

# **PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A PROMOÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO**

Juliana de Britto Avelino<sup>1</sup>

## **INTRODUÇÃO**

Posteriormente à segunda guerra mundial, iniciou-se o processo de proteção internacional dos direitos humanos, no propósito de garantir que todo ser humano possa dispor dos mesmos direitos, inerentes à sua condição, independente do ordenamento jurídico pontual de seu país de origem ou moradia. Neste diapasão, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, seguida por uma série de pactos assecuratórios, formando um sistema global de proteção de direitos, com o objetivo de torná-los juridicamente vinculantes aos Estados. Paralelos ao sistema global, surgiram os regionais: o europeu, o africano e o interamericano, estando o Brasil situado neste último, tendo aceitado a jurisdição da Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com a adoção de pactos internacionais sobre direitos humanos, estes, uma vez inseridos no ordenamento pátrio, podem e devem ser assegurados em qualquer grau de jurisdição interna, além de serem observados subsidiariamente por organismos supranacionais, dos quais o Brasil aceitou a jurisdição, por meio das recomendações, bem como da aplicação diversos tipos de sanção internacional, em caso de descumprimento destas.

Após o esforço internacional para proteção destes direitos, observa-se que a cidadania de cada pessoa restou ampliada. Restou engrandecida, igualmente e por via de consequência, a aplicação da noção de igualdade entre os seres humanos, enquanto detentores de direitos básicos, essenciais e inerentes a esta condição, independente de nacionalidade ou fatores históricos de discriminação, seja étnica, de gênero, racial entre outras.

---

<sup>1</sup> Defensora pública, especialista em Direito e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

Neste diapasão, desenvolve-se a problemática da relação entre a proteção internacional dos direitos humanos no sistema interamericano, sua tutela no âmbito interno e supranacional, e a garantia dos direitos à igualdade e não discriminação.

Reconhecendo-se a importância de divulgar os mecanismos de proteção dos direitos humanos, com vistas a promoção da igualdade e não discriminação, este trabalho propõe-se, assim, a explanar acerca dos meios de acesso do ser humano, detentor de direitos inerentes a esta condição, à justiça nacional e internacional, por meio de breve exploração bibliográfico-descritiva.

## **1 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO.**

No período posterior à segunda guerra mundial, com o temor de repetirem-se as atrocidades cometidas no conflito, que chamou especial atenção da comunidade internacional pela sistematicidade e industrialização da morte e da tortura nos campos de concentração, iniciou-se processo gradual de proteção internacional dos direitos humanos<sup>2</sup>. Neste cenário, surgiu a Organização das Nações Unidas - ONU<sup>3</sup>, em 1945, e foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

Inovadora em relação aos instrumentos anteriores, a Declaração de 1948, ademais de determinar padrões universais de conduta, tem caráter de subjetivação e adoção no âmbito interno de todos Estados do globo. É instrumento internacional que busca não só estabelecer diretrizes, mas determinar a adoção mundial de tais direitos, de modo que não mais fosse possível valer-se dos ordenamentos internos para violação da dignidade humana<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Na verdade, a preocupação com os direitos humanos é bem anterior à recente proteção, remontando à primitiva doutrina cristã. Os primeiros esforços de positivação se deram com a Carta Magna de João Sem Terra, em 1215, a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela assembléia constituinte francesa em 1789, e a Constituição dos Estados Unidos, de 1787. Apesar de estabelecerem valores universais, os instrumentos anteriores não tinham condão de adoção por parte de outros Estados.

<sup>3</sup> Quando da criação da Liga das Nações, ao final da primeira guerra mundial, ainda não havia no seio da comunidade internacional evento catalizador do esforço de positivação de normas de direitos humanos a serem adotadas pelos Estados. Após a proliferação das doutrinas facistas e antisemitas cresceu a preocupação em assegurar direitos universais, inerentes ao ser humano.

<sup>4</sup> Tal esforço se deu paralelamente ao do repúdio à impunidade dos líderes de governo pela violação dos direitos humanos universais, que culminaram com criação do Tribunal Penal internacional.

Ressalte-se que a Declaração de 1948, assim como seus antecedentes históricos, trata dos direitos mínimos para assegurar a dignidade de qualquer pessoa, independente da cultura ou origem. São direitos como vida, integridade física, liberdade, trabalho, família, entre outros. Os instrumentos de direitos humanos não dizem respeito, assim, a mera relação comercial entre Estados, mas sobre direitos inerentes à condição humana, que transcendem a barreira da nacionalidade e da bilateralidade. Conforme lição de Flávia Piovesan (2004, p. 77):

O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre os Estados, mas no novo paradigma centrado: nas relações Estado/povo, na emergência de um direito internacional dos direitos humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

A partir de então, como acréscimo à Declaração Universal, surgiram diversos outros pactos, formando-se um sistema normativo internacional assecuratório dos direitos humanos. Em 1965, aprovou-se a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial; em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Mulher; em 1984, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; em 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outros.

Iniciou-se, a partir daí, nos dizeres de Cançado Trindade (2000, p. 145): “a gradual passagem da fase legislativa de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos [...] à fase de implementação de tais instrumentos”.

A chamada “juridicização” da Declaração de 1948, e, por conseqüência, dos posteriores dispositivos que a completam, veio a concretizar-se apenas em 1966, com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Isto porque até então as normas elaboradas não tinham efeito jurídico, não vinculando os signatários. Foi a partir deste momento que os direitos assegurados anteriormente tornaram-se obrigatórios, juridicamente vinculantes. Destaque-se que tais instrumentos foram tardiamente aderidos pelo Brasil, devido regime autoritário que antecedeu a Constituição Federal de 1988.

Paralelo e complementar ao descrito sistema global de proteção dos direitos humanos, surgiram sistemas regionais, especialmente na Europa, África e América. No continente

americano, firmou-se a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, que criou a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Neste sistema regional, insere-se o Brasil, que ratificou o mencionado pacto por meio do decreto n° 678, de 06 de novembro de 1992. A competência da Corte Interamericana, porém, foi reconhecida somente em 1998, pelo decreto-lei n° 89.

É importante ressaltar que a existência de mais de um sistema busca não fragmentar, mas fortalecer os valores da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Atua aquela de acordo com esta, para proporcionar maior garantia de eficiência e acessibilidade aos indivíduos protegidos. Nas palavras de Flávia Piovesan (2004, p. 121):

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. [...] os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos.

Note-se também a necessidade de considerar todos os pactos mencionados sob a ótica do caráter indivisível dos direitos humanos. Nas palavras de Cançado Trindade (2000, p. 151): “Só se pode conceber a promoção e proteção dos direitos humanos a partir de uma concepção integral dos mesmos, abrangendo todos em conjunto (os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais)”. Assim, apesar da multiplicidade de pactos isolados e de sistemas de proteção, os direitos humanos devem ser tratados como um todo indissociável de direitos essenciais a toda pessoa.

Cabe aos Estados papel fundamental na garantia da indivisibilidade dos direitos, de modo a internalizar todos em seus ordenamentos jurídicos, de forma não seletiva. Para tanto, pode ser necessária reforma da legislação nacional, a fim de compatibilizá-la com o conteúdo dos tratados firmados, reconhecendo-se a prevalência dos direitos humanos. Tal esforço, advindo da obrigatoriedade dos instrumentos internacionais, relativiza a soberania de cada Estado, pela identidade de objetivos com outros Estados e os órgãos internacionais e pelo princípio da responsabilidade dos signatários. Conforme Cançado Trindade (2000, p. 164):

Ao ratificarem tais tratados, os Estados Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos. Urge,

assim, que as leis nacionais sejam compatibilizadas com a normativa internacional de proteção, e que os direitos consagrados nos tratados de proteção possam ser invocados diretamente ante os próprios tribunais nacionais.

Também no Brasil, os instrumentos internacionais de direitos humanos servem de inspiração para elaboração e retificação de normas internas, de modo a comprometer o Estado. As modificações no ordenamento interno, causadas pela aceitação e ratificação dos pactos internacionais sobre direitos humanos, confirmam a supremacia da dignidade da pessoa humana.

## **2 EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: BREVE ANÁLISE DE PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Resta claro que os direitos humanos são reconhecidos universalmente por diversos instrumentos internacionais. Persiste, porém, indagação sobre a tutela destes direitos.

Pelo princípio da responsabilidade do Estado, este, ao se tornar signatário de um pacto de proteção aos direitos humanos, tem a obrigação de preservá-los em seu território. Conforme lição de Cançado Trindade (2000, p. 164): “A responsabilidade primária pela observância dos direitos humanos recai nos Estados, e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados”.

Com efeito, os pactos internacionais de direitos humanos, uma vez incorporados no sistema jurídico interno, podem ser alegados como fonte de argumentação e fundamentação em todas as instâncias judiciárias. Pese as discussões acerca do caráter da norma incorporada, esta deve ser exigida e aplicada.

Para garantia de implementação dos compromissos firmados, a comunidade internacional exerce vigilância, através de suas organizações, seja no plano global ou regional. As comissões e cortes internacionais atuam com missão de prevenir e tutelar a violação dos direitos humanos. Funcionam, porém, subsidiariamente à jurisdição interna, somente em caso de omissão ou ineficácia da tutela do Estado, segundo o princípio da complementaridade de jurisdição. Sobre a tutela internacional subsidiária ensina Flávia Piovesan (2004, p. 165):

Cabe atentar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com seus inúmeros instrumentos, não pretende substituir o sistema nacional. Ao revés, situa-se como direito paralelo e complementar ao direito nacional, no sentido de permitir que sejam superadas suas omissões e deficiências. No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o Estado tem a responsabilidade primária da proteção destes direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária. Os procedimentos internacionais têm, assim, natureza subsidiária, constituindo garantia adicional dos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais.

O aspecto subsidiário da jurisdição destes órgãos internacionais está expresso no artigo 46 do ratificado Pacto de San Jose da Costa Rica, que prevê como requisito para admissão de petição pela Comissão Interamericana o esgotamento das vias internas:

Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;
- b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; (...)

Observe-se, no entanto, que a convenção considera preenchido o requisito de admissibilidade no caso de morosidade injustificada ou ausência de acesso ao devido processo legal, bem como no caso de não existir legislação interna assegurando tal direito ao devido processo:

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

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

Assim, deve ser patente a falha ou inacessibilidade da jurisdição interna antes de recorrer-se aos órgãos internacionais. São também condições para apresentação de petição na Comissão Interamericana a inexistência de litispendência internacional e o não escoamento do

prazo decadencial de seis meses, contado da notificação da decisão do último recurso à jurisdição interna do Estado violador.

A Corte Interamericana, também, só pode ser alcançada indiretamente, conforme artigo 61 do mesmo pacto: “Somente os Estados-Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da corte”. A determinação citada priva o cidadão comum de provocar, diretamente ou através de organização não-governamental, tutela da Corte Interamericana, podendo recorrer de imediato somente à Comissão. Esta, segundo artigo 41 do pacto em comento, tem a função apenas de preparar relatórios e fazer recomendações aos Estados; sendo a Corte, conforme artigo 63, quem tem poder de determinar que se assegure direito violado ou se repare o dano.

Falhou, portanto, o elaborador da norma internacional, ao privar o cidadão comum do acionamento direto da Corte. Tal pessoa, ao ver seu direito humano violado e a falha ou omissão do sistema jurisdicional de seu país, deveria poder recorrer diretamente a quem possa tomar as medidas mais vinculativas. O sujeito de direito internacional deveria ter, por consequência lógica, capacidade processual internacional. Conforme afirma Flávia Piovesan (2004, p. 328): “Faz-se também necessária a adoção do mecanismo de petição individual [...] já que este mecanismo permite o acesso direto aos órgãos internacionais de monitoramento”.

Apesar das restrições, a criação de órgãos internacionais de monitoramento constitui enorme avanço para assegurar o reforço dos direitos humanos. Desde a ratificação do pacto de San José, foram submetidos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos casos de tortura, detenção ilegal, violação dos direitos dos indígenas e violência policial e rural perpetrados no Brasil. Tais denúncias compelem, através de pressões internacionais, os Estados a justificarem suas práticas, convocando a tratar as violações com mais seriedade. Também, a partir da aceitação da jurisdição da Corte Interamericana, podem os sujeitos de direito contar com tutela internacional mais efetiva, valendo suas decisões como título executivo. Assim confirma a autora citada (2004, p. 315):

No momento que tais violações são submetidas à arena internacional, elas se tornam mais visíveis, salientes e públicas. Diante da publicidade de casos de violações de direitos humanos e de pressões internacionais, o Estado se vê ‘compelido’ a prover justificações, o que tende a implicar em alterações de ordem prática do Estado relativamente a direitos humanos, permitindo, por vezes, um sensível avanço na forma pela qual estes direitos são nacionalmente respeitados e implementados. A ação internacional constitui, portanto, uma importante estratégia para o fortalecimento da sistemática de implementação dos direitos humanos.

Pela competência contenciosa, podem ser aplicadas pelos órgãos de vigilância e efetivação dos direitos humanos sanções políticas, econômicas, financeiras e até militares. A desobediência das normas internacionais de direitos humanos pode resultar em aplicação de penalidade pecuniária, isolamento e até intervenção internacional no Estado violador.

A atuação dos órgãos internacionais na tutela contenciosa dos direitos humanos consubstancia, assim, garantia subsidiária de acesso a justiça, dado que, ainda que em caso de falha da jurisdição interna, todas as pessoas, enquanto sujeitos de direito internacional, podem obter tutela para reparação da violação de seus direitos fundamentais.

Ressalte-se que a competência contenciosa aqui destacada não se mostra mais nem menos importante que a competência consultiva dos órgãos internacionais na proteção dos direitos humanos. Por meio desta, tais órgãos firmam entendimentos acerca das inúmeras matérias ligadas aos direitos humanos, sendo tais consensos vinculantes aos Estados.

Ademais, pelas Carta da OEA e a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, o Estado signatário deve garantir o acesso à justiça, de forma efetiva e em um tempo razoável, positivando esta igualmente as condições de tal acesso:

#### Artigo 25 - Proteção judicial

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.

#### 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. (grifo nosso)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (grifo nosso)

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;



- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
  - 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;
  - g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
  - h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
  4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
  5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.
- Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade
- Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

Conforme esclarece Cançado Trindade:

Assim, a Convenção Americana, e outros tratados de direitos humanos, geram obrigações de proteção para os Estados-parte, pois consagram o direito a um recurso efetivo junto a juízes e tribunais nacionais competentes, ao devido processo legal e a garantia dos direitos humanos protegidos.

Neste sentido, a jurisprudência do Sistema Interamericano vem determinando a obrigação estatal de consagrar recursos efetivos para a proteção dos direitos humanos e a obrigação de assegurar a devida aplicação destes recursos por parte do sistema de justiça, seja por sua função consultiva, seja por sua ação contenciosa.

Como exemplo da atuação contenciosa da Corte Interamericana, destaca-se o caso “Velasquez Rodriguez”, atinente ao desaparecimento forçado de indivíduo no Estado de Honduras. Acolhendo comunicação encaminhada pela Comissão Interamericana, a Corte condenou o Estado de Honduras ao pagamento de indenização aos familiares do desaparecido, bem como outras medidas de reparação. O caso é um marco na história do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois foi a primeira vez que um Estado americano foi condenado, após devidamente processado, por um órgão judicial internacional. Ao fundamentar a decisão, a Corte afirmou:

A prática de desaparecimentos, além de violar diretamente numerosas disposições da Convenção [...] significa a ruptura radical desse tratado, na medida que implica o crasso abandono dos valores que emanam da dignidade humana e dos princípios que mais profundamente fundamentam o sistema interamericano e a mesma

convenção. A existência dessa prática, ademais, supõe o desconhecimento do dever de organizar o aparato do Estado de modo que se garantam os direitos reconhecidos na convenção. [...] Os Estados devem prevenir, investigar e punir qualquer violação de direitos enunciados na Convenção e, além disso, se possível, devem buscar a restauração de direito violado, prevendo uma compensação em virtude dos danos resultantes da violação. (RAMOS, 2001, p. 336).

Observa-se, na prática, que, após comprovada a falha ou omissão da jurisdição interna, a violação de direitos humanos não restou sem resposta, tendo sido o Estado de Honduras compelido a reparar tal violação.

Válido, neste contexto, ressaltar novamente o papel da vítima no peticionamento. Em que pese não ter acesso direto à Corte, por meio do sistema de proteção dos direitos humanos a vítima pode contar com acesso à justiça internacional, na tentativa de reparação da violação dos seus direitos essenciais, no caso da falha do Estado do qual é cidadão.

Pode-se citar também o caso Villagran Morales contra a Guatemala, em que este Estado foi condenado em virtude da impunidade relativa ao sequestro, tortura e morte de cinco meninos moradores de rua por policiais nacionais. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte, estão: o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas, e mais importante e de alcance coletivo: a reforma no ordenamento jurídico interno visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos, além da construção de uma escola em memória das vítimas.

Quanto à tutela interamericana do princípio da não discriminação, podemos citar o caso *Atala Riffo y niñas versus Chile*, que trata do litígio de custódia judicial de três crianças por seu pai junto à jurisdição do Chile contra a senhora Karen Atala Riffo por considerar aquele que sua orientação sexual e sua convivência com companheira do mesmo sexo causariam dano às crianças. No caso, a Corte teve que deliberar acerca da discriminação de gênero e ingerência do Estado na vida privada e familiar, dado que o processo doméstico resultou na retirada provisória das crianças da guarda da vítima.

A Corte entendeu, em sentença, pela responsabilização do Estado do Chile por violação ao princípio da não discriminação. Considerou igualmente, com fundamento no preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos das Crianças, que, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, não podem ser admitidas presunções, especulações nem estereótipos sobre as características pessoais dos pais ou preferências culturais concernentes a certos conceitos tradicionais de família.

Afirmou que a simples referência à orientação sexual da mãe das crianças, sem prova concreta dos supostos riscos ou danos causados a menores não são medida idônea de restrição. O princípio do melhor interesse da criança não pode ser utilizado para amparar a discriminação por orientação sexual de qualquer dos pais. Presunções infundadas e estereotipadas sobre a capacidade e idoneidade parental de promover o bem estar e desenvolvimento da criança não são adequadas ao fim legítimo de proteger o interesse desta.

Acresceu a Corte que a discriminação social possivelmente sofrida pelos menores igualmente não pode servir de argumento jurídico para restrição de um direito. O Estado deve precisamente enfrentar as manifestações de intolerância e discriminação, com o fim de evitar a negação ou exclusão de uma determinada condição. Nas sociedades contemporâneas observam-se mudanças sociais, culturais e institucionais no sentido de inclusão de todas as opções de vida dos cidadãos, que em outros momentos não haviam sido aceitas pela sociedade. Neste sentido, o Direito e os Estados devem ajudar o avanço social, sob risco de legitimar a discriminação e violar direitos humanos.

Considerou a Corte que a orientação sexual de uma pessoa está ligada ao conceito de liberdade e capacidade de auto-determinação, bem como proteção à vida privada e intimidade. A decisão da vítima de refazer sua vida e suas relações afetivas não podem ser objeto de reprovação por parte do Estado, principalmente por não haver prova de nenhum dano às crianças.

Finalmente, considerou a Corte que a Convenção Americana dos Direitos Humanos não adota um conceito fechado de família nem mesmo se defende um conceito tradicional desta. O conceito de vida familiar não se restringe ao matrimônio e deve abarcar todos os laços familiares.

Em conclusão, a Corte considerou que a sentença que conferiu a guarda provisória das menores ao pai não foi fundada em influencia negativa do relacionamento da genitora daquelas com sua companheira, mas em argumentos abstratos, estereotipados e discriminatórios. Determinou como reparação do Estado do Chile as obrigações seguintes: a) prestar assistência psicológica e psiquiátrica adequada e efetiva às vítimas que requererem, b) divulgação da sentença em mídia de ampla circulação nacional, c) realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade pelo presente caso, d) indenizar a vítima por dano material e imaterial.

Firmou-se, assim, no caso citado, jurisprudência acerca da não aceitação de entendimentos judiciais que propiciem o preconceito e a discriminação negativa, sendo esta a utilizada para retirada de direitos<sup>5</sup>. Os entendimentos firmados por tal precedente não somente se aplicam à discriminação de gênero, mas também a outras formas de violações de direitos humanos.

Quanto a atuação dos órgãos de tutela no combate à discriminação no Estado brasileiro, pode-se citar o caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, primeira condenação do Brasil em uma instância internacional de direitos humanos, relativa a violação de direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais.

A condenação referiu-se a morte de Damião Ximenes Lopes, em 04 de outubro de 1999, um final de semana após sua internação, nas dependências da Casa de Repouso Guararapes, em Sobral, Ceará, instituto conveniado ao Sistema Único de Saúde do governo brasileiro.

O laudo médico apontava como causa da morte parada cardiorrespiratória, porém, havia hematomas e sangue por todo o corpo, denotando tratamento desumano e degradante durante sua internação.

Além da patente gravidade da situação em relação não somente à vítima, mas a todo o grupo vulnerável de pacientes submetidos a tratamento psiquiátrico, foi constatada demora jurisdicional injustificada nos processos criminal e cível apresentados pela família e a violação do direito à vida e integridade física de pessoa portadora de deficiência.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu relatório, apontou violações aos Artigos 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 8.1 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como descumprimento do Estado de sua responsabilidade geral de respeito e garantia dos direitos humanos, estabelecido no artigo primeiro da mencionada convenção.

Foram dadas recomendações ao Estado, entre elas a de investigar o caso e adotar medidas necessárias para evitar que ocorram fatos similares no futuro, porém, as respostas encaminhadas à Comissão não revelaram avanços substanciais na investigação do caso, em seu julgamento, ou mesmo tentativa de reparação à família da vítima.

---

<sup>5</sup> Destaca-se que, para os Estados signatários do Pacto San Jose da Costa Rica, igualmente não pode ser aprovada legislação que propicie o preconceito e a discriminação negativa, a exemplo do projeto de lei n° 6583, de 2013, de autoria do Deputado Eduardo Cunha, que busca restringir o conceito de família, propiciando a retirada de direitos por discriminação de gênero.

Assim, o caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Foi considerado de destacada importância, dada a situação de particular vulnerabilidade das pessoas portadoras de deficiência mental, bem como o tratamento cruel e discriminatório a que são expostas, incluso em instituições credenciadas pelo Estado, que falha na custódia destas pessoas.

Considerou a Corte a magnitude do problema de saúde mental no mundo atual, da falta de percepção geral das necessidades especiais dos pacientes, que segundo dados da ONU, são aproximadamente 10% da população adulta<sup>6</sup>, e situações dela decorrentes. Relatou acerca da estigmatização e tratamento desumano ou degradante dos pacientes<sup>7</sup>, que de modo frequente resultam no silêncio das vítimas e seus familiares, gerando a impunidade dos violadores e facilitando a repetição destas violações.

Assim, o caso analisado é emblemático, dada a visibilidade decorrente da incansável luta da família por justiça e por ser a primeira vez que o sistema interamericano depara-se com morte ocorrida dentro de uma instituição psiquiátrica.

Antes mesmo da sentença, o Brasil reconheceu responsabilidade parcial por violação do direito à vida e integridade pessoal da vítima, contestando, porém, a inércia na investigação do caso, em declaração durante audiência pública realizada sobre o caso.

Foi considerado largamente o direito da família da vítima a uma investigação judiciária não meramente formal, fadada a ser infrutífera, mas séria, efetiva e célere, que chegue à verdade dos fatos. Apontou falhas no laudo cadavérico, na demora de 35 dias entre a notícia do crime e a instauração de inquérito policial, na impossibilidade em colher provas no local do crime, na falta de reconstituição do crime, no pouco esforço em ouvir as testemunhas oculares e em recuperar provas na tentativa de suprir as omissões. Dado que a vítima faleceu no chão, com as mãos amarradas nas costas após ter sofrido espancamento que resultou em seu óbito, é exigido mínimo de diligência e eficiência na investigação de tamanha violência contra vulnerável. Por fim, a Comissão ressalta que a inexistência de uma sentença de primeira instância 6 anos após a morte violenta da vítima, e o atual estado da Ação Penal

---

<sup>6</sup> Organização Mundial da Saúde, Relatório sobre a Saúde no Mundo 2001, Saúde Mental: novos conhecimentos, novas esperanças, pag19 (Espanhol original, tradução livre).

<sup>7</sup> O Relator recebeu inúmeros depoimentos acerca de institucionalização inapropriada e por longos períodos de tempo, onde os pacientes foram submetidos a abusos sexuais, esterilizações forçadas, acorrentamento, torturas, submissão a eletrochoque, condições sanitárias grosseiras e escassez de comida.

interna, ainda na fase instrutória, indicam claramente que os familiares da vítima encontram-se em situação de denegação de justiça por parte das autoridades estatais.

Por unanimidade, a Corte decidiu que o Estado deve: (a) assegurar a garantia da celeridade da justiça para investigar e sancionar os responsáveis pela tortura e morte de Damião Ximenes; (b) continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para os profissionais vinculados ao atendimento de saúde mental; (c) pagar indenização como medida de reparação à família de Damião e; (d) publicar a sentença no Diário Oficial ou em jornal de circulação nacional. A decisão igualmente foi marco na realização de políticas públicas voltadas para o tratamento de portadores de deficiência mental no Brasil, mormente a reforma psiquiátrica, por meio da lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001.

Ludmila Cerqueira Correia (2005) indica as principais repercussões e consequências da condenação do Brasil no caso:

Dessa maneira, a sentença condenando o Brasil, no caso de Damião, serve como exemplo a ser seguido, na medida em que demonstra existir mecanismos internacionais eficientes que protegem direitos e reparam adequadamente as vítimas de violações. Ao mesmo tempo, esse caso pode ser avaliado como tendo êxito, já que a demanda pleiteada pela família foi atendida e o Brasil foi condenado por graves violações de direitos humanos. Em outras palavras, esse caso funciona como modelo em uma cultura acostumada a não reivindicar direitos do ponto de vista internacional.

Mesmo antes da sentença final da Corte, já foi possível perceber avanços importantes que refletem como o caso teve uma repercussão interna positiva. Dentre os principais progressos, vale destacar: a clínica Casa de Repouso Guararapes, onde ocorreu a morte de Damião, além de ter tido o seu descredenciamento como instituição psiquiátrica para prestar serviços ao SUS em julho de 2000, foi desativada quase um ano depois do acontecido; em 2004, houve a concessão de uma pensão vitalícia para a mãe de Damião por parte do Estado do Ceará e também houve a inauguração de um centro de saúde chamado “Damião Ximenes Lopes”, dentro da nova política de saúde mental, no marco da Lei n. 10.216/2001 (BRASIL, 2001).

Atualmente o município de Sobral é considerado referência em saúde mental porque prioriza atendimentos residenciais e/ou em regime de ambulatório, abandonando tratamentos que envolvem privação de liberdade. Inclusive, a cidade recebeu um prêmio pelas experiências exitosas que conquistou desde então.

No que diz respeito às investigações sobre os responsáveis pelo assassinato de Damião, apenas no ano de 2009, o proprietário da clínica psiquiátrica Casa de Repouso Guararapes e seis profissionais de saúde que ali trabalhavam foram condenados a uma pena de seis anos de reclusão em regime semiaberto (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 2009).

Em 2010, em uma ação cível de danos morais ajuizada pela família Ximenes Lopes, o Tribunal de Justiça do Ceará confirmou a sentença de primeira instância que condenou o proprietário da clínica psiquiátrica e também o diretor clínico e o diretor administrativo a pagar uma indenização no valor de R\$ 150 mil à mãe de Damião. É interessante constatar que, nos autos do processo, há uma cópia do Informe da CIDH

que resultou na condenação do Brasil. Isso demonstra a repercussão da decisão internacional no direito interno, de acordo com informações obtidas no site do Tribunal de Justiça do Ceará.

A submissão do caso a instituições internacionais acelerou o trâmite de projeto de reforma psiquiátrica que já durava 12 (doze) anos, sendo a lei nº 10.216 aprovada em abril de 2001, que dispõe “sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”.

Com a aprovação da lei, o novo modelo prevê a estruturação de uma rede de serviços de atenção diária em saúde mental de base territorial, com destaque para os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), cujo projeto integra os usuários de tais serviços às suas respectivas famílias e comunidade, superando o modelo assistencial até então vigente baseado, exclusivamente, na internação tradicional<sup>8</sup>.

Outro caso digno de nota é o de Simone André Diniz contra o Estado do Brasil, acerca do racismo estrutural do país, que tem imagem externa de democracia racial. A Sra. Simone André Diniz sofreu discriminação racial na busca por emprego como empregada doméstica na cidade de São Paulo. Ao ver a oferta de trabalho no caderno de classificados do periódico A Folha de São Paulo, encontrou o seguinte texto: “Doméstica. Lar. P/ morar no empr. C/ exp. Toda rotina, cuidar de crianças, c/docum. e ref.; Pref. Branca, s/filhos, solteira, maior de 21a. Gisele”. Ligando para o número indicado no anúncio, a vítima confirmou o fato de que, por ser negra, não preenchia os requisitos para a vaga ofertada.

Irresignada com a recusa, dirigiu-se à Subcomissão do Negro da OAB-SP para denunciar a discriminação sofrida, como também esteve na Delegacia de Crimes Raciais para apresentar notícia-crime, tendo-se instaurado Inquérito Policial para apurar possíveis violações ao artigo 20 da Lei 7715/894. O delegado de polícia responsável pelo procedimento tomou os depoimentos da autora do anúncio, do seu esposo e da senhora que atendeu o telefonema da vítima, elaborou o relatório sobre a notícia-crime e remeteu-o ao juiz de direito competente, o qual deu ciência ao representante do Ministério Público, que, por sua vez, opinou pelo arquivamento do processo, argüindo que: “(...) não se logrou apurar nos autos

---

<sup>8</sup> Em que pese os avanços na matéria, a supervisão feita pela Corte sobre o cumprimento da sentença, no caso em tela, demonstra que, ainda há muitas etapas a serem vencidas. Isso porque continuam a ocorrer mortes em hospitais psiquiátricos similares à de Damião Ximenes, assim como os números apresentados sobre os serviços substitutivos (CAPS, Residências Terapêuticas, Centros de Convivência, etc.) ainda são insuficientes, de acordo com a demanda populacional.

que Aparecida Gisele tenha praticado qualquer ato que pudesse constituir crime de racismo, previsto na Lei 7.716/89 (...)” e que não havia nos autos “(...) qualquer base para o oferecimento de denúncia”. De posse do parecer, o juiz de direito prolatou sentença de arquivamento dos autos, acolhendo os argumentos do Ministério Público, extinguindo o feito.

Insatisfeita com a decisão judicial, a vítima procura auxílio de um grupo de organizações não governamentais dedicadas à causa negra e ao Sistema Interamericano, o qual apresentou uma denúncia perante a Comissão Interamericana. Na denúncia, encaminhada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP), solicitou-se à Comissão Interamericana que declarasse violações por parte do Estado brasileiro dos artigos: 1 (obrigação geral de garantir os direitos), 8 (proteção judicial), 24 (igualdade perante a lei), 25 (garantias judiciais) da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (‘CERD’).

A decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso Simone Diniz reconheceu a discriminação indireta porquanto a mesma “impede o reconhecimento do direito de um cidadão negro de não ser discriminado e o gozo e o exercício do direito desse mesmo cidadão de aceder à justiça para ver reparada a violação”. Em que pese relatório da CIDH, o caso em estudo não é passível de ser enviado à corte, uma vez que os fatos alegados como violatórios são anteriores a 10 de dezembro de 1998, data que o Estado brasileiro estipulou para a análise dos fatos violadores pela Corte Interamericana. Não obstante, o caso gerou visibilidade ao racismo estrutural ocorrente no Brasil, país em geral visto como uma democracia racial.

Assim, por meio da breve análise dos casos expostos, observa-se que o sistema interamericano estimula o acesso igualitário à justiça e o dever de responsabilizar os Estados quanto às violações destes direitos. A tutela internacional completa e íntegra, pois, a jurisdição interna, tendo as duas o mesmo dever convencional de proporcionar a maior proteção possível aos direitos humanos reconhecidos; o que resulta em maior acesso à justiça, tanto da vítima quanto de segmentos sociais íntegros, bem como reforço da garantia dos direitos mais básicos, inerentes à dignidade humana.

Embora tenha havido muitos avanços, importante ressaltar, porém, que há muito por fazer, sendo ainda incipiente a garantia dos direitos humanos no cenário internacional,



necessitando o sistema de sanções de maior força. Mesmo a fase de elaboração normativa para reconhecimento internacional dos direitos é recente, não tendo ocorrido ainda sua aceitação mundial. A voluntariedade de ratificação e responsabilidade dos Estados é essencial para o sucesso das pretensões dos pactos internacionais de direitos humanos.

### **3 A PROMOÇÃO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.**

Conforme explanado anteriormente, é assegurado a todos os seres humanos os direitos mais básicos, inerentes à sua dignidade, bem como acesso a órgãos internacionais de tutela destes direitos.

A atribuição de cidadania transnacional a todos os seres humanos, conferindo a todos a mesma dignidade e direitos, promove os princípios da igualdade e não discriminação. Ora, se todos são sujeitos de mesmos direitos fundamentais, como negar aplicabilidade destes a determinado grupo de seres humanos?

O Estado signatário da convenção americana dos direitos do homem reconhece que todas as pessoas, independente de qual país ou grupo social pertença, são iguais, na medida em que detém os mesmos direitos fundamentais, elencados entre os artigos terceiro e vinte e cinco da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica

Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. (grifo nosso)

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. (grifo nosso)

(...)

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. (grifo nosso)

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (grifo nosso)

(...)

Artigo 6º - Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas. (grifo nosso)

2. Ninguém deve ser constringido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso. (grifo nosso)

(...)

#### Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. (grifo nosso)

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. (grifo nosso)

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. (grifo nosso)

(...)

#### 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. (grifo nosso)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (grifo nosso)

(...)

#### Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se. (grifo nosso)

#### Artigo 10 - Direito à indenização

Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença transitada em julgado, por erro judiciário. (grifo nosso)

#### Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. (grifo nosso)

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. (grifo nosso)

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. (grifo nosso)

#### Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.(grifo nosso)

2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.(grifo nosso)

(...)

#### Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. (grifo nosso)

#### Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. (grifo nosso)

(...)

#### Artigo 15 - Direito de reunião

É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

#### Artigo 16 - Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.(grifo nosso)

(...)

#### Artigo 17 - Proteção da família

1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

(...)

5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento.

#### Artigo 18 - Direito ao nome

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário. (grifo nosso)

#### Artigo 19 - Direitos da criança

Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado. (grifo nosso)

#### Artigo 20 - Direito à nacionalidade

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. (grifo nosso)

2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.(grifo nosso)

3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la.(grifo nosso)

#### Artigo 21 - Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. (grifo nosso)

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.(grifo nosso)

(...)

#### Artigo 22 - Direito de circulação e de residência

1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais. (grifo nosso)

2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.(grifo nosso)

(...)

#### Artigo 23 - Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: (grifo nosso)

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

(...)

#### Artigo 24 - Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei. (grifo nosso)

#### Artigo 25 - Proteção judicial

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. (grifo nosso)

O núcleo básico de tais direitos, aplicáveis a todos, conforme explicitado pelos grifos insertos nas citações, não poderá ser desrespeitado ou alterado, mesmo em períodos de exceção, conforme artigo 27 da Convenção:

#### Artigo 27 - Suspensão de garantias

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

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

O conceito de igualdade, expresso na citada convenção ao artigo 24, acima transcrito, porém, evoluiu de uma dimensão meramente formal para a material, com a noção de equidade. Com efeito, busca-se não apenas tratamento igualitário em situações análogas, mas a eliminação e correção das desigualdades e do tratamento discriminatório negativo, devendo haver tratamento desigual aos desiguais numa medida de proporcionalidade.

Neste sentido, a Corte Interamericana assim se manifestou acerca da promoção da igualdade material:

A presença de condições de desigualdade real obriga a adotar medidas de compensação que contribuam para reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiência que impeçam ou reduzam a [possibilidade] de defesa eficaz dos próprios interesses. Se não existissem esses meios de compensação, amplamente reconhecidos em diversas vertentes do procedimento, dificilmente se poderia dizer que aqueles que se encontram em condições de desvantagem desfrutam de um verdadeiro acesso a justiça e se beneficia de um devido processo legal em condições de igualdade com aqueles que não enfrentam essas desvantagens.

No mesmo sentido, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já indicou que “(...) o gozo em condições de igualdade dos direitos e liberdades não significa a identidade de tratamento em todas as circunstâncias.”<sup>9</sup> Isso porque “(...) a igualdade reconhecendo a diversidade entre dois seres humanos aceita e propicia determinadas distinções, sempre que elas tendam a fortalecer, a não impedir, o gozo e o exercício de todos os direitos (...)”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Observación General n.º 18, par.8 (trad. livre).

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, voto concorrente do juiz Salgado Pesantes, set. 2003, par. 3 (trad. livre).

A evolução deste conceito proporcionou o surgimento de uma espécie de tratamento distinto, chamado positivo, no sentido de compensação para a proteção das minorias e dos vulneráveis, buscando reforçar seus direitos e garantias, de modo a proporcionar a mesma segurança e arcabouço de proteção que gozam a maioria e os não vulneráveis. Como exemplo estão as normas de especial proteção à infância, aos refugiados ou a determinados grupos étnicos.

Tal distinção positiva, para promoção da igualdade material e garantia do exercício de direitos, encontra-se intrinsecamente ligada também ao princípio da não discriminação negativa por raça, sexo, cor, idioma, religião ou origem social, que deve ser assegurado igualmente, mesmo que em regime de exceção, conforme as Normas da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, a distinção para promoção da igualdade material busca fortalecer o exercício de direitos, diferente do tratamento discriminatório, proibido por princípio convencional, que visa impedir o exercício de direitos por determinados grupos.

Ambos os conceitos, de igualdade substancial e não discriminação no sentido de exclusão de direitos, são diretamente ligados. Conforme explica Isabel Penido de Campos Machado:

Pela finalidade, o princípio da igualdade visa impedir e eliminar todas as formas de discriminação. Por isso, o direito à igualdade e o dever de não discriminação são considerados complementares e correlatos: ambas as faces da mesma moeda.

No plano do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, o panorama não é diferente. Praticamente todos os instrumentos que o compõe adotam o princípio da igualdade e o dever de não discriminação como verdadeiros postulados para a consagração dos direitos neles reconhecidos.

Ainda em sede de sua competência consultiva, no ano de 2002, ao analisar a condição jurídica das crianças, a Corte Interamericana observou que:

(...) em razão das condições em que se encontram as crianças, o tratamento diferenciado que se outorga aos maiores e aos menores de idade não é per se discriminatório, no sentido prescrito pela Convenção. Pelo contrário, serve ao propósito de permitir o cabal exercício dos direitos reconhecidos à criança. Entende-se que, em virtude dos artigos 1.1 e 24 da Convenção, os Estados não podem estabelecer diferenciações que careçam, de uma justificativa objetiva e razoável e que não tenham como objeto único, em definitivo, o exercício dos direitos estabelecidos naquela.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 17/02: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, ago. 2002, par. 54-55.

Com a paradigmática Opinião Consultiva nº 18, a Corte Interamericana estabeleceu definitivamente as dimensões da garantia da igualdade e da não discriminação no atual estágio de evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito regional americano, *Ex vi*:

Na presente Opinião Consultiva se fará uma distinção entre os termos distinção e discriminação. O termo distinção se aplica para o tratamento admissível, em virtude de ser razoável, proporcional e objetivo. A discriminação se utilizará para fazer referência ao inadmissível, por violar os direitos humanos. Portanto, o termo discriminação será utilizado para fazer referência a toda exclusão, restrição ou privilégio que não seja objetivo e razoável, que redunde no detrimento dos direitos humanos.<sup>12</sup>

Foi então que, pela primeira vez, a Corte se pronunciou, em um caso contencioso, a respeito do sentido e alcance do direito à igualdade e do dever de não discriminação.<sup>13</sup> O caso *Yatama vs. Nicarágua*, que versava sobre a discriminação de um grupo político indígena nas eleições no Estado da Nicarágua, seguiu toda a evolução jurisprudencial que havia sido construída na Opinião Consultiva dos migrantes ilegais. A respeito, destaca-se:

A previsão e aplicação de requisitos para o exercício dos direitos políticos não constituem, *per se*, uma restrição indevida aos direitos políticos. Esses direitos não são absolutos e podem estar sujeitos à limitações. Sua regulamentação deve observar os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade em uma sociedade democrática. A observância do princípio da legalidade exige que o Estado defina, de maneira precisa, mediante uma lei, os requisitos para que os cidadãos possam participar de uma campanha eleitoral, e que estipule claramente o procedimento eleitoral anteriormente às eleições. (...) A restrição deve se encontrar prevista em uma lei, não ser discriminatória, se basear em critérios razoáveis, atender a um propósito útil e oportuno que a torne necessária para satisfazer um interesse público imperativo, e ser proporcional a esse objetivo. Quando há várias opções para alcançar esse fim, deve ser escolhida a que restrinja menos o direito protegido e guarde maior proporcionalidade com o propósito que se persegue.<sup>14</sup>

Em seu desfecho, a Corte Interamericana entendeu que a diferenciação concedida ao partido Yatama não era legítima, nem razoável ou objetiva.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinião Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, set. 2003, par. 84 (trad. livre).

<sup>13</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Yatama vs. Nicarágua*, voto concorrente do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, jun. 2005, par. 9.

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicarágua*, jun. 2005, par. 206 (trad. livre).

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicarágua*, jun. 2005, par. 223.

Posteriormente, o *caso das meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana*<sup>16</sup> analisou a prática de restrição discriminatória do direito à nacionalidade de duas crianças nascidas naquele país, mas de ascendência haitiana. A Corte entendeu que, além da condição de pertencer a minoria étnica, o fato das vítimas serem crianças e pertencerem ao gênero feminino, tornavam-nas vulneráveis. No período de 1999 a 2001, o registro de nascimento para as meninas Dilcia Yean e Violeta Bosico, foi negado pelo Estado, fato que culminou na impossibilidade de matrícula das crianças no sistema educacional da República Dominicana. Observou-se que, naquele Estado, existia um contexto de discriminação estrutural à parcela dominico-haitiana da população e que ao registro de nascimento dos filhos de refugiados ou migrantes haitianos eram impostas diversas formalidades extras às comumente exigidas da maioria da população. Tais exigências não advinham diretamente da lei, que, contudo, outorgava discricionariedade ampla aos funcionários encarregados da formalização dos registros públicos para que estes enumerassem os documentos que julgassem necessários para a concessão do registro. Demonstrando a continuidade de sua jurisprudência, a Corte analisou se a diferenciação de tratamento constituía discriminação, através dos critérios da objetividade, legitimidade e razoabilidade.<sup>17</sup>

Em face dos precedentes jurisprudenciais expostos, conclui-se que a legitimidade, a razoabilidade e a objetividade são os principais requisitos para que uma distinção de tratamento seja considerada compatível com a igualdade material. Corroborando este entendimento, o Comitê de Direitos Humanos da ONU destaca que: “(...) nem toda diferenciação de tratamento constituirá uma discriminação, se os critérios para tal diferenciação são razoáveis e objetivos e se perseguirem alcançar um propósito legítimo”<sup>18</sup>.

No mesmo sentido, preleciona Ian Brownlie:

O princípio da igualdade perante a lei permite o tratamento diferenciado com base no gênero ou idade, uma vez que não se baseia na versão mecânica da igualdade. Tal distinção deve ter uma justificativa objetiva, os meios empregados para estabelecer o tratamento diferenciado devem ser proporcionais à justificativa para a diferenciação, e

---

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, set. 2005.

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, set. 2005, par. 166.

<sup>18</sup> Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. *Observación General n.º 18*, par. 13 (trad. livre).



há o ônus da prova para a parte que busca estabelecer uma exceção à regra da igualdade de tratamento.<sup>19</sup>

Salienta-se, contudo, que a análise de tal compatibilidade depende também das circunstâncias do caso concreto e da adequação da medida no contexto histórico e social no qual esta se insere.<sup>20</sup>

O princípio da não discriminação exige do Estado, porém, não apenas abstenções, mas ações positivas de proteção a determinadas minorias e grupos vulneráveis, na promoção de ações afirmativas e direitos diferenciados.

Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

(...) o princípio da igualdade exige, algumas vezes, que os Estados adotem disposições positivas para reduzir ou eliminar as condições que originaram ou facilitaram que se perpetue a discriminação proibida pelo pacto. Por exemplo, em um Estado em que a situação geral de um certo setor de sua população impede ou obstaculiza o desfrute dos direitos humanos por parte da população, o Estado deveria adotar disposições especiais para remediar essa situação. As medidas desse caráter podem chegar até a outorgar, durante certo tempo, ao setor da população, de certo tratamento diferencial em questões concretas em comparação com o resto da população.<sup>21</sup>

Os remédios temporários citados pela Comissão são ações afirmativas, de origem estadunidense, com fim de corrigir denegação de direitos a parcela da população por déficit histórico. Joaquim Barbosa Gomes define ação afirmativa como:

---

<sup>19</sup> BROWNLIE. Principles of public international law, p. 547 (trad. livre). E, ainda: “(...) a regra elaborada pela Corte para estabelecer se um ato é discriminatório é o seguinte. Primeiro é necessário determinar se estamos em face de um suposto fato objetivamente desigual; segundo se deve analisar se a norma ou medida que a gerou persegue fins legítimos, e terceiro, é preciso estabelecer se existe um vínculo de proporcionalidade entre as diferenças estabelecidas pela norma ou medida e seus objetivos.”(KRSTICEVIC. *La igualdad de las mujeres en el Sistema Interamericano*, p. 354 (trad. livre).

<sup>20</sup> A respeito, destaca-se que: “(...) em seu intento de encontrar se houve uma distinção arbitrária no caso concreto, a Corte não pode se omitir dos aspectos jurídicos e fáticos que caracterizam a vida da sociedade no Estado que, como parte contratante, deve responder pela medida em discussão. Ao fazê-lo, não pode assumir o papel das autoridades nacionais competentes, já que perderia de vista a natureza subsidiária da maquinaria internacional de aplicação coletiva estabelecida pela Convenção. As autoridades nacionais são livres para eleger as medidas que considerem nas matérias submetidas à Convenção. A análise da Corte se limita a [verificar] a conformidade de referidas medidas com os requisitos da Convenção”. (Corte Européia de Direitos Humanos, *case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" vs. Belgium*, jul. 1968, par.10, trad. livre.

<sup>21</sup> Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Observación General nº 18, part.8 (trad. Livre)*.

Conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vista ao combate à discriminação racial, de gênero ou origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal e da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais (...)

A Constituição de 1988 determina a ação positiva do Estado quando prescreve medidas de diferenciação das pessoas em determinadas situações, como nos artigos 7º, inciso XX (incentivos para proteção do trabalho da mulher) e artigo 37, inciso VIII (proteção ao trabalho de pessoa portadora de deficiência):

**Art. 7º** - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

**XX** - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

(...)

**Art. 37** - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

**VIII** - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

São exemplos de ações afirmativas regulamentadas em lei no Brasil a cota racial para ingresso no ensino superior, bem como a mencionada política de cotas para deficientes físicos em concursos públicos.

Vale destacar que as ações afirmativas têm caráter temporário, de superação de desvantagens históricas construídas numa sociedade. Diferem dos direitos diferenciados, medida permanente para compensação de vulnerabilidades inerentes, não construídas em sociedade, como, por exemplo, educação inclusiva, saúde e reabilitação a deficientes físicos.

Saliente-se que a determinação de tais ações afirmativas e a eleição de direitos diferenciados devem observar a adequação no contexto histórico e social no qual esta se insere.

Ambos, no entanto, devem ser promovidos pelo Estado, que deve igualmente promover a tutela da violação de direitos humanos.

Existe, em adição, a necessidade de educação dos cidadãos para a proteção dos direitos humanos, não tendo ainda muitas pessoas consciência de serem iguais e sujeitos de direito internacional. É necessária divulgação de tais direitos e de como assegurar sua tutela, porquanto são garantia mínima de dignidade e não discriminação. É preciso romper a barreira da ignorância para promover a justiça de garantir a cada ser humano direitos inerentes à sua condição.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Denota-se, pois, que a partir da segunda guerra mundial, com o estreitamento das relações entre os Estados, tornou-se patente a necessidade de prevenção de conflitos e combate às violações dos direitos humanos. Para tanto, foi criada uma comunidade mundial de nações e elaborados diversos pactos que internacionalizaram a proteção aos direitos humanos. Posteriormente, surgiram sistemas regionais, que, em conjunto com o global, visa reforçar a observância de tais direitos.

Observa-se que os direitos humanos devem ser considerados como um todo indissociável, sob pena de ineficácia. Nota-se também a mudança do caráter dos instrumentos internacionais, de simples enunciativos a vinculantes, e a criação de órgãos especiais de monitoramento, com competência não somente consultiva, mas contenciosa.

O sistema internacional não só se presta a inspirar, mas também a ampliar a proteção interna dos direitos humanos, por meio da retificação de normas internas. Tais modificações no ordenamento interno decorrem tanto da aceitação dos pactos internacionais sobre direitos humanos como da responsabilidade do Estado.

Consequentemente, o sujeito de direitos tem a cidadania ampliada, sendo esta agora internacional, não mais presa às amarras da territorialidade. Os sistemas normativos nacional e internacional de proteção se completam para maior efetividade possível dos direitos humanos reconhecidos.

A tutela dos direitos humanos é igualmente ampliada pela jurisdição internacional, ainda que esta atue de forma subsidiária. A possibilidade de omissão de responsabilidade

estatal é atenuada pela fiscalização internacional. O indivíduo de qualquer nacionalidade, agora também sujeito de direito internacional, pode acionar as instituições internacionais de proteção e monitoramento dos direitos assegurados. No caso brasileiro e dos demais signatários do Pacto de San Jose da Costa Rica, pode-se interpelar a Comissão e, através desta ou do Estado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A intervenção da Comissão e Corte Interamericanas se dá, porém, somente após esgotamento, falha ou omissão da jurisdição interna, incluindo-se a morosidade excessiva e injustificada, revelando a tutela internacional caráter subsidiário.

A eficiência dos órgãos de monitoramento resulta das pressões geradas pela fiscalização internacional, podendo originar sanções econômicas, políticas e militares. A obrigação de reparação e a impossibilidade de retrocesso dos compromissos firmados garantem tutela completa aos direitos humanos.

A extensão dos direitos humanos a TODOS os seres humanos é decorrência principal do princípio da igualdade. Todos os seres humanos são sujeitos dos direitos assegurados pelas normas internacionais, podendo, assim, exigir o cumprimento de tais direitos.

Por outro lado, o direito à igualdade, sob a perspectiva material, não se incompatibiliza *a priori* com a adoção de medidas distintivas, por parte dos Estados e dos demais atores da sociedade. Há de se aplicar tais medidas para garantir o exercício de direitos e não tolhê-los, numa clara diferença entre distinção e discriminação, esta última combatida pelos princípios internacionais.

O Estado tem dever não somente de abstenção, mas de adoção de ações positivas na observância do princípio da não discriminação.

Caso o exercício destes direitos sejam desrespeitados e falho o sistema de justiça interno, todos, enquanto sujeitos de direito, podem acionar os órgãos internacionais de tutela, ainda que a Corte Interamericana seja acionada apenas indiretamente.

## **REFERENCIAS**

BRASIL. Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário oficial [da] República Federativa do Brasil, 9 nov. 1992.

BORGES, Nadine. Damião Ximenes: Primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 66.

CIDH. Caso Simone André Diniz vs. Brasil, petição 12.001. Aprovado pelo Relatório 66/06, em 21/11/2006.

CIDH. Caso Atala Riffo y niñas versus Chile, sentença em 24 de fevereiro de 2012.

CORREIA, L.C. 2005. Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos: o Brasil e o Caso Damião Ximenes . In: LIMA JR, J.B. (Org.). Direitos Humanos Internacionais: perspectiva prática no novo cenário mundial. Recife: Bagaço.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva n.º 18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, set. 2003, par. 83-85.

*DE TARSO, Paulo Lugon Arantes. O caso Simone André Diniz e a luta contra o racismo estrutural no Brasil. In Direito, Estado e Sociedade. N 31, jul/dez 2007, p. 127 a 149.*

*GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 103.*

*MACHADO, Isabel Penido de Campos. O princípio da igualdade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: do tratamento diferenciado ao tratamento discriminatório. In OLIVEIRA, Márcio Luis. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos:*

*Interfaces com o Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, pp. 123 – 144.*

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. Observación General nº 18: no discriminación. New York, CCPR/37, nov. 1989.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cancado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.