rules of the Supreme Court of the United States* (2010), regra 37, disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf>. Há registros da intervenção de *amici curiae* junto à Suprema Corte dos Estados Unidos desde o ano 1812, no caso *Schooner Exchange v. McFaddon*. Ao respeito, vide ANGELL, E., *The Amicus Curiae: American Development of English Institutions*, ICLQ, vol. 16 (1967), 1017-1044.

<sup>5</sup> Vide Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*. WMF Martins Fontes (2009).

<sup>6</sup> Vide von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Piovesan, Flavia; and Soley, Ximena, *Ius Constitutionale Commune En América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism* (26 de outubro de 2016). **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)**. Research Paper No. 2016-21, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2859583>

americanos. De igual forma, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a Corte de Justiça da União Européia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos,<sup>7</sup> dentre outros tribunais e cortes internacionais, consagram expressamente em seus regulamentos ou estatutos, ou através de uma prática consolidada, a intervenção de *amici curiae*. Também no âmbito dos tribunais arbitrais com competência para resolver controvérsias sobre tratados de investimento e livre comércio; bem como os tribunais penais *ad hoc*, como os Tribunais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda e a Corte Especial para a Serra Leoa; é uma prática rotineira a intervenção de *amici curiae*.<sup>8</sup>

Seguindo a tradição de outros ordenamentos, o direito positivo brasileiro contém uma série de disposições que facultam os tribunais pátrios a solicitar de ofício ou admitir, a pedido de parte, a intervenção de *amici curiae*.<sup>9</sup> Destaque-se que a ausência de disposição específica sobre o instituto no Código de Processo Penal parece derivar-se de sua longa sanção, em 1941. Nada obstante, o novo Código de Processo Civil, cuja aplicação é supletória às causas criminais, dedica, em seu capítulo V, ao juiz ou relator, a faculdade de solicitar ou admitir uma peça de *amicus curiae*. Com efeito, o novo códex processal civil reconhece ao interveniente em qualidade de *amicus curiae* a

---

<sup>7</sup> Vide art. 44 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>8</sup> Vide, ao respeito, Pascual Vives, José Francisco, *EL DESARROLLO DE LA INSTITUCIÓN DEL AMICUS CURIAE EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL*. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2011), disponível em: [www.reei.org/index.php/.../Estudio\\_PASCUAL\\_FcoJose.pdf](http://www.reei.org/index.php/.../Estudio_PASCUAL_FcoJose.pdf)

<sup>9</sup> Vide, a título de ilustração, o art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99 (que regula a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade), o art. 14, § 7º, da Lei 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais) e o art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006 (que trata das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal).

legitimidade para opor embargos de declaração e para recorrer de decisões que julgam o incidente de resolução de demandas repetitivas.<sup>10</sup>

Cabe aqui ressaltar a prática reiterada do Supremo Tribunal Federal de admitir a intervenção de *amici curiae* em assuntos de diversas matérias, inclusive em ações de habeas corpus.<sup>11</sup> No caso *sub judice*, consideramos pertinente para o E. Superior Tribunal de Justiça admitir e examinar a presente peça de *amicus curiae* pelas seguintes razões.

Primeiramente, devido à relevância da controvérsia jurídica levada ao conhecimento de V. Exas. Tal como será exposto *infra*, a presente peça explica, de forma pormenorizada, como o titular da Vara Federal de Erechim, Rio Grande do Sul, e os Magistrados da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, fundamentaram suas decisões em critérios que distam dos parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da jurisprudência comparada, no que tange à garantia da tradução e interpretação das atuações penais ao idioma nativo de réus indígenas.

Desprende-se, da presente peça, que o Brasil é um dos poucos – ou quiçá o único – país do continente com população indígena no qual o juiz penal possui uma discricionariedade quase absoluta para aferir, sem nenhum tipo de suporte em perícia antropológica ou linguística, o grau de entendimento de um réu indígena sobre o idioma português. Cada uma das organizações assinantes da presente peça possui uma reconhecida trajetória profissional e acadêmica em temas relacionados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito dos Povos

---

<sup>10</sup> Código de Processo Civil brasileiro, art. 138 §§ 1º e 3º.

<sup>11</sup> Vide, por exemplo, HC 82424, Relator Min. Moreira Alves, Relato p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17 de setembro de 2003.

Indígenas, tanto em sede nacional, em seus respectivos países, quanto em sede internacional.

Duas das organizações que assinam o presente memorial possuem uma longa experiência em temas relacionados à necessidade de perícias antropológicas, tradução e interpretação ao idioma nativo de integrantes de povos indígenas que respondem a processos penais, quais sejam: o Programa de Pluralismo Jurídico e Vigência de Direitos do Centro de Investigações e Estudos Superiores em Antropologia Social (CIESAS); e Diálogo e Movimento – Assessoria Intercultural e Desenvolvimento Social. Tais organizações são constituídas por antropólogos e antropólogos jurídicos que atuam há vários anos ante o Poder Judiciário do México, país onde, tal como será explicado *infra*, há um reconhecimento pacífico do direito à tradução e interpretação ao idioma indígena, sobretudo em causas penais.

Cabe destacar, ademais, que duas organizações assinantes da presente peça são Centros de Direitos Humanos de prestigiosas universidades nacionais: a Pontifícia Universidade Católica do Paraná e a Universidade Federal do mesmo Estado. A atuação, como *amici curiae*, de dois renomados núcleos de estudo nacionais, denota o interesse em que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal inspire a formação acadêmica e o ensino do Direito no Brasil.

Em segundo lugar, ressaltamos que a decisão a ser adotada pelo E. Superior Tribunal possui o potencial de gerar efeito multiplicador que transcende os 19 pacientes do *habeas corpus* na causa que deverá ser decidida por V.Exas. Desnecessário quantificar o vasto número de causas penais em curso contra integrantes de povos e comunidades indígenas no Brasil, nas quais foi negado o direito à interpretação e à tradução de peças fundamentais do processo penal ao idioma nativo dos

réus indígenas, bem como nos quais se negou a produção de perícia antropológica. Nosso propósito é apresentar, a este egrégio colegiado, considerações jurídicas pautadas na jurisprudência de altas cortes do continente, pronunciamentos de organismos internacionais de direitos humanos, e que derivam, outrossim, de disposições expressas de tratados internacionais assinados e ratificados pelo Estado brasileiro.

Gostaríamos de frisar que é um exercício alheio à presente peça de *amicus curiae* especular sobre a culpabilidade ou inocência dos 19 pacientes. Busca-se, fundamentalmente, expor os parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Comparado aplicável à persecução penal de réus indígenas que, a nosso juízo, poderiam ser considerados pelo E. Superior Tribunal de Justiça ao decidir o caso em epígrafe.

Pela convergência dos estudos e atuação prática especializados dos peticionários que congregam vários acadêmicos, professores e defensores de direitos humanos nesta área do conhecimento, somado à importância teórica do ponto de vista jurídico, aliado, por fim, aos importantes efeitos práticos sociais da lide em questão, é que os argumentos de fato e de direito seguem a título de contribuição para solução que se entende adequada.

## **II. RESUMO DOS FATOS E DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA QUE ENSEJA A APRESENTAÇÃO DO *AMICUS CURIAE***

Trata-se de recurso em ação de *habeas corpus* ajuizado perante o E. Superior Tribunal de Justiça, no qual Nelson Reko de Oliveira e outros 18 pacientes, integrantes do Povo Indígena Kaingang, pleiteiam (I) a suspensão liminar de uma ação penal que tramita na Vara Federal de Erechim, Rio Grande do Sul, até que lhes seja respeitado o direito à

tradução, em idioma nativo, da denúncia penal e outras peças essenciais do processo; (II) a interpretação das declarações das testemunhas que intervenham ao longo do procedimento penal, em particular aquelas que pertencem ao Povo Kaingang, e de todas as audiências e atos do processo; bem como (III) a produção de laudo pericial antropológico por parte de especialista nomeado pela autoridade judicial competente.

Em Ação Penal com autos de origem registrado sob nº 5004459-38.2016.4.04.7117, atribui-se aos pacientes duplo homicídio que teria ocorrido no município de Faxinalzinho, Rio Grande do Sul, aos 28 de abril de 2014. No curso do processo, foi requerida a tradução da denúncia e a realização de perícia antropológica, pedido que foi denegado pelo Exmo. Juiz Federal da Vara de Erechim, Rio Grande do Sul, em sentença de 20 de março de 2017. Ante a impetração de habeas corpus pela advogada de defesa dos pacientes, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão de 7 de junho de 2017, denegou a mencionada pretensão.

Em relação à alegada desnecessidade de tradução do ato citatório e denúncia penal ao idioma Kaingang, o titular da Vara Federal de Erechim fundamentou sua decisão, em síntese, da seguinte maneira:

1. Nem a disposição aplicável do Código de Processo Penal brasileiro (art. 193) nem o art. 8.2, itens a e b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos exigem a assistência do acusado em Juízo por intérprete, sendo necessário somente a comunicação prévia da acusação formulada para que o acusado tenha o tempo e os meios adequados para a preparação de sua defesa.
2. Embora os acusados tenham o domínio da língua nativa Kaingang, “ao que tudo indica comunicam-se e entendem a língua portuguesa e, por conseguinte, conhecem a acusação que pesa contra eles”.

3. Por entenderem plenamente o idioma nacional inserido no inquérito, utilizaram o direito de permanecer em silêncio quando perguntados, na condição de investigados, acerca dos fatos que redundaram no homicídio das vítimas, o que mais uma vez evidencia o domínio do idioma português”.
4. É fato notório que os indígenas da etnia Kaingang no contexto geográfico em que estão inseridos os acusados relacionam-se diariamente com a comunidade envolvente nas mais diversas áreas desde há muito tempo, o que acabou por ocasionar, ao longo do tempo, pleno domínio da língua portuguesa, ao menos como forma de se comunicar com os não indígenas a evidenciar mais uma vez que se trata de mera alegação retórica destituída de utilidade e finalidade no caso concreto”.
5. E ainda que eventualmente algum dos acusados não dominasse o idioma português adotado em juízo para se comunicar, à semelhança dos estrangeiros, o Código de Processo Penal assegura a presença de intérprete apenas no momento do interrogatório justamente porque os demais atos processuais são efetuados pela defesa técnica, e não pessoalmente pelo acusado.

Ao ratificar a decisão do juízo *ad quo*, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região asseverou o seguinte:

1. Do mesmo modo, não há falar em prejuízo do ato citatório cuja certidão do oficial de justiça deixa claro que os denunciados declararam (presume-se que em português por ser improvável que o oficial de justiça tenha domínio da língua Kaingang) que já haviam constituído advogados para acompanharem suas defesas (evento 205 - autos originários).
2. Havendo certeza que os denunciados compreendem a língua portuguesa, bem como se comunicam sem dificuldades, não há como presumir que não tenham compreendido o teor da denúncia, sendo desnecessária a tradução para o idioma Kaingang.



Em relação à denegação do direito à expedição de laudo pericial antropológico, aos fins de permitir uma melhor aferição sobre o discernimento dos denunciados indígenas sobre a antijuridicidade dos fatos denunciados, a decisão do Juiz Federal da Vara de Erechim se fundamentou na seguinte conclusão:

1. [C]abe ressaltar a sua dispensabilidade [da perícia antropológica] no caso de indígenas que estão integrados à sociedade não índia envolvente e que possuem conhecimento a respeito dos costumes a ela inerentes e compreensão a respeito de suas regras.
2. Ademais, no caso dos autos os denunciados não vivem isolados, pois residem em comunidades indígenas que se relacionam diariamente com a sociedade civil, não havendo nos autos, até o momento, evidências de que os denunciados não possuam o entendimento do caráter ilícito de suas condutas.
3. No tocante à perícia antropológica a fim de que aferir o grau de discernimento dos denunciados em relação aos fatos, assim como o magistrado a quo, considero dispensável, ao menos nesse momento, sua realização, pois os elementos até então trazidos aos autos não evidenciam que os réus vivem isolados em suas comunidades, sem conhecimento das regras e costumes da sociedade não indígena.

Por sua vez, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região ratificou tal entendimento com base nas seguintes afirmações: “desnecessidade de perícia antropológica, pois a ilicitude do homicídio é reconhecida por qualquer comunidade indígena, não havendo dúvidas que a conduta de matar alguém não faz parte dos costumes e tradições do povo Kaingang.”

Nas próximas seções, as organizações assinantes da presente peça explicarão os parâmetros do Direito Internacional dos Direitos

Humanos e do Direito Comparado, aplicáveis ao processamento penal de réus indígenas, que foram infringidos pelas referidas autoridades judiciais que denegaram a ação de habeas corpus formulada pelos 19 pacientes da causa em epígrafe. Demonstraremos ao E. Tribunal Superior que o direito à tradução e interpretação constituem garantias fundamentais de integrantes de povos indígenas, devendo ser observado desde o início de qualquer procedimento penal que lhes sejam seguidos. Tal garantia está contida no direito a um devido processo e à ampla defesa, protegidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção 169 da OIT, dentre outros tratados ratificados pelo Brasil. Antes de expor sobre os mencionados parâmetros do Direito Internacional de Direitos Humanos, contudo, abordaremos a conveniência da sua utilização por parte de V.Exas.

### **III. DA CONVENIÊNCIA DA UTILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS POR PARTE DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

A concepção contemporânea da proteção dos direitos humanos inaugurou uma nova esfera da responsabilidade dos Estados. Ainda que caiba aos Estados a responsabilidade primária, destaca-se a importância da interface e do diálogo dos diferentes planos protetivos para a realização dos direitos humanos – o que demanda a cooperação entre os constitucionalismos locais – entre si – e entre estes e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Emerge, dessa forma, o diálogo de diversas ordens protetivas em torno do princípio *pro persona*, que se vê impulsionado tanto no âmbito doméstico quanto no âmbito internacional. No âmbito constitucional

interno, não é faculdade dialogar, mas sim dever imposto pelo poder constituinte originário. Recolhem-se, sobretudo, as previsões normativas da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, I da CF) e as cláusulas de abertura, constantes no texto constitucional (art. 5º, §§ 2º e 3º).

Essa interpretação é autorizada pela própria construção jurisdicional que lastreia o controle de convencionalidade nas mais altas Cortes brasileiras. No Supremo Tribunal Federal, o precedente do RE 466343, que consolidou o controle de convencionalidade interno, reconheceu o *locus* especial que as normas de direitos humanos gozam em nosso ordenamento e o dever do Poder Judiciário de agir neste sentido.<sup>12</sup>

O histórico das decisões desta Superior Corte de Justiça indica que, em inúmeras vezes, foram consideradas as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante, “Corte IDH”). Este E. Superior Tribunal de Justiça expressamente resgatou a posição da Corte IDH nos casos *Ximenes Lopes v. Brasil* (2006), *La última tentación de Cristo v. Chile* (Olmedo Bustos e outros, 2001), *Massacre de Pueblo Bello v. Colômbia* (2006) e *López Alvarez v. Honduras* (2006) ao estabelecer, no âmbito doméstico, o conteúdo do direito à duração razoável do processo.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Como reflexo da EC n.º 45, de dezembro de 2004, sobreveio o entendimento fixado no REXT n.º 466343 (RE 466343, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em: 03/12/2008, DJE: 04/06/2009), julgado em dezembro de 2008, pelo pleno daquele Tribunal que reconheceu destaque constitucional aos instrumentos de direito internacional dos direitos humanos em nosso ordenamento. 13 STJ - HC: 284158 MG 2013/0402062-1, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 04/02/2015

<sup>13</sup> STJ - HC: 284158 MG 2013/0402062-1, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 04/02/2015

Da mesma maneira, este E. Tribunal já decidiu que é sua responsabilidade exercer o controle de convencionalidade das normas internas, utilizando-se dos argumentos da Corte IDH no caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*. Tal posição foi expressada, por exemplo, em ementa do julgamento do Recurso Especial nº 1.640.084/SP.<sup>14</sup> Cite-se, por fim, a título exemplificativo, o voto exarado pelo Exmo. Ministro Rogério Schietti Cruz nos autos de Recurso Especial 1351177/PR, em análise crítica do posicionamento pátrio:

É mais preocupante ainda a situação brasileira ante a percepção de que vários outros países que integram o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos adotam comportamento judicial diferente. Em um de seus Cadernos de Jurisprudência, especificamente sobre o tema em apreço (Controle de Convencionalidade), reproduzem-se diversos casos em que a Corte examinou a questão e assinalou o dever, de cada Estado e de todo e qualquer magistrado ou órgão que integra o respectivo Poder Judiciário, de seguir não apenas as normas dos tratados internacionais, notadamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também a jurisprudência da Corte que os interpreta e, acima de tudo, as decisões de que o Estado for parte.<sup>15</sup>

No âmbito internacional, sobressaem como base normativa do diálogo jurisdicional os deveres de respeitar e o dever de proteger e implementar, inclusive impondo a modificação das disposições de direito interno *a contario sensu*. Neste sentido, citem-se os artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, instrumento assinado e ratificado pelo Brasil. O preâmbulo deste tratado

<sup>14</sup> STJ. REsp 1.640.084/SP, disponível em: /processo/revista/document/mediado/?componente=MON&sequencial=69907873&num\_registro=201700433734&data=20170317&tipo=0'

<sup>15</sup> Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

interamericano é ainda mais preciso ao frisar que a proteção internacional dos direitos essenciais dos seres humanos possui uma “natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.<sup>16</sup>

Com relação ao Sistema Universal de Direitos Humanos, igual poder-dever se impõe. Destaca-se, neste sentido, o art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (doravante, PIDCP). Além disto, o dever de cooperar – com a melhor proteção dos direitos – é também disposição que ganha fôlego normativo internacional, previsto, por exemplo, no artigo 2º, § 1º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante, PIDESC).

Tudo isso é reforçado pela jurisprudência dos tribunais e comitês temáticos pertinentes no âmbito das Nações Unidas. O Comentário Geral nº 3 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU esclareceu que as obrigações dos Estados assumem um feixe complexo no sentido de respeitar, proteger, implementar e cooperar com a realização os direitos contidos no PIDESC.<sup>17</sup>

Igual pronunciamento recolhe-se da interpretação da Corte IDH, manifestada em sua jurisprudência primeva sobre os deveres estatais, a saber: a primeira obrigação dos Estados é a de “respeitar os direitos e liberdades reconhecidas na Convenção” e a segunda é a de “garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda

---

<sup>16</sup> OEA, Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969, disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.pdf>

<sup>17</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. Fifth Session. Geneva, 14-12-1990. General comment N.º 3: **The nature of States parties obligations** (Art. 2, par.1). UN doc. E/1991/23, disponível em: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc/nsf/m\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed=0052b664?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc/nsf/m(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed=0052b664?Opendocument)

“pessoa sujeita à sua jurisdição”.<sup>18</sup> A Corte IDH se posicionou sobre o dever de toda autoridade judicial de um país parte da Convenção Americana – e portanto, dos Md. Magistrados deste E.Superior Tribunal de Justiça – de realizar controle de convencionalidade, *in verbis*:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.<sup>19</sup>

A utilização dos parâmetros internacionais de direitos humanos é dever, portanto, que exsurge tanto do direito interno quanto do direito internacional. Cada sistema contribui com sua concepção de proteção da pessoa humana, interagindo com o âmbito local, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção dos direitos humanos.

---

<sup>18</sup> CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentença de mérito de 29 de julho de 1988, pars. 165 e 166.

<sup>19</sup> CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. par. 124. No mesmo sentido, vide *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006, par.173.

O diálogo entre ordenamentos jurídicos propicia, concomitantemente, aprender com a prática estrangeira e aprimorá-la e complementá-la em prol do fortalecimento dos referidos direitos. É assim que se abrem espaços horizontais – entre Tribunais de mesma envergadura – e verticais – entre o sistema interno e o internacional. Nesta peça de *amicus curiae*, ambos os sentidos serão usados como recursos argumentativos do que se alega, mostrando que experiências de Cortes Superiores de outros países e Tribunais Internacionais já operaram neste sentido em prol da proteção indígena.

O dever de dialogar é condição que o atual estado da arte do Direito Constitucional (brasileiro e estrangeiro) e do Direito Internacional dos Direitos Humanos nos colocam. No caso brasileiro, não é apenas uma faculdade, mas um dever instituído pelo comando constitucional e por vários tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro é parte. É a partir deste poder-dever que se roga seja a fundamentação desta peça apreciada pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

#### **IV. DOS PARÂMETROS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS APLICÁVEIS A PROCESSOS PENAIS CONTRA RÉUS INDÍGENAS**

Nesta seção, trataremos acerca de duas garantias judiciais que os integrantes de povos indígenas possuem quando respondem a processos penais junto à justiça ordinária, quais sejam: (I) direito a um intérprete e à tradução das principais peças do processo penal; e (II) produção de perícia antropológica para uma melhor compreensão da dinâmica social do povo indígena e o entendimento das testemunhas e réus Kaingang, inclusive no que tange ao processo penal e à compreensão da língua portuguesa. Todas essas garantias têm por

objetivo abonar um julgamento justo, consistente com um marco constitucional próprio de um Estado multicultural, onde o exercício da jurisdição deve pautar-se pelo pluralismo jurídico.

#### IV.1 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (doravante, SIDH), o art. 8.2 da Convenção Americana contém vários incisos aplicáveis a qualquer tipo de procedimento penal-sancionatório, entre os quais se destacam os seguintes:

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

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente **por tradutor ou intérprete**, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

[...]

- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou **peritos**, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> OEA, Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969), disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)



Nos processos penais seguidos a pessoas indígenas, o alcance dos citados dispositivos convencionais deve ser complementado pelos pronunciamentos dos órgãos do SIDH e pela Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, cujos artigos mais relevantes à solução da controvérsia trazida ao conhecimento de V.Exas., na ação de habeas corpus em epígrafe, são:

#### Artigo VI. Direitos coletivos

Os povos indígenas possuem direitos coletivos indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos. Nesse sentido, os Estados reconhecem e respeitam o direito dos povos indígenas à atuação como coletivo; a seus sistemas e instituições jurídicas, sociais, políticas e econômicas; e a suas próprias culturas; a professar e praticar suas crenças espirituais; **a utilizar suas próprias línguas e idiomas**; e suas terras, territórios e recursos. Os Estados promoverão, com a participação plena e efetiva dos povos indígenas, a coexistência harmônica dos direitos e sistemas dos grupos populacionais e culturas.

#### Artigo XIII. Direito à identidade e integridade cultural [...]

3. Os povos indígenas possuem direito a que se reconheça e respeitem todas suas formas de vida, cosmovisões, espiritualidade, usos e costumes, normas e tradições, formas de organização social, econômica e política, formas de transmissão do conhecimento, instituições, práticas, crenças, valores, indumentárias e **línguas**, reconhecendo sua interrelação, tal como estabelece essa Declaração.

#### Artigo XIV. Sistemas de conhecimentos, linguagem e comunicação

1. Os povos indígenas possuem o direito a preservar, usar, desenvolver, revitalizar e transmitir a gerações futuras suas próprias histórias, **línguas**, tradições orais, filosofias, sistemas de conhecimentos,

escritura e literatura; e a designar e manter seus próprios nomes para suas comunidades, indivíduos e lugares.

2. Os Estados deverão adotar medidas adequadas e eficazes para proteger o exercício deste direito com a participação plena e efetiva dos povos indígenas. [...]

4. Os Estados, em conjunto com os povos indígenas, realizarão esforços para que tais povos **possam compreender e fazer-se compreender nas suas próprias línguas, em processos** administrativos, políticos, e **judiciais**, proporcionando, quando necessário, **intérpretes ou outros meios eficazes.**<sup>21</sup>

Adicionalmente à Declaração Americana aprovada pela Assembleia Geral da Organização de Estados Americanos em junho de 2016, em março de 2008, adotaram-se, na cidade de Brasília, as “Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade”. As chamadas “100 Regras de Brasília” foram aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, da qual participaram a Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos, a Associação Interamericana de Defensores Públicos, a Federação Ibero-americana de Ombudsman e a União Ibero-americana de Colégios e Agrupamentos de Advogados.

O referido instrumento possui lineamentos específicos sobre a administração de justiça quando pessoas indígenas participam como réus ou como pleiteantes em uma controvérsia judicial. Citam-se abaixo as principais regras que consagram o direito das pessoas indígenas a contar com a tradução e interpretação das atuações judiciais em seu

---

<sup>21</sup> OEA, Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. OEA/Ser.P AG/doc.5537/16, 14 de junho de 2016, disponível em espanhol em: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>. Tradução livre. Negritos adicionados à versão original.

idioma nativo, assim como o direito a contar com uma perícia antropológica em um processo de natureza penal:

### **Pertença a comunidades indígenas**

Regra 9. As pessoas integrantes das comunidades indígenas podem encontrar-se em condição de vulnerabilidade quando exercitam os seus direitos perante o sistema de justiça estatal. Promover-se-ão as condições destinadas a possibilitar que as pessoas e os povos indígenas possam exercer com plenitude tais direitos perante o dito sistema de justiça, sem discriminação alguma que possa ser fundada na sua origem ou identidade indígenas. Os poderes judiciais assegurarão que o tratamento que recebem por parte dos órgãos da administração de justiça estatal seja respeitoso com a sua dignidade, língua e tradições culturais.

### **Compreensão de actuações judiciais**

Regra 58. Adotar-se-ão as medidas necessárias para reduzir as dificuldades de comunicação que afectem a compreensão do acto judicial no qual participe uma pessoa em condição de vulnerabilidade, garantindo que esta possa compreender o seu alcance e significado.

### **Integrantes de comunidades indígenas**

Regra 79. Na celebração dos actos judiciais respeitar-se-á a dignidade, os costumes e as tradições culturais das pessoas integrantes de comunidades indígenas, conforme a legislação interna de cada país.

De forma ainda mais concreta, a Regra de nº 49 destaca que “nos casos de resolução de conflitos fora da comunidade indígena por parte do sistema de administração de justiça estatal [...] é conveniente abordar os temas relativos à peritagem cultural e ao direito de expressar-se no seu próprio idioma”.

Nesse diapasão, instamos ao E. Superior Tribunal de Justiça que, ao pronunciar-se sobre o pedido dos 19 pacientes, tome em consideração as garantias previstas no *supra* mencionado art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Tais garantias convencionais devem ser lidas à luz das citadas disposições das Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, as quais integram o *corpus iuris* interamericano com relação às garantias judiciais e ao direito a uma ampla defesa em processos penais nos quais participam pessoas indígenas.

Adicionalmente às disposições expressadas no direito positivo interamericano, é necessário frisar os pronunciamentos dos órgãos do SIDH aplicáveis à matéria em discussão. Em inumeráveis sentenças, a Corte IDH ressaltou que uma das garantias mais importantes do exercício do direito de defesa está relacionada ao pleno conhecimento dos fatos imputados. Dita garantia é especialmente importante quando o investigado presta suas primeiras declarações no feito, na medida em que estas contribuirão para a formação da convicção do Ministério Público e, por sua vez, do órgão julgador nas etapas posteriores do procedimento.<sup>22</sup>

Em pronunciamentos emitidos no exercício da sua faculdade de monitoramento à situação dos direitos humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante, CIDH) frisou a obrigação de proporcionar interpretação e tradução aos acusados indígenas. No seu Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Equador, de 1997, a CIDH concluiu, por exemplo, que

---

<sup>22</sup> Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Serie C No. 220, pág. 155; Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2009. Serie C No. 206, pág. 62.

O Artigo 8 da Convenção Americana estabelece o direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar a linguagem do tribunal como uma garantia mínima. A Comissão espera que o reconhecimento dado às línguas indígenas em suas áreas de influência, através das recentes alterações à Constituição, garanta que a tradução entre línguas espanhola e indígenas dos réus se aplique em todos os casos onde for necessária.<sup>23</sup>

A CIDH também teve a oportunidade de pronunciar-se sobre o direito à tradução e interpretação a idioma nativo indígena em um Relatório de Solução Amistosa no qual o Estado mexicano reconheceu a violação da referida garantia fundamental. Mediante um acordo de solução amistosa, México e seu ente federado, estado de Yucatán, se comprometeram a deixar sem efeito uma sentença penal transitada em julgado, na qual o senhor Ricardo Ucán Seca foi condenado apesar da inadequada tradução e interpretação ao idioma maia, do qual é nativo, ao longo de um processo penal. Ademais, o governo de Yucatán se comprometeu perante a CIDH, a “analisar os casos similares ao presente, submetidos à sua consideração e que se encontrem devidamente documentados”, ressaltando que tal revisão seria conduzida “com o pleno respeito da independência judicial e à divisão de poderes. Ademais, serão salvaguardados em todo caso os direitos das vítimas ou ofendidos dos delitos de que se trate”.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> CIDH, *Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Equador* (1997). OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 10 rev. 1, 24 de abril 19997, disponível em: <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/indice.htm>

<sup>24</sup> CIDH, Informe No. 91/10, Solução Amistosa, Ricardo Ucán Seca, México, 15 de julho de 2010, par. 25, inc. d).

## IV.2 SISTEMA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

Não apenas o SIDH fornece parâmetros de extrema relevância para o presente caso. De acordo com o marco normativo internacional universal em matéria de direitos humanos, as garantias de igualdade e não-discriminação são pilares fundamentais de um Estado de Direito. Em procedimentos penais, tais garantias permitem proteger a ampla defesa e a presunção de inocência de uma pessoa submetida ao exercício do poder punitivo. Neste contexto, integrantes dos povos indígenas perfazem a proteção das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral e, de maneira mais específica, de instrumentos aplicáveis exclusivamente a integrantes de coletivos em situação de maior vulnerabilidade e discriminação histórica.

Os povos indígenas possuem o direito à livre determinação e igualdade perante a lei em qualquer controvérsia judicial e, mais concretamente, possuem o direito à interpretação em sua própria língua quando participam em processos judiciais.<sup>25</sup> Em vários países, os povos indígenas não possuem igual acesso aos sistemas de justiça, estando frequentemente expostos a todo tipo de práticas discriminatórias. Diferenças culturais e linguísticas constituem um componente capital desses padrões de discriminação e, com frequência, não são devidamente abordadas pelos ordenamentos e políticas públicas dos Estados.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> ONU. United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, arts. 13, 34 e 40; ILO Convention No. 169, arts. 14, 26 e 27.

<sup>26</sup> ONU. /CN.4/2004/80, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen, 26 January 2004, p. 2.

Um efetivo acesso à justiça é condição *sine qua non* para a proteção dos direitos humanos.<sup>27</sup> No caso dos povos indígenas, tal acesso deve ser garantido externamente, pelo sistema de justiça formal dos Estados, e internamente, através do reconhecimento de seus sistemas consuetudinários e tradicionais de solução de controvérsias.<sup>28</sup> As barreiras de linguagem são um dos principais percalços que dificultam o acesso de tais povos à justiça formal, registros oficiais e procedimentos legais.<sup>29</sup>

Segundo o direito internacional, contar com um intérprete constituiu parte integrante do direito a uma ampla defesa, às garantias judiciais e, em geral, do acesso à justiça. A título de exemplo, os arts. 7 e 8 da Declaração Universal de Direitos Humanos protegem o direito à igualdade perante à lei sem nenhum tipo de discriminação, o direito à igual proteção da lei, e o direito a um recurso judicial efetivo perante os tribunais competentes. Estes direitos estão consagrados, igualmente, nos artigos 14 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

O artigo 14 do PIDCP estabelece que “[t]oda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente [...] na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela”.<sup>30</sup> Para garantir esse direito, o citado artigo determina algumas garantias mínimas que os Estados devem respeitar em todo processo penal, dentre elas: (1) o direito do acusado ser

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, par. 9.

<sup>28</sup> ONU. Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, at the Human Rights Council panel discussion on access to justice for indigenous peoples, setembro de 2012.

<sup>29</sup> ONU. E/CN.4/2004/80, *op. cit.*, par. 38.

<sup>30</sup> ONU, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, (1966), art. 14.1, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)

**informado, em um idioma que compreenda**, da natureza e causas da acusação formulada contra ele;<sup>31</sup> (2) o direito do acusado de dispor de tempos e dos meios adequados para a preparação de sua defesa e de se comunicar com um defensor de sua escolha;<sup>32</sup> (3) o direito de interrogar as testemunhas de acusação;<sup>33</sup> e (4) o direito **a ser assistido gratuitamente por um intérprete**, se não compreender ou não falar o idioma empregado pelo tribunal.<sup>34</sup> Sobre a interpretação do art. 14 do PIDCP, o Comitê de Direitos Humanos da ONU estabeleceu que:

O direito de toda pessoa penalmente acusada a ser pronta e detalhadamente informada no idioma de seu conhecimento, sobre a natureza e causa da acusação penal, consagrado no inciso 3(a), é a primeira das garantias mínimas em um procedimento criminal, contidas no art. 14.<sup>35</sup> Tal garantia é aplicável a todo tipo de acusação penal, incluindo aqueles relacionados a pessoas que não se encontram detidas, mas não a investigações criminais que antecedem a apresentação de acusações.<sup>36</sup>

Adicionalmente, o art. 26 do PIDCP consagra uma proteção contra a discriminação em base ao idioma<sup>37</sup> e o art. 27 estabelece que pessoas pertencentes a minorias étnicas “não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida

---

<sup>31</sup> *Ibid*, art. 14.3(a).

<sup>32</sup> *Ibid*, art. 14.3(b).

<sup>33</sup> *Ibid*, art. 14.3(e).

<sup>34</sup> *Ibid*, art. 14.3(f).

<sup>35</sup> ONU. General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial.

<sup>36</sup> ONU. Comitê de Direitos Humanos. Communication No. 1056/2002, Khachatryan v. Armenia, par. 6.4.

<sup>37</sup> ONU. CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination, par. 1.



cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”<sup>38</sup>

O direito do réu a “dispor de meios adequados para a preparação da sua defesa e de se comunicar com o [seu] defensor” e de interrogar as testemunhas de acusação, perde sentido se o réu não pode compreender e ser compreendido. Isto é, sem assegurar um tradutor e/ou intérprete para um indígena, o Estado não está salvaguardando o direito de defesa e as garantias judiciais consagradas no Direito Internacional. Além disso, de acordo com os artigos 2 do PIDCP e 1.1 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, essa omissão constitui uma violação do direito à igualdade perante a lei, tendo em vista que os Estados têm a obrigação de garantir todos os direitos e liberdades “sem distinção de raça, cor, [ou] idioma”.

Adicionalmente aos instrumentos previamente mencionados, o direito de uma pessoa indígena de contar com um tradutor ou intérprete está consagrado em diversos tratados assinados e ratificados pelo Brasil, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT),<sup>39</sup> a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos

---

<sup>38</sup> ONU. CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities).

<sup>39</sup> Convenção 169, art. 12 (OIT, 1989): “Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes”.

## Povos Indígenas<sup>40</sup> e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.<sup>41</sup>

Para além do SIDH, cujo marco legal e jurisprudencial foi descrito na seção IV.1 *supra*, também em outros sistemas regionais a mencionada garantia se encontra prevista, como é o caso da Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais<sup>42</sup> e da Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias.<sup>43</sup>

No que tange ao pleno conhecimento dos fatos imputados e das acusações formuladas, quando se trata de uma pessoa indígena, o Sistema Universal de Direitos Humanos impõe a obrigação de prover tradução e interpretação em todas as etapas do procedimento.<sup>44</sup> O art. 13.2 da citada Declaração da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas requer dos Estados a adoção de medidas efetivas para garantir aos povos indígenas o devido entendimento em procedimentos políticos, **judiciais**

---

<sup>40</sup> Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, art. 13.2 (ONU, 2007): “Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir a proteção desse direito e também para assegurar que os povos indígenas possam entender e ser entendidos em atos políticos, jurídicos e administrativos, proporcionando para isso, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados”.

<sup>41</sup> Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, artigo 40.2 (ONU, 1989): “devem assegurar que: (b) a criança suspeita de ter infringido a lei penal” tem o direito “(vi) ter a assistência gratuita de um intérprete, se a criança não consegue entender ou falar a língua utilizada”.

<sup>42</sup> Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 5.2 (Cons. da Europa, 1950): “Qualquer pessoa presa deve ser informada, no menor tempo possível e numa língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação contra ele”.

Art. 6.3: “Toda pessoa acusada tem, pelo menos, os seguintes direitos: (a) ser informada o mais rapidamente possível, numa língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele ... (e) a assistência gratuita de um intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo”.

<sup>43</sup> Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias, art. 10.1.a (Cons. da Europa, 1992): No processo penal “para garantir ao acusado o direito de usar seu / sua língua regional ou minoritária; e / ou ... (iv) a produzir, a pedido, documentos relacionados com processos judiciais na língua regional ou minoritária relevante; Se necessário, o uso de intérpretes e traduções que não envolve nenhuma despesa extra para as pessoas em causa”.

<sup>44</sup> Sobre este particular, vide, entre outros instrumentos, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (art. 12); a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (art. 13.2).

**e administrativos**, quando necessário, através do providenciamento de interpretação e outras medidas necessárias.<sup>45</sup> Em similar sentido, o art. 12 da Convenção 169 da OIT estipula que o acesso à interpretação para os povos indígenas, quando necessário, ante sua participação em procedimentos legais.<sup>46</sup>

Cabe aqui recordar o pronunciamento do Relator da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que considerou que a referida Declaração representa um entendimento autorizado, no âmbito global, sobre o conteúdo mínimo das garantias aplicáveis a tais povos.<sup>47</sup> Nessa mesma ordem de ideias, o Mecanismo de Peritos sobre o Direito dos Povos Indígenas considera que a Declaração da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas é um ponto de partida para qualquer consideração dos direitos individuais e coletivos de tais povos, incluindo o direito de acesso à justiça.

É importante mencionar que a linguagem utilizada em procedimentos judiciais é frequentemente um problema para a adequada proteção dos direitos dos povos indígenas. Quando integrantes de tais povos não podem participar ativamente no processo, dá-se uma situação de particular vulnerabilidade que pode ser determinante para a determinação de seus direitos.<sup>48</sup> Ao constatar essa realidade, o Comitê da ONU sobre Discriminação Racial requereu aos

---

<sup>45</sup> UNDP: *Programming for Justice - Access for All. A Practitioner's Guide to a Human-Rights – Based Approach to Access to Justice*, 2005.

<sup>46</sup> OIT. *INDIGENOUS & TRIBAL PEOPLES' RIGHTS IN PRACTICE, A guide to ILO Convention N° 169*, p. 80.

<sup>47</sup> ONU. A/HRC/9/9, *PROMOTION AND PROTECTION OF ALL HUMAN RIGHTS, CIVIL, POLITICAL, ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, INCLUDING THE RIGHT TO DEVELOPMENT*, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights, and fundamental freedoms of indigenous people, S. James Anaya, 11 de agosto de 2008, par. 85.

<sup>48</sup> ONU. E/CN.4/2004/80, *op. cit.*, para. 36 and 37.

Estados, em sua recomendação geral XXIII, garantir aos povos indígenas o uso de suas línguas nativas.<sup>49</sup>

Em razão do acima exposto, verifica-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em suas facetas regionais e universal, no necessário diálogo multinível, garante aos povos indígenas, quando participantes de procedimentos perante o Estado, o direito a contarem com intérpretes durante a realização de atos processuais, e a terem acesso a tradução, na língua nativa indígena, dos documentos pertinentes. Tais direitos internacionalmente garantidos foram flagrantemente violados, no caso concreto, pelas decisões exaradas pelo Judiciário brasileiro até o presente momento. Eis a responsabilidade à qual é o E. Superior Tribunal de Justiça chamado.

## **V. JURISPRUDÊNCIA DE ALTAS CORTES DE OUTROS PAÍSES DO CONTINENTE E DIREITO COMPARADO**

### **V.1 CANADÁ**

Em sua história recente, o Canadá tem buscado uma melhor relação com as comunidades indígenas, as quais correspondem a 4% do total da população canadense.<sup>50</sup> Apesar de constituir um grupo pequeno da sua população, em 2013, os povos indígenas perfaziam 23.2% da população do sistema carcerário federal.<sup>51</sup> A sobre-exposição das pessoas indígenas no sistema de justiça canadense está diretamente

---

<sup>49</sup> CERD, General recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples, Fifty-first session (1997), para. 4.

<sup>50</sup> Government of Canada. *Indigenous and Northern Affairs Canada. Indigenous peoples and communities. First Nations.*

<sup>51</sup> Government of Canada. *Office of the Correctional Investigator. Aboriginal offenders – A critical situation.*

vinculado às estruturas de opressão herdadas do processo de colonização das referidas comunidades.

Claramente, as comunidades indígenas, também denominadas aborígenes no Canadá, compartilham dinâmica e identidade únicas, manifestadas em diferentes tradições e rituais que evidenciados em procedimentos penais nos quais pessoas indígenas participam como réus. Destarte, sob o impulso do governo canadense, várias províncias do país estão desenvolvendo uma estratégia sobre justiça aborígene (*Aboriginal Justice Strategies*), como parte da nova abordagem sobre assuntos indígenas (*New Approach to Aboriginal Affairs*).<sup>52</sup> Tal programa utiliza alternativas geradas pelas próprias comunidades indígenas com o fim de adaptar os processos de administração de justiça às necessidades culturais daquelas.<sup>53</sup>

Dado que as línguas indígenas não possuem um reconhecimento oficial no Canadá, não há, expressamente no ordenamento canadense, um direito a que um processo penal seja conduzido em idioma indígena. No entanto, o acesso a um intérprete em procedimentos criminais se encontra constitucionalmente protegido pelo artigo 14 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*):

Uma parte ou testemunha em um procedimento que não entende ou se comunica no idioma no qual o procedimento é conduzido, ou que apresenta surdez, tem o direito à assistência de um intérprete.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Legal Aid Ontario. The development of legal aid Ontario's aboriginal strategy. Page 5. June 2008.

<sup>53</sup> Canada. *Programs Branch, Department of Justice. Aboriginal Justice Strategy.*

<sup>54</sup> *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s 14, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being schedule B to the *Canada Act 1982 (UK)*, 1982, c 11.

Apesar de não equivaler à comunicação direta, uma tradução adequada pode garantir o direito à ampla defesa<sup>55</sup> e constituir uma ponte frente ao vazio entre o caráter multicultural do Estado canadense e o limitado acesso ao uso de idiomas indígenas em procedimentos penais. No caso *R v. Tran*, a Suprema Corte do Canadá afirmou que um intérprete deve ser nomeado quando se verifica ao menos uma das seguintes condições: 1) quando o juiz observa a dificuldade do indivíduo para se expressar ou entender os procedimentos, devido às barreiras linguísticas; 2) o acusado requer a interpretação e o juiz estima que o pedido se encontra justificado.<sup>56</sup> De acordo com a mencionada jurisprudência, “as cortes devem ser generosas e flexíveis ao examinar a necessidade de interpretação de um acusado”.<sup>57</sup> Adicionalmente, não basta proporcionar interpretação a idioma indígena, sendo necessário, ademais, que esta seja “contínua, precisa, imparcial e realizada com competência e atualidade.”<sup>58</sup>

Embora o direito internacional estabeleça que o juiz deve levar em conta a cultura, costume, situação econômica, educação, entre outras considerações ao determinar a pena para um acusado indígena, há poucas sentenças que esclareçam parâmetros sobre o que significa a expressão “levar em conta”, “ter em conta” ou “considerar”. A Corte Suprema do Canadá abordou precisamente este tema em uma série de decisões que iniciaram com o caso *Gladue*, em 1999.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> *R v Montour*, [1991] RJQ 1470 (SC) at p 1476.

<sup>56</sup> *R v Tran*, [1994] 2 SCR 951 at para 49, 117 DLR (4th) 7.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*, par. 44.

<sup>59</sup> *R.v. Gladue*. 1999 CanLII 679 (SCC), [1999] 1 S.C.R. 688.

O Código Penal do Canadá<sup>60</sup> prevê que, ao julgar um indígena, os juízes têm o dever de considerar as circunstâncias particulares e especiais do infrator em relação ao seu *status* como indígena e as repercussões socioeconômicas e culturais. Em uma série de decisões, que iniciou com o Caso Gladue, a Corte Suprema do Canadá desenvolveu o significado de “deve considerar”.

Para a Corte, esta categoria se refere a que o juiz deve analisar: (1) os antecedentes sistemáticos que poderiam haver desempenhado um papel determinante para que o indígena se encontrasse diante dos tribunais; (2) os tipos de procedimentos e sanções mais apropriados às circunstâncias do ofensor; (3) os fatores e antecedentes sistêmicos e culturais que podem ter influenciado a conduta do indivíduo indígena, assim como a prioridade que tem, para os indígenas, a aproximação restaurativa de sua sentença; (4) a ausência de programas de sentenças alternativas para comunidades indígenas não elimina *per se* a obrigação do juiz de impor uma sanção que seja adequada aos princípios da justiça restaurativa e (5) no caso de não existir uma pena alternativa à pena privativa de liberdade, o término da sentença deve ser cuidadosamente considerado. Nessa mesma linha, a pena privativa de liberdade que se impõe a um ofensor indígena deve ser menor que o término normal imposto para uma pessoa não indígena, pelo mesmo delito.<sup>61</sup>

No caso posterior Ipeelee, a Suprema Corte do Canadá discutiu acerca do dever dos juízes no que toca a obrigação estatutária de “levar em consideração” as “circunstâncias” de um imputado indígena.

---

<sup>60</sup> Código Penal do Canadá, Seção 718.2(e): “Uma corte que profira a sentença também deve levar em consideração os seguintes princípios: todas as sanções outras que o encarceramento que sejam razoáveis nas circunstâncias devem ser consideradas para todos os ofensores, com particular atenção às circunstâncias de um ofensor aborígene.”

<sup>61</sup> *R. v. Gladue*, 1999 CanLII 679 (SCC), [1999] 1 S.C.R. 688.

Segundo o caso, os juízes devem considerar os antecedentes e as circunstâncias dos infratores indígenas, já que estes influenciam o nível de culpabilidade do imputado, uma vez que esclarecem seu nível de “reprovabilidade moral”. Não considerar estas circunstância viola um princípio fundamental da pena: que deve ser proporcional à gravidade da ofensa e ao nível de responsabilidade do infrator.<sup>62</sup>

Neste caso, a Corte afirmou que os princípios Gladue requerem que os juízes abandonem a presunção de que todos os infratores e todas as comunidades compartilham os mesmos valores no que diz respeito às penas, e que reconheçam que, dadas estas cosmovisões fundamentalmente distintas, penas alternativas ou distintas podem lograr mais efetivamente os objetivos da pena em uma determinada comunidade.<sup>63</sup> A Corte considerou que, ao determinar a pena de um infrator indígena, o órgão julgador deve considerar a história do colonialismo e o deslocamento involuntário de sua comunidade, e como esta história se traduz nos baixos níveis de educação, menor renda, altas taxas de desemprego e índices de encarceramento dos povos indígenas. Essas questões provêm o contexto necessário para o entendimento e avaliação das informações específicas do caso apresentado pela defesa legal do infrator.<sup>64</sup>

Ainda, *R v. Denny*, o acusado, quem foi denunciado pelo delito de homicídio agravado, pleiteou o serviço de interpretação ao seu idioma nativo Mi'kmaq. Em vista da prova pericial anexada aos autos, a corte estimou procedente a necessidade de intérprete, com o fim de garantir

---

<sup>62</sup> *R. v. Ipeelee*, [2012] 1 SCR 433, 2012 SCC 13 (CanLII), <http://canlii.ca/lt/fqq007>.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*



que o acusado entenda e seja entendido durante as atuações do processo penal.<sup>65</sup>

Ademais, em *R. v. Suwarak*,<sup>66</sup> o acusado era um senhor aborígene portador de incapacidade auditiva e mudez, capaz de comunicar-se exclusivamente em linguagem de sinais *Inuit* (*Inuit Sign Language*). Neste caso, a Corte canadense ordenou que dois familiares dos acusados e um terceiro neutro ao processo habilitado em interpretação em linguagem de sinais americana (*American Sign Language*) fosse treinado em linguagem de sinais *Inuit*. O processo permaneceu suspenso e durou 29 meses para que as respectivas pessoas fossem devidamente treinadas em interpretação em linguagem de sinais.

Finalmente, no caso *R v. Cheba*,<sup>67</sup> o júri não alcançou um veredito devido à ausência de serviços de interpretação ao idioma Chippewa, utilizado pelo acusado. Apesar de que o acusado não pleiteou uma violação ao artigo 14 do referido *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, o juiz relator observou que o acusado não tinha sido capaz de entender os atos processuais, com o qual se declarou violado o direito a uma ampla defesa e se ordenou a realização de um novo júri.

## V.2 ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, tribunais federais e estaduais que tratam do assunto determinaram que a falha no fornecimento de um intérprete a um réu com proficiência limitada na língua inglesa pode violar direitos protegidos constitucionalmente, incluindo direito a uma ampla defesa,

---

<sup>65</sup> *R v Denny*, 2014 NSSC 324 at par. 4, [2014] NSJ No. 486.

<sup>66</sup> *R v Suwarak*, 2005 NUCJ 12, [2006] 2 WWR 15.

<sup>67</sup> *R v Cheba*, [1993] SJ No. 17, 18 WCB (2d) 358.

estar presente em audiência e confrontar testemunhas, e a assistência efetiva de um advogado de defesa.<sup>68</sup>

Apesar de a Suprema Corte dos Estados Unidos ter deixado à discricção dos Juízes de Primeira Instância determinar se um intérprete se faz necessário, já em 1948 o mencionado supremo tribunal reconheceu violado o devido processo de um réu porque não forneceram a ele um intérprete neutro ou um advogado, pois o policial que o deteve serviu de intérprete durante o julgamento.<sup>69</sup> Desde então, os tribunais federais de primeira instância reconheceram o direito a um intérprete designado pelo tribunal para réus com proficiência limitada no inglês. Em *U.S. ex rel. Negron versus New York*, por exemplo, o Tribunal declarou que o direito a um tradutor era “praticamente óbvio” e argumentou que a falha em fornecer um intérprete era inconstitucional, implicando os direitos do réu de estar presente em seu próprio julgamento, confrontar e interrogar testemunhas, e consultar seu advogado.<sup>70</sup> O Tribunal decidiu que faltava “justiça básica e fundamental” no julgamento, exigido pela garantia constitucional de devido processo.

Em determinadas circunstâncias, um indivíduo deve receber os serviços de um intérprete previamente à audiência, de forma a garantir a proteção dos direitos constitucionais. Em *U.S. v. Garibay*, por exemplo, o tribunal decidiu que os direitos de um réu com proficiência limitada em inglês foram violados em uma situação onde, entre outros fatores,

---

<sup>68</sup> A Quinta e Décima Quarta Emendas da Constituição dos Estados Unidos protegem o direito a devido processo. Constituição dos Estados Unidos, Emendas V, XIV. A Sexta Emenda protege os direitos de estar presente e confrontar testemunhas, e a assistência efetiva de um advogado de defesa. Constituição dos Estados Unidos, Emenda VI; ver também *Gideon versus Wainright*, 372 U.S. 335 (1963).

<sup>69</sup> *Marino versus Ragen*, 332 U.S. 561, 562 (1948).

<sup>70</sup> 434 F.2d 386, 389 (1970).

não obteve os serviços de um intérprete durante o interrogatório.<sup>71</sup> O Tribunal, portanto, decidiu que o réu não poderia de forma consciente dispensar certos direitos constitucionais, e recusou-se a permitir que as declarações feitas pelo réu durante o interrogatório fossem usadas contra ele no julgamento. Os tribunais federais também descobriram o direito a um intérprete fora do contexto criminal. Por exemplo, um tribunal federal de recurso descobriu que a um cidadão indígena da Guatemala, cuja língua nativa é o Quiche, lhe foi recusado devido processo quando este não recebeu os serviços de um tradutor competente durante os procedimentos de deportação.<sup>72</sup>

De forma similar, os Estados-membros reconheceram que a falha em fornecer um intérprete interfere nos direitos constitucionais federais.<sup>73</sup> A fim de proteger estes direitos fundamentais, o Congresso dos Estados Unidos aprovou a Lei de Intérpretes Jurídicos de 1978, que garante o direito de qualquer indivíduo em julgamento a ter um intérprete qualificado, caso sua comunicação ou compreensão seja limitada por conta da barreira de idiomas. Muitos estados aprovaram estatutos similares.<sup>74</sup> Adicionalmente, o Título VI da Lei dos Direitos Civis de 1964 proíbe discriminação com base em origem nacional, e em

---

<sup>71</sup> 143 F.3d 534 (9th Cir. 1998 (1948).

<sup>72</sup> *Perez-Lastor v. INS*, 208 F.3d 773, 777–78 (9th Cir. 2000) (“Há muito foi estabelecido que uma tradução competente é fundamental para uma audiência completa e justa”).

<sup>73</sup> *Ver, e.g., Ling v. State*, 702 S.E.2d 881, 882 (Ga. 2010) (“Alguém que não possa comunicar-se efetivamente em Língua Inglesa, poderá ser efetivamente incompetente em um processo penal, e tornado efetivamente ausente no tribunal, se um intérprete não for fornecido”); *State v. Sella*, 744 N.W.2d 802, 807 (S.D. 2008) (Declarar habilidade em compreender os procedimentos “implica os direitos constitucionais de devido processo, confrontação de testemunhas, e a assistência efetiva de um advogado”). *Mata Aguilar*, 677 P.2d 1198, 1201 (Cal. 1984) (“O direito do réu de entender as instruções e decisões do juiz, as questões e objeções do advogado de defesa e de acusação, bem como o depoimento de testemunhas, é um direito contínuo”); *State v. Natividad*, 526 P.2d 730, 732 (Ariz. 1974) (“É axiomático que um réu indígena que seja incapaz de falar e entender a Língua Inglesa deveria usufruir do direito de ter um julgamento traduzido para sua língua nativa.”)

<sup>74</sup> *Ver, v.g., Minn. Stat. § 611.30* (2002).

2000, o Presidente emitiu a Ordem Executiva 113166, “*Melhorando o Acesso a Serviços para Pessoas com Proficiência Limitada em Língua Inglesa*” que requer que órgãos federais garantam serviços de idiomas fornecidos por quaisquer entidades, incluindo sistemas estatais, que recebem fundos federais. A orientação federal sobre o assunto requer que os estados se esforcem ao máximo para garantir interpretação competente em todas as fases dos processos judiciais.<sup>75</sup>

Réus nos Estados Unidos têm também direito garantido constitucionalmente a apresentar uma defesa, incluindo depoimentos relevantes, e direito a refutar evidências apresentadas pelo advogado de acusação. <sup>76</sup> A Suprema Corte declarou que “[o] direito de oferecer depoimentos de testemunhas [...] é, em termos simples, o direito a apresentar uma defesa, o direito a apresentar a versão do réu sobre os fatos. [...] Este direito é elemento fundamental do devido processo legal”.<sup>77</sup>

Fora do contexto criminal, testemunhas especializadas são frequentemente buscadas por sua habilidade em testemunhar sobre temas culturais. No contexto indígena, conta-se de forma rotineira com especialistas, para deporem sobre uma variedade de casos relacionados à história indígena, direitos sobre terra, e visão mundial.<sup>78</sup> À medida que

---

<sup>75</sup> 67 Fed.Reg. 41455, 41461 (June 18, 2002).

<sup>76</sup> Estes direitos estão fundamentados na cláusula de processo obrigatório da Sexta Emenda, e nas cláusulas de devido processo da Quinta e Décima Quarta Emendas, Constituição dos Estados Unidos, emendas V, VI, e XIV.

<sup>77</sup> *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14, 19 (1967); ver também *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1972), revertendo a condenação quando réu foi impedido de apresentar depoimento relevante.

<sup>78</sup> Vide, v.g., *Zuni Tribe of New Mexico v. U.S.*, 12 Cl.Ct. 607 (1987) (estabelecendo título indígena para terras adquiridas ilícitamente pelos Estados Unidos); *Confederated Tribes and Bands of the Yakama Nation v. Gregoire*, 680 F.Supp.2d 1258 (E.D. Wash 2010) (fazendo referência a relatório de antropólogo em relação à interpretação de um tratado em um caso sobre impostos); *Fallon Paiute-Shoshone Tribe v. Constituição Bureau of Land Management*, 455 F.Supp.2d 1207 (D. Nev. 2006), envolvendo depoimento especializado em relação a restos mortais ancestrais.

depoimentos especializados sejam relevantes para o processo penal, réus indígenas nos Estados Unidos poderiam argumentar que possuem o direito de apresentar tais depoimentos.

### V.3 MÉXICO

Existe um vasto marco jurídico que ampara os direitos dos povos e comunidades indígenas, bem como a diversidade cultural e linguística no México. Este marco estabelece obrigações para os servidores públicos nos três âmbitos do Estado, aos quais corresponde grande parte da responsabilidade da preservação, fortalecimento e desenvolvimento das línguas indígenas como parte constitutiva da pluriculturalidade da nação.

O artigo 2º da Constituição dos Estados Unidos Mexicanos estabelece o direito das comunidades e povos indígenas de possuir seus próprios sistemas normativos e autoridades. Ademais, consagra o direito de acesso à justiça formal do Estado e a obrigação de que, ao longo do procedimento judicial, se tomem em consideração seus costumes e cultura e que sejam assistidos por intérpretes e defensores com conhecimento de sua língua e cultura.<sup>79</sup>

Adicionalmente, o direito penal adjetivo e material mexicano amparam o direito de todo réu indígena a responder uma acusação penal em seu próprio idioma ou, ante a impossibilidade de tal feita, a contar com a assistência de um intérprete e tradutor. A *Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas* do México estabelece, por exemplo, o seguinte:

---

<sup>79</sup> Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, art. 2, inc. A, III e VIII

**Artigo 7.** As línguas indígenas serão válidas da mesma forma que a espanhola, para qualquer assunto ou trâmite de caráter público, assim como para ter pleno acesso à gestão, serviços e informação pública.

[...]

**Artigo 9.** É direito de todo mexicano comunicar-se na língua que fale, sem restrições no âmbito público ou privado, na forma oral ou escrita, em todas suas atividades sociais, econômicas, políticas, culturais, religiosas e quaisquer outras.

**Artigo 10.** O Estado garantirá o direito dos povos e comunidades indígenas ao acesso à jurisdição estatal na língua indígena nacional que falem. Para garantir este direito, em todos processos no qual sejam parte, individual ou coletivamente, dever-se-á ter em conta seus costumes e especificidades culturais, respeitando os preceitos da Constituição dos Estados Unidos Mexicanos. As autoridades federais responsáveis pela administração de justiça, incluindo as agrárias e trabalhanistas, farão o necessário com o fito de que nos processos nos quais intervenham, os indígenas sejam assistidos gratuitamente, em todo momento, por intérpretes e defensores que tenham conhecimento da sua língua e cultura.

Adicionalmente, a jurisprudência da Suprema Corte de Justiça da Nação é bastante profícua em relação ao direito de contar com tradução e intérprete ao longo de qualquer procedimento judicial, particularmente os de natureza penal.<sup>80</sup> A Suprema Corte Mexicana considera que essa garantia é “a melhor maneira de reduzir a distância cultural que *de facto* subsiste entre uma pessoa indígena e as regras de

---

<sup>80</sup> SCJN, Tesis: 1a. CCCXXI/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 11, Outubro de 2014, Tomo I pág. 609, Tesis Aislada (Constitucional, Civil), *Personas Indígenas. Condiciones necesarias para determinar si la vulneración a las prerrogativas previstas en el artículo 2o., apartado a, fracción viii constitucional, tiene la fuerza suficiente para ordenar la reposición del procedimiento en un juicio civil.*

um sistema judicial inspirado em códigos que não coincidem com os de determinadas minorias culturais”.<sup>81</sup>

Segundo a jurisprudência da Corte mexicana vigente, a obrigação de conhecer a língua e a cultura da pessoa indígena corresponde sobretudo ao intérprete. A máxima autoridade judicial mexicana já afirmou, por exemplo, que o defensor e o intérprete cumprem diferentes funções, porquanto aquele é quem confere assessoria letrada em temas jurídicos e este é quem explicará, em idioma nativo do réu indígena, os elementos versados no processo que não foram compreendidos de forma suficiente devido a barreiras linguístico-culturais. Nessa linha, considera que o intérprete deve estar devidamente familiarizado com a língua e a cultura da pessoa indígena.<sup>82</sup>

A Suprema Corte da Nação Mexicana reconhece, ademais, que ainda que uma pessoa indígena fale e compreenda o idioma espanhol, se alega o autorreconhecimento como integrante de um grupo indígena, deve-se observar a garantia contida no artigo 2º da Constituição Federal.<sup>83</sup> Por meio da ação constitucional de Amparo 1624/2008, a Corte determinou que:

---

<sup>81</sup> SCJN, Tesis: 1a./J. 60/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2005030, Primera Sala, Libro 1, dezembro de 2013, Tomo I, pág. 283, Jurisprudencia (Constitucional, Penal), *Personas indígenas. Interpretación del derecho fundamental de ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.*

<sup>82</sup> SCJN, AMPARO DIRECTO 21/2012, disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwipw5qv6c\\_UAhWfCT4KHZIDDWMQFggkMAA&url=http%3A%2F%2Fwww2.scjn.gob.mx%2Fjuridica%2Fengroses%2Fcerrados%2FPublico%2FF12000210.001-1794.doc&usq=AFQjCNHmEt2\\_ZBvniZ4wCQOAAcUsP2OkEQ&sig2=afYk\\_zSr-RGqedyG1PbJoQ](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwipw5qv6c_UAhWfCT4KHZIDDWMQFggkMAA&url=http%3A%2F%2Fwww2.scjn.gob.mx%2Fjuridica%2Fengroses%2Fcerrados%2FPublico%2FF12000210.001-1794.doc&usq=AFQjCNHmEt2_ZBvniZ4wCQOAAcUsP2OkEQ&sig2=afYk_zSr-RGqedyG1PbJoQ)

<sup>83</sup> SCJN, AMPARO DIRECTO 21/2012, Pág. 35, disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwipw5qv6c\\_UAhWfCT4KHZIDDWMQFggkMAA&url=http%3A%2F%2Fwww2.scjn.gob.mx%2Fjuridica%2Fengroses%2Fcerrados%2FPublico%2FF12000210.001-1794.doc&usq=AFQjCNHmEt2\\_ZBvniZ4wCQOAAcUsP2OkEQ&sig2=afYk\\_zSr-RGqedyG1PbJoQ](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwipw5qv6c_UAhWfCT4KHZIDDWMQFggkMAA&url=http%3A%2F%2Fwww2.scjn.gob.mx%2Fjuridica%2Fengroses%2Fcerrados%2FPublico%2FF12000210.001-1794.doc&usq=AFQjCNHmEt2_ZBvniZ4wCQOAAcUsP2OkEQ&sig2=afYk_zSr-RGqedyG1PbJoQ)

adotar o critério pelo qual só as pessoas monolíngues em um idioma indígena são legítimas destinatárias das previsões do artigo 2º e, em particular, a que prevê o direito de acesso pleno à jurisdição do Estado e a necessidade de que seus costumes e especificidades culturais sejam tomadas em conta pelos juízes, é uma maneira de burlar ou de condenar à ineficácia e à quase total irrelevância as garantias contidas em tais previsões.<sup>84</sup>

Particularmente, quando se trata de questões penais, o Ministério Público deverá, de ofício, determinar se a pessoa sujeita a uma investigação possui a qualidade de indígena e, se for o caso, aplicar as garantias constitucionais que correspondem, com o fim de respeitar o acesso pleno à justiça.<sup>85</sup>

Destarte, pode-se concluir que a jurisprudência da Suprema Corte mexicana ampara sistematicamente o direito do réu indígena a contar com um tradutor e intérprete nos processos judiciais nos quais participa, sobretudo aqueles de natureza penal. Como regra geral, o intérprete deve não só possuir conhecimento do idioma nativo, mas também compreender a cultura do réu indígena. Tal garantia deve ser observada a partir do momento que o réu se auto define como indígena, sendo vedada a possibilidade de que a autoridade judicial emita uma conclusão sobre o grau de compreensão e entendimento do processado indígena em relação ao idioma castelhano.

---

<sup>84</sup> Este critério foi incorporado na tese isolada "PERSONAS INDÍGENAS BILINGÜES O MULTILINGÜES. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2o., APARTADO A, FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS" [Novena Época; Registro: 165717; Instancia: Primera Sala; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, dezembro de 2009; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a. CCVIII/2009; Página: 293].

<sup>85</sup> SCJN, AMPARO DIRECTO 21/2012, Pág. 40, disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewipw5qv6c\\_UAhWFcT4KHZIDDWMQFgkMAA&url=http%3A%2F%2Fwww2.scjn.gob.mx%2Fjuridica%2Fengroses%2Fcerrados%2FPublico%2F12000210.001-1794.doc&usq=AFQjCNHmEt2\\_ZBvniZ4wCQOAAcUsP2OkEQ&sig2=afYk\\_zSr-RGqedyG1PbJoQ](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewipw5qv6c_UAhWFcT4KHZIDDWMQFgkMAA&url=http%3A%2F%2Fwww2.scjn.gob.mx%2Fjuridica%2Fengroses%2Fcerrados%2FPublico%2F12000210.001-1794.doc&usq=AFQjCNHmEt2_ZBvniZ4wCQOAAcUsP2OkEQ&sig2=afYk_zSr-RGqedyG1PbJoQ)



#### V.4 PERU

Assegurar que um processo judicial seja conduzido de maneira justa e coerente com valores fundamentais como a justiça e a igualdade material implica, necessariamente, que pessoas que não falam ou não compreendam o idioma do tribunal possam contar com apoio para fazê-lo. Esse pode ser o caso das pessoas indígenas, acontecimento muito frequente em países da região que apresentam uma alta diversidade cultural. No Peru, por exemplo, existem 47 idiomas ou línguas originárias, das quais 43 são amazônicas e 4, andinas. Estas línguas estão agrupadas em 19 famílias linguísticas e constituem meios de comunicação de 55 povos indígenas.<sup>86</sup>

Em virtude dessa realidade, a Constituição Política do Peru reconhece, de maneira expressa, em seu artigo 2.19 o direito de todo peruano a “usar seu próprio idioma diante de qualquer autoridade mediante um intérprete”. Por sua vez, o Tribunal Constitucional (TC) peruano se pronunciou sobre a importância de contar com tradutores e intérpretes que permitam a salvaguarda desse direito, ressaltando que “toda declaração de uma pessoa que não compreenda ou não fale adequadamente o idioma com o qual essa é tomada, carece de valor”.<sup>87</sup> Esta disposição constitucional é complementada com os tratados e declarações internacionais gerais e específicos, sobre povos indígenas, que reconhecem expressamente este direito.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Ministério da Educação do Peru. Línguas originárias do Peru, disponível em: <http://www.minedu.gob.pe/campanias/lenguas-originarias-del-peru.php>.

<sup>87</sup> Tribunal Constitucional. Sentença N.º 4719-2007-HC, 3 de outubro de 2007.

<sup>88</sup> Em relação às disposições gerais, ver artigo 14.3.f) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; e artigo 8.2.a) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em matéria de instrumentos específicos sobre povos indígenas, ver artigo 12 do Convenio 169 da OIT, o artigo 13.2 da Declaração

No âmbito legal, o Código de Processo Penal peruano prevê em seu artigo 114 que quando uma pessoa não compreende ou não se expresse com facilidade no idioma castelhano, é obrigatório o oferecimento da “ajuda necessária” a fim de que o ato possa se realizar regularmente. Ademais, especifica que “deverá ser providenciado tradutor ou intérprete às pessoas que não falem o castelhano, permitindo-lhes fazer uso de seu próprio idioma (...)”. Somado a isso, acrescenta que “os documentos e gravações em um idioma distinto do espanhol deverão ser traduzidos quando seja necessário”. Por sua vez, a Lei Orgânica do Poder Judiciário prevê, igualmente, que as pessoas possam expressar-se em seu idioma ou dialeto mediante um intérprete em processos judiciais (artigo 15) e institui um corpo de tradutores e intérpretes como órgão de assistência judiciária (artigo 281).

O cumprimento deste direito exige que o Estado adote medidas administrativas e institucionais para torná-los efetivos na prática. No Peru, por exemplo, é possível destacar a existência da Oficina Nacional de Justiça de Paz e Justiça Indígena (ONAJUP), órgão do Conselho Executivo do Poder Judiciário, constituído para coordenar e executar atividades de informação e capacitação sobre os direitos e atribuições dos povos indígenas. No mesmo sentido, a Direção de Línguas Indígenas do Ministério da Cultura, conta com um Registro Nacional de intérpretes e tradutores de línguas indígenas, que tem entre suas funções, realizar traduções para diversas entidades da administração pública, como o Poder Judiciário.

Os direitos de acesso à Justiça, garantias específicas do devido processo legal e identidade cultural, são fundamentais também neste

---

das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, e o artigo XIV.4 da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

caso, na medida em que, para as pessoas indígenas, a satisfação do direito de acesso à Justiça deverá ser feita em respeito não apenas às garantias específicas do devido processo legal, mas também considerando sua identidade cultural. Trataremos desses direitos em seguida.

O acesso à justiça tem sido entendido na jurisprudência constitucional peruana como um componente do direito à tutela jurisdiccional, reconhecido expresamente no artigo 139.3 da Constituição.<sup>89</sup> Com efeito, a fim de garantir que as partes de um processo possam apresentar, em paridade de armas, seus interesses, deve-se assegurar o direito a ser ouvido, isto é, poder apresentar efetivamente as razões pelas quais se considera que se deve decidir em um ou outro sentido. Em relação a isso, o TC apontou que:

Por meio do direito a ser ouvido por um juiz ou tribunal se garante que cada uma das partes que participam em um processo judicial, possa oferecer, de maneira efetiva, as razões de fato e de direito que considerem necessárias para que o juiz ou tribunal resolva o caso ou a controvérsia da qual estejam participando (...). A titularidade do direito a ser ouvido corresponde a todas as partes que participam (...), de modo que não somente todos os juízes e tribunais têm a obrigação de não afetá-lo, mas de procurar por todos os meios que o seu exercício seja efetivo. (sem negrito no original).<sup>90</sup>

Dentro dessas garantias específicas, encontra-se também o direito de defesa, reconhecido no artigo 139.14 da Constituição. De acordo com a jurisprudência constitucional, este direito tem uma dupla dimensão:

---

<sup>89</sup> Ainda que não a reconheça explicitamente, na Sentença N.º 2763-2002-AA/TC, o Tribunal Constitucional declarou que o direito ao acesso à justiça tem base constitucional, posto que se trata de um conteúdo implícito do direito a tutela jurisdiccional, reconhecida pelo inciso 3) do artigo 139º da Constituição.

<sup>90</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia N.º 0197-2005-PA/TC, 8 de marzo de 2005 (fundamento 5).

“uma material, que refere-se ao direito do acusado de exercer sua própria defesa desde o mesmo instante em que toma conhecimento de que se lhe atribui a execução de determinado fato delitivo; e outra formal, que supõe o direito a uma defesa técnica, isto é, ao assessoramento e patrocínio de um advogado defensor durante todo o tempo que dure o processo.<sup>91</sup>

Ainda, o TC se referiu ao caráter fundamental que tem para o direito a defesa o contar com um tradutor ou intérprete. Dado que essas obrigações são também exigíveis para estrangeiros cujo idioma não seja o castelhano, cita-se como exemplo o caso do cidadão paquistanês Shain Hussein Bi, que alegou que não pôde exercer adequadamente sua defesa por não entender o idioma castelhano. A respeito, o TC indicou:

O direito de defesa não seria possível se, no seio de um processo, não se nomeia intérprete para aquela parte que tem como idioma próprio um distinto ao castelhano e, por consequência, não tenha a possibilidade de entender o idioma usado nos tribunais, a fim de exercer seu direito de defesa constitucionalmente protegido (...). Tampouco seria possível se ao recorrente não se designa tradutor ou intérprete, que é uma garantia mínima do processado para o respeito do seu direito ao devido processo e à sua identidade cultural, em consequência, para sua validade (...).<sup>92</sup>

Por outro lado, ressalta-se que os direitos processuais estão intrinsecamente vinculados com o direito à identidade cultural, sobretudo no que se refere a aspectos linguísticos. Isto foi constatado na recente sentença da Corte Superior de Justiça do Amazonas, proferida no caso “Curva del diablo”, assunto emblemático por tratar

---

<sup>91</sup> Tribunal Constitucional. Sentença N.º 2028-2004-HC/TC 5 de julho de 2004 (fundamento 3).

<sup>92</sup> Tribunal Constitucional. Sentença N.º 4719-2007-HC, de outubro de 2007.

dos fatos ocorridos durante o conflito social em Bagua, Amazonas, Peru, no ano de 2009. Os fatos têm relação com as reivindicações por parte dos povos Awajun e Wampi frente à aprovação, sem consultá-los, de normas que afetavam seus direitos. Devido a isso, o governo da época enviou agentes policiais e militares para reprimir as manifestações que deixaram 23 agentes e 10 indígenas mortos. Após o ocorrido, iniciaram-se processos penais para determinar responsabilidades. Na sentença, a Corte abordou a necessidade de considerar o direito à identidade cultural no marco de um processo penal nos seguintes termos:

A Corte levou em consideração que o conhecimento dos padrões e valores de uma cultura possuem relação com a linguagem. Estas devem ser formuladas na língua natural utilizada na comunidade. O significado das palavras depende do uso que se faça das mesmas na referida comunidade, daí o reconhecimento da língua ordinária e a interpretação no processo (...) Sabendo que somos plurais e reconhecidos como tais constitucionalmente, o novo enfoque da administração da justiça deu um passo adiante. Um enfoque intercultural na administração da justiça em regiões onde é prevalente a presença da diversidade cultural, ainda mais quando se trata de povos indígenas. . (...).<sup>93</sup>

Do apresentado anteriormente, é possível concluir que as pessoas indígenas têm um direito autônomo de contar com tradutores e intérpretes se não falarem ou não compreenderem o idioma do tribunal. Esta garantia é imprescindível para que o processo consiga alcançar justiça, em condições de igualdade e com respeito às garantias básicas do devido processo. A falta de observância das características particulares de uma pessoa indígena pode constituir também uma

---

<sup>93</sup> Corte Superior de Justicia de Amazonas. Sentença N.º 00194-2009 [00163-2013] (parágrafos 85 e 87).

afetação à sua identidade cultural, entendendo que o idioma é uma das expressões mais claras do pertencimento a um coletivo cultural e etnicamente diferenciado.

## VI. CONCLUSÃO E PETITÓRIO

Tal como foi indicado ao começo da presente peça, não é nossa intenção pronunciar-nos sobre a existência ou não de culpabilidade dos pacientes da ação de *habeas corpus*. Porém, da leitura das decisões emitidas pela Vara Federal de Erechim, Rio Grande do Sul e pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, resta claro que os parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos, da Jurisprudência e Direito Comparados, expostos no presente memorial, passaram inadvertidos pelos referidos julgadores. Seguindo a prática jurisprudencial consolidada em outros países do continente, pronunciamentos de organismos internacionais de direitos humanos e normas expressas de tratados ratificados pelo Brasil, não cabe a uma autoridade judicial, mas sim a um perito devidamente qualificado, emitir conclusões sobre o grau de entendimento de um réu indígena sobre o idioma português.

No caso *sub judice*, as referidas autoridades judiciais presumiram o domínio do idioma português pelos 19 pacientes, através de uma fundamentação que, por um lado, vulnera um dos postulados mais importantes da hermenêutica em matéria de direitos humanos: a proibição de presunção *contra persona*. É incorreto presumir o pleno domínio do idioma português dos pacientes devido à aparente comunicação em dito idioma com oficial de justiça ou a alegada

integração do Povo Kaingang com pessoas não-indígenas, asseverados pelos juízos *ad quo*.

Por outro lado, ainda que as respectivas autoridades judiciais arguissem, para além de presunções, uma plena convicção sobre o domínio de português pelos pacientes, a determinação das capacidades cognitivas em um determinado idioma é um exercício alheio à sana crítica judicial. Pelas razões expostas no presente documento, somente um profissional devidamente acreditado como perito nesse âmbito do conhecimento (antropologia e linguística) poderia concluir se um réu é capaz de comunicar-se e entender com precisão as expressões utilizadas em um processo penal.

Merece, ademais, uma audível advertência, a posição dos juízos *ad quo* sobre a alegada desnecessidade de interpretação de certos atos processais, sob o argumento de que cabe aos advogados defensores, e não aos pacientes, sua plena compreensão. Tal fundamentação carece de rigor, por um lado, devido à canhestra analogia feita pelos referidos julgadores, entre as garantias judiciais aplicáveis a um réu indígena e um réu estrangeiro. Ademais, limitar a compreensão de atuações processais tão importantes quanto as declarações de testemunhas à defesa técnica, equivale à redução dos 19 pacientes a meros objetos do procedimento penal.

Em vista de que o processo penal está sendo conduzido sem uma certeza cientificamente corroborada por perito competente, em relação às habilidades dos pacientes de entender e serem entendidos em um idioma distinto ao seu idioma nativo, há um risco iminente de vulneração às suas garantias judiciais e seu direito a uma ampla defesa, dentre outros direitos fundamentais previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil é parte.

Destarte e, à luz dos fundamentos jurídicos previamente expostos, as organizações que apresentam esta peça de *amicus curiae* solicitam que o E. Superior Tribunal de Justiça emita pronunciamento favorável à pretensão dos pacientes e, por conseguinte, ordene a suspensão do processo penal em curso perante a Vara Federal de Erechim, Estado do Rio Grande do Sul, até que sejam observados aos 19 pacientes os direitos à:

- I. tradução das peças processuais mais relevantes ao idioma Kaingang;
- II. interpretação das atuações processuais pertinentes, em particular suas declarações e a de testemunhas arroladas pelas partes do processo, ao mencionado idioma; e
- III. a produção de perícia antropológica por profissional devidamente qualificado e com conhecimento sobre a cultura do Povo Kaingang.

\*\*\*\*\*





## **CONSIDERAÇÕES FINAIS: O ETERNO CONSTRUIR CAMINHOS DOS DIREITOS HUMANOS OU COMO TEMOS QUE ANDAR ESPECIALMENTE QUANDO NÃO HÁ CAMINHO**

*Heloisa Fernandes Câmara*

A apresentação das ações de intervenção do CCONS através de *amici curiae* e participação em audiências públicas serve, ao mesmo tempo, como um lembrete da importância de instituições de ensino, especialmente públicas, engajarem-se nos debates sobre a proteção de direitos humanos, mas vai além. O material aqui reunido traz um panorama dos nós estruturais e estruturantes no que diz respeito à luta, reconhecimento e concretização dos direitos humanos no Brasil.

Falta de acesso aos direitos dos povos indígenas, seja pela negativa de acesso à demarcação de terra, à consulta prévia informada, direitos relacionados à tradução no contexto penal e carcerário etc, direitos relacionados à justiça de transição ou mais adequadamente, à sua ausência, direitos relacionados à democracia e exercício político, como os ligados à impeachment e reeleição presidencial indefinida e direito à segurança pública adequada conforme os ditames constitucionais.

Os direitos acima não envolvem questões pontuais, mas deficiências estruturais na sociedade brasileira, que, a despeito dos mais de trinta anos da “Constituição Cidadã” e da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos, alguns equiparados a emendas constitucionais, têm as dificuldades de concretização derivados de uma sociedade profundamente desigual.

Dados de 2020 mostram que o Brasil é o 8º país com maior desigualdade de renda no mundo<sup>1</sup>, a desigualdade se manifesta não somente em termos de renda, mas de acesso a direitos. Como exemplo, pessoas negras têm 2,6 mais chances de serem mortas no Brasil do que pessoas brancas<sup>2</sup>. Maior exposição à violência, menor acesso à educação, cultura e empregos formais fazem parte da realidade da desigualdade nacional.

A pandemia aprofundou a desigualdade. O índice Gini<sup>3</sup>, usado para medir desigualdade, atingiu 0,640 no segundo trimestre de 2021, após aumento de 0,6003 para 0,6279 entre os quartos trimestres de 2014 e 2019.<sup>4</sup> Mas mesmo a desigualdade tem suas próprias desigualdades. A pandemia teve maior impacto negativo em mulheres, idosos e pessoas negras. Isso pode ser aferido tanto na mortalidade desproporcional de pessoas negras, diminuição de renda de mulheres e idosos e aumento de violência contra mulher, por exemplo.

Neste contexto estrutural, poderia parecer que invocar a constituição e tratados internacionais seria tarefa descolada da realidade, fadada ao insucesso. E talvez seja, ao menos em certa medida. A crença de que a norma é capaz de mudar a realidade, por si só, ainda que bem intencionada pode ter efeito de conformismo. O que as peças elaboradas pelo CCONS mostram é que devemos ler e aplicar o direito de forma distinta, como o princípio de uma luta que passa pelo

---

<sup>1</sup> Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/12/15/brasil-tem-a-8-pior-desigualdade-de-renda-e-supera-so-paises-africanos.htm> > .

<sup>2</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, Atlas da Violência 2021.

<sup>3</sup> O índice é usado para mensurar a concentração de renda em um país. O índice avalia a diferença de renda entre os mais pobres e os mais ricos e varia entre 0 e 1, sendo 0 a absoluta igualdade e 1 a absoluta desigualdade de renda. Desta forma quanto maior o índice, mais desigual a sociedade.

<sup>4</sup> NERI, Marcelo. Desigualdade de Impactos Trabalhistas na Pandemia. Rio de Janeiro: FGV Social, 2021.

reconhecimento e proteção da dignidade – ainda que o sentido de dignidade seja variável no contexto.

O compromisso inabalável com a democracia, estado de direito e direitos humanos perpassa a compreensão teórica e prática dos pesquisadores, e ajuda a criar, através do ensino, novas gerações que compartilham essas premissas, mas sempre respeitando o pluralismo necessário à uma sociedade livre e democrática.

Justamente por sabermos das dificuldades de efetivação destes direitos é que precisamos prosseguir, criando o caminho ao caminhar. Como escreveu belamente o poeta Thiago de Mello “faz escuro mas eu canto, porque a manhã vai chegar”.



A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de produção e pesquisa científica/acadêmica das ciências humanas, distribuída exclusivamente sob acesso aberto, com parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil e exterior, assim como monografias, dissertações, teses, tal como coletâneas de grupos de pesquisa e anais de eventos.

Conheça nosso catálogo e siga as nossas páginas nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



[www.editorafi.org](http://www.editorafi.org)  
[contato@editorafi.org](mailto:contato@editorafi.org)