

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

DANIELLE FERNANDA DA SILVA

**ANÁLISE DA INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITOS
HUMANOS – ENFOQUE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO**

**CURITIBA
2014**

DANIELLE FERNANDA DA SILVA

**ANÁLISE DA INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITOS
HUMANOS – ENFOQUE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Fernando Antônio Prazeres

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

DANIELLE FERNANDA DA SILVA

ANÁLISE DA INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITOS HUMANOS – ENFOQUE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2014.

DEDICATÓRIA

Aos incentivadores dos meus
sonhos – que sempre me
impulsionam a seguir em frente e
alçar os mais altos voos.

Nos últimos anos, a quantidade e variedade de tributos mascarados de “empréstimos” é tão grande que formam um bloco carnavalesco: “Unidos da Vila Federal”. O Presidente da República e o seu Ministro da Fazenda são os “abre-alas”. O ritmo é dado pelo fêmur dos contribuintes, que também fornecem a pele para as cuícas. O Presidente e seus Ministros lançam ao público os confetes de nossos bolsos vazios e as serpentinas de nossas tripas. No Sambódromo conquistaram, por unanimidade, o prêmio: “Fraude contra o Contribuinte”.

*(Carnaval Tributário - Alfredo Augusto
Becker)*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITOS HUMANOS	11
2.1 Conceitos fundamentais	14
2.1.1 Conceituações pertinentes à matéria de direitos humanos	13
2.1.2 Limitações ao poder de tributar	16
2.2 O Vetor Interpretativo dos Direitos Humanos em face da interdisciplinaridade	20
3 DIREITOS HUMANOS E O BRASIL	20
3.1 Direitos fundamentais x Direitos humanos	21
3.2 Os Tratados de Direitos Humanos no Brasil	22
3.2.1 Alterações Promovidas pela Emenda Constitucional nº45/2004	24
3.2.2 Interpretação do Supremo Tribunal Federal	26
4 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	27
4.1 Organização dos Estados Americanos – OEA	27
4.2 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem	29
4.3 Convenção Americana de Direitos Humanos	30
4.4 Comissão Interamericana de Direitos Humanos	33
4.5 Corte Interamericana de Direitos Humanos	36
4.5.1 Jurisdição consultiva e contenciosa	38
4.5.2 Incorporação das decisões no plano interno	43
5 PREVISÃO DE NORMA DE ALCANCE TRIBUTÁRIO NO SISTEMA INTERAMERICANO	44
5.1 Aspectos práticos	47
5.2 Uma questão de justiça fiscal?	49
6 CONCLUSÃO	50

RESUMO

O presente trabalho monográfico aborda a confluência existente entre o campo de estudo do direito tributário e a área de atuação dos direitos humanos, em especial a previsão de normas de alcance tributário na Convenção Americana (Pacto de San José da Costa Rica). A partir disso visa investigar a implicação no plano interno do dispositivo constante no tratado internacional, bem como a possibilidade de arguição de cunho tributário perante os órgãos do sistema interamericano. Pretende, ainda, discorrer acerca de eventual internalização de decisão nesse sentido. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, mediante levantamento bibliográfico e conceitual e aferição do necessário apanhado teórico, tanto na esfera tributária, quanto na de direitos humanos – suas evoluções e caracterizações como objeto da justicialização internacional e manifestações atuais, em especial no plano interno brasileiro. Assim, trabalhando com aspectos fundamentais do tema pertinente, partir-se-á das conceituações gerais para as específicas.

Palavras-chave: direito tributário; direitos humanos; interdisciplinaridade; sistema interamericano.

1 INTRODUÇÃO

A área de pesquisa acadêmico-jurídica influenciada pela conjugação entre Direitos Humanos e Direito Tributário é de ampla vastidão e envolve inúmeros conceitos ligados às recentes concepções de cidadania (que passaram a possuir aspecto e amplitude diversas, conforme assinalam as doutrinas progressistas)¹, perpassando também a análise de conceituações principiológicas, normas pertinentes ao Direito Público e ao Direito Internacional (em especial do Direito Internacional dos Direitos Humanos), além de diversos dispositivos específicos dos campos de estudo seccionados. Em linhas gerais, é matéria de alta densidade e difícil delimitação, cujo nível de produção bibliográfica especializada, a despeito da relevância das questões envolvidas, ainda é reduzido.

Nas palavras de Henrique Napoleão Alves:

(...) à míngua do protagonismo exercido pelas normas de direitos humanos no Direito brasileiro, os tratados são pouco ou nada examinado nos cursos jurídicos pelo país e, na mesma direção, há uma lacuna enorme na doutrina ou literatura jurídica especializada nacional acerca da hermenêutica desses direitos e da sua relação com as demais normas e instrumentos que compõem o direito brasileiro. Isso naturalmente se reflete no direito tributário, carente que é de estudos a respeito da influência das normas de direitos humanos sobre a tributação e a destinação da arrecadação estatal.²

Diante disso, a fim de fomentar o debate acerca de assunto de rigorosa importância – especialmente diante da efervescente situação de [crise democrática] de cidadania que o país enfrenta (conforme demonstrado, por exemplo, pela massa de protestos ocorrida desde o ano passado) –, pretende-se com este trabalho (ainda que de maneira tímida) perquirir sobre o tratamento e previsão de norma de alcance tributário no sistema interamericano de direitos humanos, com enfoque para o reconhecimento e elevação de direitos do contribuinte como integrante do rol de

¹ “Cidadania [...] qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas conseqüências (...)” in SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 345-346.

² ALVES, Henrique Napoleão. Direitos humanos, direito tributário e política fiscal: descrição da experiência dos órgãos das Nações Unidas – reflexões para o Brasil. Disponível em <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/856.pdf>> Acesso em: 18 mai. 2014. Em referido artigo o autor realiza levantamento inovador a respeito de pareceres de natureza fiscal proferidos pelos órgãos da ONU – Organização das Nações Unidas –, e que resguardam correlação com o âmbito dos direitos humanos, tutelados internacionalmente pelo órgão.

direitos tutelados sob referida rubrica, analisando, ainda, eventuais implicações dessa situação.

Este último aspecto possui dois desdobramentos – um de cunho mais pragmático e outro que surge como provocação, de saliente teor acadêmico – uma vez que se destina a verificar, primeiramente, a possibilidade de arguição e análise de matéria tributária perante os órgãos internacionais de proteção estabelecidos no sistema americano; e, em um segundo momento, pretende ponderar se a questão não possui correlação com o espectro de consequências oriundos da reflexão acerca da busca pela “justiça fiscal”.

Para que reste claro o limite e o objeto do trabalho ora em questão, incumbe ressaltar que não será realizada análise direta sobre a matéria dita “Direito Tributário Internacional”, visto que o que se ambiciona não diz respeito à avaliação de “situações internacionais (*cross-border situations*), ou seja, situações da vida que têm contato, por qualquer de seus elementos, com mais do que uma ordem jurídica dotada do poder de tributar”³.

Com efeito, a apreciação então realizada aborda apenas o poder de tributar exercido no âmbito nacional brasileiro, com suas regras e princípios específicos no que diz respeito às limitações (ainda que tratados de maneira pontual, visto que não se pretende realizar construção rigorosamente didática nesse aspecto – que não é o principal a ser ora analisado), examinando a possibilidade de que referido poder seja revisitado perante órgãos internacionais do bloco americano ou mesmo relativizado, com vistas aos limitadores incluídos no rol de direitos humanos.

Em sendo assim, a análise pertinente à previsão de norma com pretensão alcance fiscal no plano de proteção regionalizado do continente americano e, via de consequência, no Brasil, leva em consideração, necessariamente, os conceitos abalizados pela doutrina especializada e traz os fundamentos para compreensão do sistema regional de proteção aos direitos humanos.

Nesse sentido, na presente monografia, por questões metodológicas, seguiu-se o seguinte roteiro: 1) abordagem da interdisciplinaridade entre Direito Tributário e Direitos Humanos, com explanação acerca dos fundamentos teóricos necessários para compreensão acerca do tema; 2) análise sobre a questão de Direitos Humanos no Brasil; 3) estudos pertinentes ao sistema interamericano; e 4) a análise da

³ XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil, 6ª ed., atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 3.

previsão de norma de alcance fiscal no sistema interamericano, com considerações sobre suas implicações. Por fim, conforme preceitua a melhor metodologia, elaborou-se a conclusão final do trabalho.

Informa-se que o método utilizado no presente estudo foi o dedutivo. Partindo, inicialmente, de aspectos amplos, foram levantadas, de maneira progressiva, questões mais específicas, que pudessem cumprir o objetivo principal do trabalho, qual seja, verificar a intersecção entre direito tributário e direitos humanos, com especial enfoque no sistema interamericano de direitos humanos.

Por fim, menciona-se que a técnica predominante foi a de revisão de material bibliográfico, contando com a análise de obras nacionais e estrangeiras (em meio físico e eletrônico – tendo em vista a expansão de artigos e revistas *online*).

Afora o material bibliográfico também foi realizada análise da base de dados dos documentos consultivos e jurisprudenciais proferidos pela Comissão Americana e pela Corte Interamericana e outros órgãos do sistema regional⁴. Destaca-se aqui a submissão das petições 644/2005, endereçada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por diversos órgãos que representam os servidores públicos inativos e pensionistas e a 989/2004, apresentada por meio de requerimento do Presidente do Sindicato dos Médicos do Distrito Federal. Ambas pretenderam abordar aspecto fiscal perante o órgão do sistema interamericano, no que diz respeito ao julgamento de demanda e limitação do poder de tributar (aspecto que é considerado ponto fulcral desta monografia), conforme será adiante demonstrado.

Com a devida obtenção do apanhado teórico necessário, procurou-se dar respostas e fornecer soluções às questões aventadas (sempre tendo em vista a concretização do objetivo de análise), ressaltando-se, por fim, o caráter complexo e dinâmico do objeto da pesquisa e a importância do latente campo interdisciplinar entre a matéria de direitos humanos e a seara tributária.

⁴ Busca de documentos disponível no sítio eletrônico da OEA, referente ao repositório atualizado de documentos do sistema interamericano: <<https://www.apps.oas.org/publicsearch/default.asp>>. Acesso em 20 mai. 2014.

2 A INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITOS HUMANOS

A área de interesse comum entre o saber jurídico pertinente ao direito tributário e o pertinente aos direitos humanos passou a ter delineamentos mais recentes, por força da evolução das relações públicas, bem como diante de diversos aspectos que envolvem a abrangência do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Conforme anuncia José Souto Maior Borges:

Os vínculos entre a tributação e os direitos humanos não se manifestam ao primeiro e superficial exame exegético. Mas se ocultam nas dobras do ordenamento constitucional brasileiro, ao longo dos princípios e normas que o integram.⁵

Assim sendo, para a análise dos conceitos fundamentais de natureza constitucional e tributária que vigem a relação ora em análise serão considerados como merecedores de explanação (no restrito espectro pretendido por este trabalho), diversas disposições normativas que relacionam restrições e orientam o poder de tributar estatal, dentre eles os princípios constitucionais da justiça, da igualdade, da capacidade contributiva e do não confisco, bem como a interpretação do que dispõe o art. 5º, §2º do texto constitucional de 88, ao preceituar que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”⁶

Nesse particular incumbe ser feita também uma análise reflexa do princípio da soberania (cuja explanação é valorizada em se tratando de análise que envolve aspectos de caráter internacional, qual seja o sistema regional americano de direitos humanos).

No que diz respeito à construção dos conceitos basilares para a compreensão na área de direitos humanos, faz-se breve apanhado histórico e digressões acerca dos fundamentos pertinentes, assinalando uma superação da pretensa dicotomia

⁵ BORGES, José Souto Maior. Direitos Humanos e Tributação. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 40, p. 189, set.- out. 2001.

⁶ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2014.

direitos humanos x direitos fundamentais, a fim de lançar fundamento que possibilite uma maior compreensão a respeito do objetivo geral do capítulo.

2.1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Nesse aspecto incumbe realizar, inicialmente, breve digressão teórica acerca do que irá se considerar como princípio, realizando sua diferenciação de regras, bem como acerca da acepção do vocábulo “norma”.

A doutrina em muito se ocupou a respeito das diferenciações acima abordadas, havendo inúmeras vertentes de análise, conforme aponta Humberto Ávila em seu livro *Teoria dos Princípios*: “Vários são os autores que propuseram definições normativas, dentre as quais algumas tiveram grande repercussão doutrinária.”⁷. A evolução conceitual supracitada vai de Josef Esser, Karl Lorenz, Claus-Wilhelm Canaris (estes três apontando critérios “fracos” de distinções), a Ronald Dworkin e Robert Alexy⁸ (a respeito dos quais a doutrina costumeiramente aborda terem trazido critérios de diferenciação “fortes”).

Assim sendo

a distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem* já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.⁹ (destaques do original)

Referidos critérios diferenciadores, portanto, serão os balizadores da utilização dos termos “princípio”, “regra” e “norma” no presente trabalho, ressaltando que o vocábulo “norma” vem ao encontro da concepção (bastante simplista, reconhece-se) de utilização como substantivo de gênero, enquanto que “princípio” e

⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2012, 13ª ed., p. 38.

⁸ *Ibid.* pp. 39-42.

⁹ *Ibid.* pp. 42-43.

“regra” seriam espécies decorrentes do gênero acima (“as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como de regras”¹⁰).

Delimitadas as questões conceituais basilares, passa-se agora à análise interseccionada de caráter constitucional-tributário e de direitos humanos.

2.1.1 Conceituações pertinentes à matéria de direitos humanos

Em linhas gerais, traçando um norte para o trabalho, os direitos humanos podem ser considerados, conforme dizeres de Flávia Piovezan¹¹, como “uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana.”

O reconhecimento dos ditos “direitos humanos” passou por diversas fases e sua evolução pode ser considerada mesmo intrínseca à própria evolução humana. De acordo com Norberto Bobbio¹²

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Com efeito, “o processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção em 1948 das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos”¹³, as quais têm como pano de fundo o nascimento da ONU e a temática dos direitos humanos em nível universal, trazidos com o intuito de evitar a repetição das barbáries cometidas ao longo da Segunda Guerra Mundial¹⁴.

Muito embora a matéria relativa à evolução dos direitos seja de vital importância, representada pela evolução trazida com os direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensão, o presente trabalho não pretende delongar-se neste aspecto, cingindo sua análise, neste momento, a breves considerações acerca

¹⁰ MARTSUNG, Alencar. O sistema jurídico: normas, regras e princípios. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15037-15038-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2014.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. Disponível em <<http://www.usp.br/revistausp/69/04-flavia.pdf>>. Acesso em 21 mai. 2014.

¹² BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. São Paulo: Campus, 2004. p. 37.

¹³ TRINDADE, Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 23.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.229.

do fundamento teórico necessário para compreensão do tema que será adiante esmiuçado.

Dito isso, ao passar dos anos, houve maior difusão e mesmo certa concretização dos direitos tidos como iniciais (direitos civis e políticos, direitos à liberdade – exemplos de componentes da primeira geração), situação a partir da qual, de acordo com as vicissitudes humanas, novos direitos foram acrescidos e reconhecidos como pertinentes à normativa dos “Direitos Humanos” – incluídos no amplo espectro de proteção que a dignidade da pessoa humana abarca, a exemplo do direito ao desenvolvimento¹⁵. E é justamente neste aspecto que se vislumbra a inserção e interpenetração dos direitos humanos nas mais diversas áreas – inclusive na seara fiscal e tributária (como não poderia deixar de ser, uma vez que estas não estão, de forma alguma, dissociadas do contexto jurídico sociológico).

Assim sendo, conforme narrado anteriormente, a despeito da intersecção entre Direito Tributário e Direitos Humanos não ser de imediata apreensão, em uma análise inicial do texto constitucional, retira-se que, dentre os princípios de regência das relações internacionais da República Federativa do Brasil, está contemplada, conforme a previsão do art. 4º, inciso II, a “prevalência dos direitos humanos”.

Apesar de referido dispositivo aparecer como norteador de relações exteriores, considerando-se uma análise abrangente (sistemática) do texto constitucional, verifica-se que referido dispositivo traz, intrinsecamente, o sentido de “densidade normativa assecuratória da prevalência dos direitos humanos”¹⁶.

Por fim, para a consecução do presente estudo, na esfera constitucional – e relacionando-se de maneira mais específica com as discussões que se pretende travar no desenvolvimento deste trabalho –, verifica-se que o art. 5º, §2º do texto constitucional obtempera que

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Referido dispositivo é objeto de diversos debates e mesmo de posições acirradas a respeito da possibilidade (ou não) de que o ordenamento nacional possa

¹⁵ TRINDADE, Caçado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 138.

¹⁶ BORGES, José Souto Maior. Direitos Humanos e Tributação. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 40, p. 189, set.- out. 2001.

ser relativizado por força de elementos externos, havendo que, hipoteticamente, primar-se pela soberania nacional.

Conforme Cançado Trindade¹⁷, é uma posição insustentável e absurda no campo da proteção internacional dos direitos humanos a análise da questão sob prisma que ignore a evolução de conceitos.

Segundo o autor, tal arranjo é adotado em razão de um exacerbado apego a argumentos ligados à soberania nacional, à rigidez constitucional e ao princípio da supremacia da constituição, que, em verdade, não prosperam uma vez que a soberania estatal é exercida também quando da ratificação de tratados, e aceitação destes como forma de tutelar os direitos a serem resguardados pelo Estado. Segundo afirma o doutrinador, as assinaturas dos tratados internacionais são, por si próprias, um patente exercício da soberania.

Da mesma forma o entendimento do ex Ministro do STF, Carlos Mário da Silva Veloso¹⁸, o qual afirma que

são três as vertentes, na Constituição da República, dos direitos e garantias: a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil (Constituição Federal, art. 5º, § 2º)

O emprego de tal interpretação harmoniza-se

com a racionalidade e teleologia constitucional orientada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade das normas definidoras de direitos. Ainda, pactuante com o entendimento que diz que a uma hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o contrário^{19,20}.

Com efeito, os tratados internacionais relativos a direitos humanos representam um aumento no universo dos direitos consagrados no plano nacional, considerando que podem reforçar a imperatividade dos instrumentos internos que os

¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Brasil. Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 73.

¹⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva . O Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal . Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 229, p. 5-25, jul./set.. 2002, p. 20.

¹⁹ SILVA, Jailson Vitor Barros. KOZICKI, Katya. Tratados Internacionais De Direitos Humanos: reflexões sobre sua hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro. In: XIX SEMIC, 20 p. 2014. Curitiba: Associação Paranaense de Cultura, 2011, v. único., p. 12.

²⁰ TRINDADE apud AGGELEN, J, 2008. Disponível em: <<http://revistas.ucg.br/index.php/estudos/article/view/684/523>>. Acesso em 10 out. 2014.

salvaguardam ou mesmo por adicionar novos direitos ou suspender determinadas normas que não se coadunam com a máxima proteção dos direitos humanos.

Sob quaisquer dessas formas os tratados aumentam o leque protetivo de direitos, sem, jamais, poderem restringir os direitos já resguardados no plano interno “estando em total conformidade com os princípios federativos do Brasil”²¹.

Estabelecidas referidas premissas, passa-se à análise do aspecto que pode ser considerado como o mais nítido em que os direitos humanos encontram o direito tributário: a limitação ao poder de tributar.

2.1.2 Limitações ao poder de tributar do Estado

A partir da condição humana de organização perante um ente estatal, que passou a redigir e ditar as normas de direito positivo vigentes, surgiu também a atividade financeira do Estado. Afora o aspecto econômico explorado pelo Estado (que não constituirá objeto de análise do trabalho que se pretende realizar), observa-se que é a atividade de origem tributária que surge como o principal aporte para que o Estado possa atingir as atividades que lhe incumbem.

Referida tributação e a carga tributária, entretanto, não podem servir como um entrave para o desenvolvimento da atividade financeira e do desenvolvimento social. Segundo narra Hugo de Brito Machado²², no entanto, “No Brasil, infelizmente, isto vem acontecendo. Nossos tributos, além de serem muitos, são calculados mediante alíquotas elevadas.”

A fim de balizar e regular a relação entre o que se pode denominar de “sanha arrecadatória do Estado” – que, por vezes, realiza arrecadação desmedida e desproporcional em relação à atuação – e o contribuinte, surgem determinados princípios, que devem nortear o relacionamento entre os entes envolvidos na atividade (Estado – contribuinte), estabelecendo uma generalidade para a conduta e a incidência, inclusive porque, tão relevante quanto a instituição de tributo (a fim de garantir a realização de serviços públicos), é a imposição de limites para esta atividade – e é neste aspecto específico que este trabalho pretende apontar as intersecções entre Direitos Humanos e Direito Tributário.

²¹ MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha. Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: Aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro, 2009, p. 61

²² MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 30.

Dito isso, passa-se para a construção de demais acepções que sejam relevantes para a formatação deste trabalho, levando-se em conta que “há muitos princípios constitucionais gerais, válidos para a plenitude do ordenamento e, por isso, influenciando, decisivamente, no setor dos fenômenos jurídico-tributários”²³, em consonância com as disposições primordiais dos direitos humanos.

Nesse aspecto, Aliomar Baleeiro assevera que²⁴

A Carta Fundamental brasileira, ao contrário da alemã, estabelece as bases em que se assenta o Estado Democrático de Direito, fixando-lhe metas de justiça e igualdade social e, coerentemente, faz repercutir o princípio no capítulo do Sistema Tributário. Pessoalidade, seletividade, extrafiscalidade progressividade são princípios que espelham a busca da maior justiça tributária”

Seguindo a ordem estabelecida no trabalho do doutrinador supracitado, tem-se que:

O princípio da justiça é uma diretriz suprema. Na sua implicitude, penetra de tal modo as unidades normativas do ordenamento que todos o proclamam, fazendo dele até um lugar comum [...]. Os sistemas jurídicos dos povos civilizados projetam-no para figurar no subsolo de todos os preceitos, seja qual for a porção da conduta a ser disciplinada.²⁵

A idéia de justiça é abarcada pelas conceituações de Direitos Humanos, sendo uma construção intrínseca ao conceito de dignidade da pessoa humana. Não se pode conceber dignidade sem justiça (e a recíproca também pode ser considerada válida). Desta forma, portanto, a justiça – como diretriz suprema e balizadora também das atividades tributárias estatais – é perfeitamente ladeada pelo escopo protetivo dos direitos humanos – não se podendo dissociar estes aspectos entre si.

Ainda na formação basilar para a construção jurídico-tributária, o princípio da igualdade (ou isonomia) é verdadeiro corolário de todo o ordenamento jurídico e, portanto, das relações sociais e jurídicas, possuindo intrínseca ligação com as afirmações de justiça (citada anteriormente) e equidade.

Insculpido na Constituição Federal, dispõe o art. 5º, *caput*, que:

²³ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 197-198.

²⁴ BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 8ª ed (atualização de Misabel Derzi). Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 9.

²⁵ Id.

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.²⁶

A partir desse princípio, que transportado para a esfera tributária traz em seu significado o sentido de isonomia jurídica (e, claro, especificamente tributária), tem-se que haverá “garantia de tratamento uniforme, pela entidade tributante, de quantos se encontrem em *condições iguais*”²⁷ - grifamos. Ora, observa-se desde já que o “princípio tributário da isonomia, acolhido em nosso sistema, tem nítida inspiração nos Direitos Humanos”²⁸.

Veja-se:

A lei tributária deve ser igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade. Melhor expondo, quem está na mesma situação jurídica deve receber o mesmo tratamento tributário. Será inconstitucional – por burla ao princípio republicano e ao da isonomia – a lei tributária que selecione pessoas, para submetê-las a regras peculiares, que não alcançam outras, ocupantes de idênticas posições jurídicas.²⁹

Tanto é assim que a Convenção Americana (Pacto de San José da Costa Rica) aborda, logo em seu art. 1º, a ausência de qualquer discriminação – colocando as pessoas em posição de igualdade entre si:

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

De essencial importância para assinalar restrição ao poder de tributar – com intrínseca conexão com os direitos humanos, há a noção de capacidade contributiva – de natureza essencialmente isonômica. De maneira bastante simplista ante o caráter extraordinário que possui o princípio da capacidade contributiva, ele pode ser

²⁶ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2014.

²⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43.

²⁸ MENEZES, Márcio. Cidadania, Tributação e Direitos Humanos. Brasília: ESAF, 2011, p. 49.

²⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 77.

considerado como, literalmente afirma sua denominação: a capacidade (como possibilidade) de que o contribuinte possa ser parte como sujeito passivo na relação tributária. Referida conceituação é de todo complicada, uma vez que a vastidão nele inserida seria, inclusive, não passível de normatização.

Nos dizeres de Alfredo Augusto Becker, em sua seminal obra, Teoria Geral do Direito Tributário:

Antiquíssimo é o princípio de cada indivíduo contribuir para as despesas da coletividade, em razão da sua força econômica. [...] Este princípio se origina, em suas linhas essenciais, do ideal de justiça distributiva formulado pelos filósofos gregos [...]. A origem histórica do princípio da capacidade contributiva, bem como a fertilíssima proliferação de teorias, cada uma sustentando uma especial visão do problema [...] são dois fatos que denunciam a natureza essencialmente *jusnaturalista* do princípio da capacidade contributiva. [...] Em síntese: o princípio da tributação da capacidade contributiva é uma *genuína regra de Direito Natural* [...]. A velhice do princípio e a ambigüidade da locução “capacidade contributiva” mergulharam filósofos, financistas e juristas em alucinante balbúrdia e para que a confusão ficasse total, as modernas constituições canonizaram o princípio da capacidade contributiva, convertendo-o em *regra constitucional*, do Estado. É a constitucionalização do equívoco. (...) ³⁰ – destaques constantes no original.

Afora a discussão acerca do que o autor considera como um equívoco, verifica-se que mesmo a origem da noção de capacidade contributiva resguarda correlação com a formação *jusnaturalista* em comum com os direitos humanos.

Por fim, incumbe realizar breve explanação acerca do princípio de não confisco, o qual possui previsão expressa na Constituição Federal, no art. 150, inciso IV, explicitando que o poder de tributar não pode se sobrepor de maneira a travancar as atividades econômicas, inviabilizando-as.

De acordo com Hugo de Brito Machado:

cabe ao Judiciário dizer quando um tributo é confiscatório. A regra constitucional, no mínimo, deu ao Judiciário mais um instrumento de controle da voracidade fiscal do Governo, cuja utilidade certamente fica a depender de provocação dos interessados e da independência e coragem dos magistrados, especialmente os que integram o Supremo Tribunal Federal ³¹.

Feitas as construções acima, já se pode verificar que:

³⁰ BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. pp 513-518.

³¹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 48.

os princípios maiores do Direito Tributário decorrem dos princípios estruturantes [...] dos Direitos Humanos, e revelam-se como poderoso instrumento de limitações ao poder de tributar do Estado. A complementariedade demonstrada nos autoriza afirmar, sem medo de errar, que os Direitos Humanos e Fundamentais podem servir sim de parâmetros seguros para que o Estado realize sua atividade tributária (...).³²

Dito isso, passa-se para o fechamento conclusivo deste capítulo, no sentido de que os direitos humanos passam a ser utilizados como base fundamental para a aplicação de outras áreas de saberes jurídicos.

2.2 O VETOR INTERPRETATIVO DOS DIREITOS HUMANOS EM FACE DA INTERDISCIPLINARIDADE

Conforme abordado pelos tópicos anteriores deste trabalho, os direitos humanos possuem reflexos, desdobramentos e mesmo influência direta sobre os mais diversos aspectos da ciência jurídica

Assim sendo, com a evolução dos direitos humanos³³, em termos conceituais e práticos, no sentido de afirmação, e diante da necessidade de lhes atribuir sempre maior penetração, abrangência (e até eficácia), também uma nova linha hermenêutica passou a ser necessária: conforme a demanda dos cidadãos, impende que seja atribuída maior importância às normativas que consagram os direitos humanos, sendo que as demais disposições devem ser interpretadas à luz de seus princípios.

É nesse contexto que se insere o presente trabalho: na Ciência Jurídica o Direito Tributário é considerado, sem sombra de dúvidas, como um ramo complexo, extenso e mesmo com características autorreferenciáveis, possuindo diversas disposições que regulam as relações por ele disciplinadas. Ainda assim, entretanto, sua análise e interpretação deverá ser feita de acordo com uma ótica de maior amplitude: em observância às supradisposições de caráter garantista e que remetam à dignidade da pessoa humana – a exemplo dos tratados de direitos humanos, aqui

³² MENEZES, Márcio. Cidadania, Tributação e Direitos Humanos. Brasília: ESAF, 2011, p. 49.

³³ A respeito da possível dicotomização “direitos humanos x direitos fundamentais”, explica-se que estes são previstos na normativa interna – a exemplo da Constituição Federal/88, ao passo que, aqueles possuem previsão no plano internacional, inexistindo, portanto, uma diferenciação material entre eles, mas sim de acordo com sua previsão – interna ou internacional.

inseridos os diplomas regentes do sistema interamericano, bem como suas disposições.

Para uma análise mais profunda acerca da previsão de norma com eventual caráter fiscal no sistema interamericano, analisando sua aceitação, aplicabilidade e desdobramentos, passa-se à análise do tratamento positivo dado aos direitos humanos no âmbito nacional.

3 DIREITOS HUMANOS E O BRASIL

No período pós-guerra o quadro político latino-americano vigente (também no mundo, representado pela polarização mundial advinda da Guerra Fria), trazia como características gerais a instauração de regimes ditatoriais militares, governos pró-libertação, movimentos reformistas, revolucionários, guerrilheiros e consequentes conflitos com a ordem vigente, resultando na relevação e mesmo negação dos direitos humanos.

Exemplo disso foram as violentas ditaduras militares no Brasil, Argentina, Uruguai e Chile, os sucessivos conflitos agrários no México, as crises e movimentos reformistas na América Central. Assim, o processo de efetivação dos direitos humanos na América Latina somente pôde ser retomado com a redemocratização a partir do final da década 70 e começo da década de 80³⁴.

Em âmbito nacional, foi somente com o processo de abertura democrática – com as eleições diretas e com o advento da Constituição Federal de 1988 que se iniciou a internalização de direitos humanos no Brasil. Um regime político ditatorial atroz mostrava-se incompatível com a promoção dos direitos humanos, motivo pelo qual, a ratificação de instrumentos internacionais de proteção passou a se desenvolver intensamente no período de abertura de cunho democrático.

Exemplos da referida incompatibilidade são a assinatura do Pacto de San José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, com ratificação tardia que foi realizada sem o reconhecimento de competência da Corte (realizado somente em 1998); a ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura apenas em 1989 (após decorridos 4 anos de sua edição).

³⁴ A redemocratização teve, ainda assim, algumas baixas, a exemplo do fechamento do Congresso Nacional no Peru em 1992

Atualmente, o Brasil é signatário de grande parte dos tratados internacionais (globais e regionais) de direitos humanos³⁵, motivo pelo qual, para que se possa cumprir a análise pretendida por este trabalho, importa analisar a forma com que a incorporação destes é operada no ordenamento pátrio.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS X DIREITOS HUMANOS

A respeito da possível dicotomização “direitos humanos x direitos fundamentais”, explica-se que estes são previstos na normativa interna – a exemplo da Constituição Federal/88, ao passo que, aqueles possuem previsão no plano internacional, inexistindo, portanto, uma distinção material entre eles, mas sim uma diferenciação em conformidade com sua previsão – interna ou internacional.

Nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli³⁶:

Ora, se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5.º, § 2.º), é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil “se incluam” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu “bloco de constitucionalidade.

Superada esta questão, volta-se à análise do tratamento concedido aos tratados de direitos humanos no país.

3.2 OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Conforme visto, o Brasil adotou diversas medidas favoráveis e de fomento aos direitos humanos, incorporando instrumentos internacionais cujo escopo é a proteção

³⁵ ALVES, José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos direitos humanos. São Paulo: FTD, 1997, p. 286.

³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia Constitucional e Incorporação Automática dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_21/artigos/art_valerio.htm>. Acesso em 25 mai. 2014.

dos direitos humanos³⁷, inclusive como uma consequência do processo de democratização interna³⁸.

A esfera protetiva nacional é alçada a um importante grau com a inserção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II) na Constituição de 1988, como princípios da República Federativa do Brasil³⁹, sendo que a redação do artigo 4º, II da Constituição Federal insinua a supremacia dos direitos humanos sobre quaisquer normas⁴⁰ – conforme abordado anteriormente neste trabalho.

As marcantes inovações trazidas pelo texto constitucional de 1988 que, especialmente, traduzem o primado da prevalência dos direitos humanos como princípio orientador das relações internacionais⁴¹, demonstram que a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil possuem um caráter diferenciado em relação aos demais: o de cunho constitucional, o que significa dizer que os direitos resguardados pelos tratados internacionais integram o rol dos direitos constitucionalmente consagrados. Assim, justifica-se que o entendimento doutrinário perfilhado seja aquele pela atribuição de cunho constitucional aos tratados internacionais.

Por certo que a internalização de direitos humanos assegurados em instrumentos internacionais pressupõe a ratificação dos tratados que os implementam pelo Estado brasileiro.

Basicamente, a ratificação inicia-se com as tratativas e negociações preliminares, a assinatura pelo Executivo é um “*aceite precário e provisório*”⁴², posteriormente a matéria será apreciada pelo Poder Legislativo e, caso pertinente, aceita. Com esta aprovação, a matéria segue para a ratificação final pelo Poder Executivo, ato que surte efeitos no plano interno e, destacadamente, no plano internacional, como verdadeira obrigação perante a comunidade externa.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Saraiva, 2010, p. 294.

³⁸ Ibid., p. 293.

³⁹ MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha. Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: Aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro, 2009, p. 94.

⁴⁰ COMPARATO, Fábio. Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. Editora Saraiva, 2001, p. 282, p. 282.

⁴¹ COMPARATO, Fábio. Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. Editora Saraiva, 2001, p. 282.

⁴² Ibid., p. 47

Esta obrigação, ao recepcionar um tratado internacional faz com que o Estado possa também ser monitorado internacionalmente no que diz respeito ao “controle e fiscalização da comunidade internacional”⁴³ caso haja violação aos direitos que o Estado garantiu resguardar e que foram desrespeitados em virtude de uma atuação faltosa ou omissa. A ação internacional surge como uma ação suplementar, visando dar maior garantia à proteção almejada⁴⁴. Tal situação, no sentido de assegurar maior proteção aos indivíduos, assinala positivamente o respeito ao princípio da primazia da pessoa humana, que enuncia que sempre será aplicada a disposição que for mais favorável ao indivíduo.

Muito embora o princípio de primazia da pessoa humana aparente ser uma razoável solução para as questões envolvendo a incorporação de tratados, sendo o caso de aplicação das mais diversas regras hermenêuticas e levando em conta e inexatidão do Direito, a verdade é que a situação possui complicados meandros, especialmente porque o Supremo Tribunal Federal – a quem é conferida a última palavra sobre interpretação constitucional – não possui jurisprudência pacífica sobre o tema.

A complexidade da questão, entre outros fatores, possui maior relevo em razão das duas doutrinas acerca do tema: a dualista e a monista. Em breves linhas, conforme assevera Mariana Picanço de Almeida:

(...) o monismo é a possibilidade de aplicação direta e automática, pelos agentes do Poder estatal, das normas de Direito Internacional. No entanto, uma postura dualista exigiria uma transformação do Direito Internacional em Direito Interno, por meio de norma legislativa interna, a qual teria de incorporar as regras trazidas pelo instrumento internacional. Dessa forma, o Direito Internacional não teria, necessariamente, nenhuma relação com o direito nacional de um Estado, que só poderia invocá-lo após a incorporação da norma internacional.⁴⁵

Nesse sentido, a doutrina conclui que o direito brasileiro opta por um sistema misto, onde se aplica uma sistemática automática aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, ao passo que para os demais, as outras disposições

⁴³ Ibid, p. 111

⁴⁴ MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha. Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: Aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro, 2009, pp. 54-55.

⁴⁵ MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha. Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: Aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro, 2009, p. 56.

carecem de “incorporação legislativa” com a edição de um ato legal interno para sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio⁴⁶. Tal se justifica uma vez que o art. 50, § 1º da Constituição Federal é classificado como de aplicação imediata⁴⁷.

Conquanto tal interpretação seja referendada pela maioria doutrinária e se mostre como a mais adequada ao caso, o STF não a agasalhou por completo em seus posicionamentos, motivo pelo qual o legislativo precisou desempenhar seu papel na resolução do dilema com a sensata edição do parágrafo 3º ao art. 5º da Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004.

A partir disso, incumbe então realizar a análise da questão sob três enfoques principais: o período anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004, as alterações por promovidas com a alteração constitucional e o período posterior, bem como o entendimento interpretativo do STF acerca da questão.

3.2.1 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

A análise de recepção dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil no período anterior e no período posterior à Emenda nº 45/04 tem como pressuposto a atenção especial dispensada aos tratados internacionais de direitos humanos em relação aos demais.

Conforme o texto da referida Emenda (Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”), que acrescentou o parágrafo terceiro ao art. 5º, os tratados cuja matéria refira-se a direitos humanos podem ser alçados ao nível de Emenda Constitucional.

No entendimento de Celso Lafer

o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente.

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Saraiva, 2010, p. 62.

⁴⁷ Art. 50, § 1º, CF/88 - Os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério.

Diante disso surge importante questão sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil tanto no período anterior à emenda 45/2004 quanto no período posterior.

Referida análise deve ser pautada pelo princípio da primazia da pessoa humana. Nas palavras de Flávia Piovesan⁴⁸:

o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”. Como salienta Lafer⁴⁹, tanto pela “relevância hierárquica no sistema constitucional [ocupada por esses direitos protegidos por cláusulas pétreas] quanto pelo fato de numa democracia, que se baseia na perspectiva “ex parte populi” a ação de interpretar os direitos e garantias fundamentais deve partir da compreensão de que os direitos são os legitimadores do sistema.

Assim, considerando que a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF/88) foram alçadas constitucionalmente ao status de princípios da República Federativa do Brasil⁵⁰, bem como pela norma insculpida no § 2º⁵¹ do art. 5º da CF, pode-se afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem hierarquia constitucional, independentemente de ratificação em período anterior ou posterior à EC nº 45/2004 – conforme já expresso em tópico anterior.

Com efeito, os tratados internacionais relativos a direitos humanos representam um aumento no universo dos direitos consagrados no plano nacional, considerando que podem reforçar a imperatividade dos instrumentos internos que os salvaguardam ou mesmo por adicionar novos direitos ou suspender determinadas normas que não se coadunam com a máxima proteção dos direitos humanos. Sob quaisquer destas formas os tratados aumentam o leque protetivo de direitos, sem,

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

⁴⁹ Ibid., p. 57.

⁵⁰ MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha. Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: Aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro, 2009, p. 94.

⁵¹ Assim diz o referido parágrafo: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

jamais, poderem restringir os direitos já resguardados no plano interno “estando em total conformidade com os princípios federativos do Brasil”⁵².

Não obstante a possibilidade de atribuição de caráter constitucional aos tratados de direitos humanos, o posicionamento defendido pelo STF é no sentido de não reconhecer uma hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, mas sim de *supralegalidade*, conforme será adiante visto.

3.2.2 A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na posição de intérprete supremo das normas constitucionais⁵³, incumbe ao STF a análise da questão de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos. Esta questão foi enfrentada pelo Tribunal a respeito do período anterior à Emenda Constitucional 45 de 2004, ocasião em que foi assinalado que os tratados de direitos humanos possuem tratamento diferenciado.

O posicionamento foi expresso quando do julgamento do HC 72.121-1/RJ – julgado em 14/03/1995, em discussão que versava sobre a possibilidade da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia ante o dispositivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) – do qual o Brasil é signatário e que veda a prisão civil por dívida, salvo no caso de prestação alimentícia.

Na ocasião, o Ministro Celso de Mello emitiu o seguinte posicionamento:

Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da constituição [...], o próprio exercício pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar.

⁵² MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha. Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: Aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro, 2009, p. 61

⁵³ BRASIL, Constituição Federal. Art. 102, III, CF/88: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição;

A partir desse entendimento, os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados em período anterior à edição da EC 45.2004 foram equiparados aos tratados internacionais tradicionais, solucionando a questão sob o ponto de vista de hermenêutica cronológica (*Lex posterior derogat legi priori*) e não de supremacia hierárquica.

Após a edição da Emenda 45 de 2004, o posicionamento da Corte foi alterado no sentido de reconhecer hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos, com o julgamento do RE nº 466.343/SP, julgado em 22 de novembro de 2006. Nesse julgamento o Ministro Gilmar Mendes fez a seguinte ponderação:

os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Dessa forma, resta reconhecido judicialmente, unicamente o caráter especial dos tratados de direitos humanos no plano interno, o que, na opinião da doutrina majoritária não se configura como a posição ideal, mas que, de certa forma, serve como garantia adicional aos direitos humanos a serem resguardados.

Assim sendo, a fim de que se possa dar continuidade ao trabalho, passa-se à análise da atuação do sistema interamericano.

4 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

4.1 A ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA

A Organização dos Estados Americanos, como indica o Artigo 1º da sua Carta, foi criada para estabelecer “uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”⁵⁴, constituindo-se então um organismo regional, de acordo com o art. 52 da Carta das Nações Unidas⁵⁵:

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Carta da OEA. Disponível em <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/carta.htm>>. Acesso em 06 mai. 2014.

⁵⁵ MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha. Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: Aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro, 2009, pp. 37 a 38.

1. Nada na presente Carta impede a existência de acordos ou de entidades regionais, destinadas a tratar dos assuntos relativos à manutenção da paz e da segurança internacionais que forem suscetíveis de uma ação regional, desde que tais acordos ou entidades regionais e suas atividades sejam compatíveis com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas.

A própria Carta da OEA enumera, em seu art. 2º, os propósitos essenciais que norteiam a atuação da organização, que se presta a assegurar a ordem, a paz, a justiça e fomentar a solidariedade, o respeito à soberania, a integridade territorial e a independência⁵⁶.

A entrada em vigor da Carta da OEA, assinada em Bogotá em 1948, ocorreu em dezembro de 1951. Após, a Carta foi reformada pelo Protocolo de Buenos Aires⁵⁷, (assinado em 1967, com entrada em vigor em fevereiro de 1970), pelo Protocolo de Cartagena das Índias (assinado em 1985, com entrada em vigor em novembro de 1988), pelo Protocolo de Manágua (assinado em 1993, com entrada em vigor em 29 de janeiro de 1996) e pelo Protocolo de Washington (assinado em 1992, com entrada em vigor em 25 de setembro de 1997)⁵⁸.

A estruturação do sistema americano foi fortalecida por meio da adoção de inúmeros instrumentos internacionais por parte dos Estados americanos, ante o amparo garantido pela OEA, que, atualmente, tem 35 Estados-membros das Américas do Norte, Central (incluindo o Caribe) e do Sul⁵⁹⁶⁰.

⁵⁶ Art. 2o., Carta da OEA: “Para realizar os princípios em que se baseia e para cumprir com suas obrigações regionais, de acordo com a Carta das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos estabelece como propósitos essenciais os seguintes: a) Garantir a paz e a segurança continentais; b) Promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção; c) Prevenir as possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica das controvérsias que surjam entre seus membros; d) Organizar a ação solidária destes em caso de agressão; e) Procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os Estados membros; f) Promover, por meio da ação cooperativa, seu desenvolvimento econômico, social e cultural; g) Erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do Hemisfério; e h) Alcançar uma efetiva limitação de armamentos convencionais que permita dedicar a maior soma de recursos ao desenvolvimento econômico-social dos Estados membros”

⁵⁷ Com o Protocolo de Buenos Aires, instrumento jurídico dotado de caráter vinculante, os conteúdos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Carta da Organização dos Estados Americanos foram dotados de valor normativo.

⁵⁸ Disponível em <http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. Acesso em 06 mai. 2014.

⁵⁹ Fazem parte da OEA todos os países do continente, à exceção de Cuba. Em 3 de junho de 2009, os Ministros de Relações Exteriores das Américas adaptaram a Resolução AG/RES.2438 (XXXIX-O/09), que determina que a Resolução de 1962, a qual excluiu o Governo de Cuba de sua participação no sistema interamericano, cessa seu efeito na Organização dos Estados Americanos (OEA). A resolução de 2009 declara que a participação da República de Cuba na OEA será o resultado de um processo de diálogo iniciado na solicitação do Governo de Cuba, e de acordo com as práticas, propósitos e princípios da OEA. Disponível em http://www.oas.org/pt/estados_membros/default.asp. Acesso em 06 mai. 2014.

⁶⁰ OEA. Disponível em http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp. Acesso em 06 mai. 2014.

4.2 A DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM

A mesma Conferência Americana que aprovou a Carta da OEA também aprovou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948). Este instrumento surgiu a partir da recomendação dada ao Comitê Jurídico na Conferência Interamericana Sobre os Problemas da Guerra e Paz, no sentido de que fosse elaborada uma Convenção para tratar sobre os direitos essenciais do homem⁶¹.

O anteprojeto surgiu na forma de Declaração e, assim como a Declaração Universal, a Declaração Americana contemplou os direitos humanos, civis e políticos⁶², situação que é fruto da polarização mundial em blocos econômicos distintos. À época admitiu-se que, possivelmente, com a exclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais, a adesão dos países à Declaração seria maior, haja vista uma maior confluência no que diz respeito aos direitos civis e políticos.

O ponto de maior diferenciação entre a Declaração Americana e a Declaração Universal é que a primeira não somente enumera a declaração de direitos, mas também estabelece deveres correlatos aos direitos⁶³, que surgem a partir da situação humana, o que pode ser notado pelo texto preambular: “O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade.”⁶⁴

De acordo com excertos da própria Declaração, o sistema deveria ser posteriormente fortalecido, quando a recepção de normas e tratados internacionais encontrasse terreno mais fértil para sua incorporação⁶⁵:

⁶¹ ALVES, José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos direitos humanos. São Paulo: FTD, 1997, p. 272.

⁶² No âmbito americano os direitos econômicos, sociais e culturais foram contemplados somente posteriormente, com a edição do Pacto de San Salvador, em 1988 (“Protocolo Adicional À Convenção Americana Sobre Direitos Humanos Em Matéria De Direitos Econômicos, Sociais E Culturais”), com início de vigência em 16/11/1999.

⁶³ Op. cit.

⁶⁴ OEA. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/declaracao_americana_dir_homens.htm>. Acesso em 06 mai. 2014.

⁶⁵ O que denota a conturbada situação política vigente nos países-membros da OEA.

Que a consagração americana dos direitos essenciais do homem, unida às garantias oferecidas pelo regime interno dos Estados, estabelece o sistema inicial de proteção que os Estados americanos consideram adequado às atuais circunstâncias sociais e jurídicas, não deixando de reconhecer, porém, que deverão fortalecê-lo cada vez mais no terreno internacional, à medida que essas circunstâncias se tornem mais propícias.

Dessa forma, muito embora a Declaração seja considerada muito mais uma carta de intenções, sem força vinculante⁶⁶ e sem medidas coercitivas determinadas⁶⁷, ela se constitui, portanto, muito mais como um marco consagratório dos direitos humanos no continente americano. Foi a partir do amparo por ela concedido que se tornou possível a edição de inúmeros tratados e protocolos adicionais que, asseguraram, de maneira específica os direitos humanos na América.

Diante disso, o passo posterior à concretização dos direitos humanos no continente seria a instituição de mecanismos capazes de operacionalizar o processo de proteção – sem que fosse possível restringir os direitos até então enumerados e, de certa forma, abrigados pela Declaração – o que resultou no progresso desta tutela.

4.3 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE *SAN JOSÉ DA COSTA RICA*)

É certo que a Declaração Americana constitui documento de inegável importância, dada sua historicidade e seu cunho inovador no amparo dos direitos humanos no território americano, no entanto, o que se considera o marco mais importante para o início da proteção dos direitos humanos no plano regional, é a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁶⁸.

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi assinada em 12 de fevereiro de 1969, durante a realização de uma conferência da OEA na cidade de San José, na Costa Rica (daí a denominação também de “Pacto de San José da Costa Rica”).

⁶⁶ Com o Protocolo de Buenos Aires, instrumento jurídico dotado de caráter vinculante, os conteúdos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Carta da Organização dos Estados Americanos foram dotados de valor normativo.

⁶⁷ LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto; GORENSTEIN, Fabiana; HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. Manual de direitos humanos internacionais: acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Loyola, 2002., p.80 p.

⁶⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos Humanos e o Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 30 a 32.

A entrada em vigor da Convenção foi postergada por quase uma década – apenas em 1978, quando o Peru depositou a ratificação (sendo o 11º país) que foi possível iniciar a aplicação do tratado internacional multilateral⁶⁹.

A Convenção identifica um rol de direitos civis e políticos (guardando similitude com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), procurando garanti-los e conferir-lhes todo o tratamento da “Parte I - Deveres dos Estados e Direitos Protegidos”⁷⁰. A fim de que houvesse uma maior adesão ao Pacto, este não dispõe expressa e exaustivamente sobre quaisquer direitos sociais, culturais ou econômicos, havendo, no entanto, o compromisso de adoção de “providências para o desenvolvimento progressivo” destes direitos por parte dos Estados signatários (Capítulo IV - art. 26 da Convenção)⁷¹ - este foi o único tratamento que lhes foi dispensado até a edição posterior do Pacto de San Salvador, em 1988 (“Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”), com início de vigência em 16/11/1999.

A estrutura da Convenção é composta por três partes, desenvolvidas ao longo de 11 Capítulos cuja redação é bastante clara, com remissões às chamadas por artigo, sendo de fácil consulta e dispensando maiores explicações acerca de sua aplicação e espírito.

O preâmbulo, que não tem rigorosamente força normativa, mas serve como matriz hermenêutica, é significativo e traduz a função teleológica da Convenção⁷². Os dispositivos iniciam-se na Parte I, especificamente com o Capítulo I que

⁶⁹ A ratificação da Convenção Americana pelo Brasil ocorreu somente em 1992, período que coincide com o retorno à tradição democrática no país.

⁷⁰ Dentre os direitos civis e políticos assegurados, estão incluídos: direito à personalidade jurídica, direito à vida, direito a não ser submetido à escravidão, direito à liberdade, direito a um julgamento justo, direito à compensação em caso de erro judiciário, direito à privacidade, direito à liberdade de consciência e religião, liberdade de pensamento e expressão, direito à igualdade perante a lei e direito à proteção judicial.

⁷¹ Esta lacuna foi sanada com o Protocolo de San Salvador, de 1988

⁷² “A IX Conferência Internacional Americana, Considerando: Que os povos americanos dignificaram a pessoa humana e que suas Constituições nacionais reconhecem que as instituições jurídicas e políticas, que regem a vida em sociedade, têm como finalidade principal a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade. Que, em repetidas ocasiões, os Estados americanos reconheceram que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana. Que a proteção internacional dos direitos do homem deve ser a orientação principal do direito americano em evolução. Que a consagração americana dos direitos essenciais do homem, unida às garantias oferecidas pelo regime interno dos Estados, estabelece o sistema inicial de proteção que os Estados americanos consideram adequado às atuais circunstâncias sociais e jurídicas, não deixando de reconhecer, porém, que deverão fortalecê-lo cada vez mais no terreno internacional, à medida que essas circunstâncias se tornem mais próximas;”

contempla os “Deveres dos Estados e Direitos Protegidos”, o Capítulo II enumera os “Direitos Cívicos e Políticos”, o Capítulo III trata dos direitos econômicos, sociais e culturais, o Capítulo IV trata da Suspensão de Garantias, Interpretação e Aplicação da própria Convenção. A Terceira Parte traz os “Meios de Proteção” dentro do sistema interamericano, contemplando a Comissão e a Corte Interamericana nos Capítulos Sexto, Sétimo e Oitavo.

Dessa forma, afora a enunciação dos direitos a serem resguardados, a Convenção Americana também traz os instrumentos necessários para monitoramento e implementação dos direitos humanos no continente ao criar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos cujas atribuições são conferidas a partir do Pacto.

De uma maneira geral, a Convenção Americana é responsável pela concretização do sistema interamericano como o segundo sistema mais desenvolvido no globo, atrás apenas do sistema europeu, sendo importante notar que seus enunciados são mais abrangentes e instrumentalizam de maneira mais completa a consecução dos seus objetivos que o próprio Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos⁷³⁷⁴.

Atualmente, a Convenção vige para os seguintes países: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Equador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela⁷⁵.

⁷³ ALVES, José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos direitos humanos. São Paulo: FTD, 1997, pp. 275 a 280.

⁷⁴ Ante a exiguidade dos direitos trazidos pela Convenção, o sistema interamericano aperfeiçoa sua rede de proteção por meio da adoção de protocolos e convenções especiais, a exemplo da Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura de 1984, em vigor desde fevereiro de 1987; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher e a Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas – estas últimas foram assinadas em junho de 1994, tendo entrado em vigor em 30 de novembro de 2006 em 27 de novembro de 2005, respectivamente.

⁷⁵ OEA. Relação de países participantes. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm>. Acesso em 17 mai. 2014.

4.4 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH

Conforme dito, a Convenção Americana contempla um aparato instrumentalizado para a proteção dos direitos humanos – incluindo a reestruturação do órgão correspondente à Comissão Interamericana. Isso porque a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada anteriormente, ainda que em diferentes moldes, em 1959, pela Resolução VIII da Quinta Reunião de Consulta de Santiago, no Chile. Àquele tempo a atribuição da Comissão era marcada pela atuação apenas como órgão da OEA encarregado da “promoção dos direitos humanos” trazidos pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁷⁶.

Somente após decorridos 6 anos que, em 1965, por meio de modificações em seu estatuto foram ampliadas suas funções, passando a deter atribuições protetivas, a exemplo do recebimento e exame de comunicações sobre violações, visitas de inspeção aos Estados, mediante autorização e elaboração de relatórios⁷⁷, transformando-se no órgão do cumprimento de compromissos dos países-membros perante a OEA⁷⁸. Finalmente, em 1970, quando da entrada em vigência do Protocolo de Reformas da Carta da OEA (Buenos Aires, 1967), foi atribuído o grau de órgão permanente da OEA à CIDH. Seu funcionamento nestes moldes estendeu-se até 1978⁷⁹ quando entrou em vigor a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), sofrendo então inúmeras alterações, de acordo com o disposto pela Convenção.

Foi a partir deste momento que a CIDH passou a atuar como efetivo órgão fiscalizador e mesmo emissor de pareceres que, a despeito de não possuírem força vinculante, merecem ser respeitados, nos moldes em que hodiernamente se apresenta.

O papel desempenhado pela Comissão Interamericana, mesmo antes da entrada em vigor do Pacto de San José da Costa Rica é, indubitavelmente, um dos responsáveis pelo avanço do sistema interamericano de direitos humanos⁸⁰.

⁷⁶ ALVES, José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos direitos humanos. São Paulo: FTD, 1997, p. 275.

⁷⁷ Ibid. p. 276

⁷⁸ MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha. Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: Aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro, 2009., p. 41.

⁷⁹ Período anterior ao advento da Convenção Americana

⁸⁰ RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos em Juízo. São Paulo: Max Limonad. 2001, p. 57

Atualmente a CIDH representa todos os países componentes da OEA e é integrada por 7 membros, eleitos a título pessoal pela Assembleia Geral da OEA, com um mandato de 4 anos, prorrogáveis por mais 4. Os membros devem ter “alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos”, tendo que ter nascido em qualquer país que figure como membro⁸¹.

A partir do enunciado pela Convenção Americana em vigor e pelo seu regimento interno, as funções precípuas do Comissão, após o advento da Convenção Americana, são a proteção, promoção e observância dos direitos humanos, com atribuições “quase judiciais” para a consecução destes objetivos, podendo assessorar, conciliar, criticar, legitimar práticas de reparação pelos governos, promover estudos e proteger (art. 41 da Convenção Americana).

Referidas atribuições são muito bem representadas pelos dizeres de Monica Pinto (1993 apud PIOVESAN, 2006, p.93):

a Comissão Interamericana exerce as seguintes modalidades de controle: a) o exame de petições, nas quais se alegue a violação de algum direito protegido pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem ou pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, encaminhadas por indivíduos ou organizações governamentais ou não governamentais; b) a elaboração de informes sobre a situação dos direitos humanos em qualquer país do sistema interamericano, incluindo a decisão da Comissão acerca de situações que afetem gravemente a vigência destes direitos; c) a realização de investigações in loco, em território de Estado-membro, a convite deste ou com o seu consentimento.

Incumbe destacar que a competência da Comissão abrange os países-membros da Convenção Americana em relação aos direitos nela recepcionados e também os países-membros da OEA, no que diz respeito aos direitos contemplados na Declaração Americana.

Outro importante papel que incumbe à Comissão é o recebimento de comunicações encaminhadas por indivíduos ou grupos ou mesmo ONG's, em que se relate a ofensa a direitos humanos protegidos pela Convenção, contanto que seja no âmbito de Estado que seja parte da Convenção (e não somente da OEA). Ao ratificar a Convenção Americana o Estado, necessariamente, reconhece a

⁸¹ PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 91.

competência da Comissão para o recebimento e exame destas comunicações, sendo desnecessária qualquer providência adicional nesse sentido⁸².

Nesse sentido, destaca-se que a petição dirigida à Comissão deve preencher determinados requisitos para sua admissão, a exemplo do prévio esgotamento de recursos na esfera interna⁸³ e da inexistência de litispendência internacional (impossibilidade de a questão estar sendo analisada em outro órgão internacional)⁸⁴. Feito o exame de admissibilidade da petição, a Comissão solicitará informações ao país. Após o recebimento ou o transcurso do prazo sem sua remessa, a Comissão realizará a análise da comunicação encaminhada, podendo entender pelo seu arquivamento nesse momento procedimental.

Caso o entendimento seja pelo prosseguimento do processo, a Comissão intenciona uma solução amistosa à situação entre a parte e o Estado, caso a conciliação reste frustrada, será emitido um relatório com as conclusões e possíveis recomendações ao país⁸⁵. O relatório é encaminhado ao Estado, que conta com 3 meses de prazo para informar as providências tomadas para o cumprimento das recomendações. Escoado tal prazo, o caso poderá ser encaminhado à Corte ou solucionado pelas partes. Na hipótese de não acontecerem nenhum destes eventos, a Comissão pode então emitir suas próprias conclusões e pareceres. Se a Comissão considerar que não foram cumpridas as condições por ela determinadas, o caso será submetido à Corte Interamericana, salvo decisão com quórum de maioria absoluta dos membros da Comissão⁸⁶.

A Comissão pode ainda, em casos urgentes e sempre que julgar necessário⁸⁷, determinar a adoção de medidas cautelares para resguardo dos direitos envolvidos no conflito⁸⁸, podendo ainda, solicitar à Corte Interamericana a adoção de medidas

⁸² PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 93 a 94.

⁸³ A Comissão, no entanto, tem admitido a relativização desta regra em casos de injustificada demora processual interna.

⁸⁴ *Ibid.* p. 95.

⁸⁵ Há a possibilidade de dilação de prazos no trâmite a pedido das partes envolvidas e conforme a CIDH julgue conveniente, de maneira que o trâmite apresentado no trabalho é simplificado em relação ao que normalmente ocorre nos casos em trâmite – ressaltando-se o respeito ao contraditório e ampla defesa em todas as fases do processo – como não poderia deixar de ser, inclusive em respeito ao que preceituam os instrumentos que regem o sistema.

⁸⁶ PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 96 a 99.

⁸⁷ Por iniciativa da parte ou ex officio.

⁸⁸ Artigo 25 do Regimento Interno da Comissão.

temporárias caso assim se justifiquem em caso de matéria ainda não analisada pela Corte⁸⁹.

Nesse sentido, verifica-se a multifuncionalidade da Comissão, que, embora seja o órgão responsável pelo recebimento das petições, não detém a função jurisdicional, que é exercida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Capítulo VIII da Convenção Americana).

4.5 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Conforme mencionado, a Convenção Americana contemplou também um órgão de natureza jurisdicional, qual seja a Corte Interamericana, que é um órgão de natureza judicial autônoma que, diferentemente, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), não é órgão da OEA, mas sim do próprio Pacto de San José⁹⁰. Consoante dispõe o art. 33 da Convenção Americana, a Corte Interamericana “é competente para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção.”⁹¹.

Nesse sentido, nota-se que a Corte Interamericana é, efetivamente, o órgão judicial ao qual incumbe conhecer os litígios (casos contenciosos) quando o Estado demandado reconhece sua jurisdição, que pode ainda ser demandado por qualquer país da OEA (não somente aqueles que ratificaram a Convenção) para consultas acerca de interpretação de norma relativa a direitos humanos⁹²⁹³. Ou seja, a função jurisdicional exercida pela Corte compreende a emissão de sentenças “definitivas e

⁸⁹ Ibid.p. 98.

⁹⁰ RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos em Juízo. São Paulo: Max Limonad. 2001, p. 85.

⁹¹ OEA. Convenção Americana. “Artigo 33. São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.”, disponível em http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm

⁹² MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha. Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: Aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro, 2009, p. 44

⁹³ Atualmente, aceitam a competência da Corte: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

inapeláveis” (art. 67 da Convenção), bem como pareceres consultivos acerca da interpretação e alcance das normas⁹⁴ objeto do parecer⁹⁵.

Conquanto a interpretação de norma possa ser realizada para qualquer dos países-membros da OEA, o exercício da competência contenciosa da Corte é exercido somente em relação aos países que expressamente a reconhecem, sendo que a cláusula de jurisdição obrigatória do Corte é facultativa⁹⁶. No entanto, ao reconhecerem a jurisdição da Corte, há uma obrigatoriedade de que o país se compromete a aceitar as decisões do órgão em relação à aplicabilidade e abrangência dos dispositivos insertos na Convenção Americana⁹⁷.

A competência da Corte Interamericana somente foi reconhecida pelo Brasil em dezembro de 1998, com o advento do Decreto Legislativo nº/ 89, de 03 de dezembro de 1998.

A Corte é composta por 7 juízes que devem cumprir o requisito de nacionais de países-membros da OEA (não há a necessidade de que sejam de países que ratificaram a Convenção Americana). Sua eleição é por voto secreto da maioria absoluta dos Estados-membros da Convenção, quando da realização de Assembleia da OEA, para mandatos de 6 anos, prorrogáveis por outros 6. Os candidatos devem reunir “as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções

⁹⁴ Dessa forma a Corte é o intérprete do sistema interamericano não só para a Convenção Americana, mas também para todos os tratados de proteção de direitos humanos, contanto que estes sejam também aplicáveis aos membros da OEA.

⁹⁵ “A Convenção Americana investe a Corte Interamericana em duas atribuições distintas. Uma envolve o poder de adjudicar disputas relativas à denúncia de que um Estado-parte violou a Convenção. Ao realizar tal atribuição, a Corte exerce a chamada jurisdição contenciosa. A outra atribuição da Corte é a de interpretar a Convenção Americana e determinados tratados de direitos humanos, em procedimentos que não envolvem a adjudicação para fins específicos. Esta é a jurisdição consultiva da Corte Interamericana” (BUERGENTHAL, p. 94 apud PIOVESAN, 2006, p. 99)

⁹⁶ “Artigo 62 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheciam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.”

⁹⁷ A competência e função da Corte são dadas pela Seção 2 do Capítulo VIII da Convenção Americana (“Capítulo VII - Corte Interamericana de Direitos Humanos”).

judiciais, de acordo com a Lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos” (Artigos 52, 53 e 54 da Convenção)⁹⁸⁹⁹.

As partes que podem atuar perante o Tribunal são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os Estados e, conforme o Regulamento da Corte datado de novembro de 2000, os indivíduos que forem considerados peticionários nas respectivas fases processuais¹⁰⁰.

4.5.1 JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E CONSULTIVA

Afora as funções como órgão jurisdicional, conforme já dito, a Corte Interamericana também possui competência para a emissão de Pareceres Consultivos. O desempenho paralelo de funções jurisdicionais e consultivas são objetivos precípuos das Cortes internacionais, sendo que é por meio da competência consultiva que as Cortes desempenham o papel de interpretação de normas jurídicas internacionais, analisando sua compatibilidade com os sistemas de proteção aos direitos humanos, ainda que ausente a discussão contenciosa do tema¹⁰¹.

A competência consultiva da Corte está disposta no artigo 64 da Convenção Americana:

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.
2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Por conta do enunciado do art. 64, tem-se que a Corte desempenhará as funções consultivas caso algum Estado-membro da OEA ou órgão autorizado no

⁹⁸ ALVES, José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos direitos humanos. São Paulo: FTD, 1997, p.282.

⁹⁹ Aspecto interessante é que os juízes da Corte gozam das imunidades reconhecidas aos agentes diplomáticos pelo Direito Internacional e dos privilégios diplomáticos relativos ao desempenho de suas funções, ao longo de todo seu mandato e a partir de suas eleições. (MIRANDA, 2009, p. 45)

¹⁰⁰ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos Humanos e o Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 58.

¹⁰¹ MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha. Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: Aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. V. 1, 126pg. Rio de Janeiro, 2009, pp.49 – 50.

capítulo X da Carta da OEA, solicite a emissão de parecer interpretativo, bem como no caso de algum Estado-membro requerer a emissão de parecer acerca da compatibilidade de alguma norma interna com as disposições do sistema interamericano (verificação de harmonização e compatibilidade).

Nas palavras de Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2006, pp. 99 a 100):

No plano consultivo, qualquer membro da OEA – parte ou não da Convenção – pode solicitar o parecer da Corte relativamente à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. A Corte pode ainda opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais, efetuando, assim o “controle da convencionalidade das leis. Ressalte-se que a Corte não efetua uma interpretação estática dos direitos humanos enunciados na Convenção America, realiza interpretação dinâmica e evolutiva, considerando o contexto temporal, o que permite a expansão dos direitos.

Com efeito, caso a Corte se restringisse a realizar meramente a interpretação literal das normas vigentes, desprezando o contexto atual, bem como o dinamismo das relações sociais que pretende tutelar, a proteção por ela garantida seria incompleta, especialmente se considerando o progresso advindo da função hermenêutica da Corte – por meio desta que ela publiciza e vincula a sua interpretação a respeito dos dispositivos supracitados.

Ao longo do desempenho das funções consultivas, a Corte emitiu 22 pareceres¹⁰², dentre os quais se destacam as opiniões emitidas sobre a impossibilidade de adoção da pena de morte pelo Estado da Guatemala, a incompatibilidade da lei nº 4.420 da Costa Rica – que exigia diploma para jornalistas e filiação ao sindicato e as opiniões sobre o *habeas corpus*¹⁰³.

Após a emissão do parecer consultivo, o documento possui força vinculante e pública, devendo as partes envolvidas executá-lo de acordo com os mandamentos da Corte, de maneira a lhes dar efetividade, garantindo a proteção aos direitos humanos almejada.

A jurisdição contenciosa da Corte Interamericana é apresentada como cláusula facultativa para os Estados-partes da OEA, signatários da Convenção Americana¹⁰⁴.

¹⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relação de Jurisprudência. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>>. Acesso em 06 mai. 2014.

¹⁰³ PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 101 a 102.

¹⁰⁴ Art. 62, Convenção Americana: Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento

Após reconhecida e aceita a competência da Corte em matéria contenciosa – por meio de declaração expressa do Estado¹⁰⁵, a ser depositada na sede da OEA, a jurisdição e função contenciosa da Corte passam a ser de natureza obrigatória¹⁰⁶.

Os julgamentos efetuados pela Corte dizem respeito a casos que forem a ela submetidos pelos Estados-partes ou pela CIDH, sendo que não é permitido o acesso direto do cidadão ao órgão, conquanto ele tenha capacidade postulatória ao longo de diversas partes do processo, sendo que o impulso processual contencioso da Corte é desempenhado somente com a provocação dos órgãos autorizados. A Convenção Americana não possui previsão legal que legitima os indivíduos a terem acesso à Corte diretamente¹⁰⁷.

A lide internacional costuma iniciar com o exame da questão pela Comissão Interamericana. Conforme preceitua a Convenção Americana, após o envio das recomendações, se o Estado não tiver cumprido o determinado pelo órgão¹⁰⁸, e caso este tenha aceitado a jurisdição contenciosa da Corte, a Comissão submeterá o caso à apreciação do órgão jurisdicional.

Para que esta submissão seja aceita perante a Corte, há que ser feito um prévio exame de sua admissibilidade, conforme preceitua o art. 46 da Convenção Americana:

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

posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 06 mai. 2014.

¹⁰⁵ No âmbito nacional, foi somente em setembro de 1998 que o Poder Executivo encaminhou Mensagem ao Congresso Nacional propondo o reconhecimento da competência jurisdicional da Corte. A jurisdição obrigatória da Corte foi então reconhecida em dezembro de 1998, por força do Decreto Legislativo nº 89/98, publicado no Diário Oficial da União de 04.12.98.

¹⁰⁶ A Corte se difere da Comissão Interamericana, uma vez que o reconhecimento de competência da Comissão se processa de maneira automática com a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana).

¹⁰⁷ ALVES, José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos direitos humanos. São Paulo: FTD, 1997, pp. 282 – 283.

¹⁰⁸ Artigo 51 - 1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração. 2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada. 3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

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

Ou seja, via de regra, a Comissão não poderá submeter à Corte as petições que não cumprirem os requisitos dispostos pela Convenção, quais sejam o esgotamento dos recursos internos¹⁰⁹, a tempestividade, a ausência de litispendência internacional e a devida qualificação¹¹⁰.

Recebida a petição pela Corte, ela passa a julgar o caso, dispondo de completa autonomia, inexistindo qualquer vinculação entre as conclusões anteriormente expostas pela Comissão – o caso não necessariamente possuirá o mesmo deslinde perante a Corte que teve perante a Comissão. Após o desenvolvimento do julgamento, o resultado proferido pela Corte é uma sentença cujo caráter é inapelável e definitivo. Ou seja, verificada a existência de lesão, a Corte determinará “que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados”¹¹¹

O julgamento levado a cabo pela Corte não possui função punitiva, mas pretende sim apurar a responsabilidade do Estado na violação de direitos humanos, assentando o compromisso internacional dos Estados de respeitar e garantir os direitos assegurados pela Convenção Americana¹¹². Tampouco se pode admitir que as decisões da Corte Interamericana configurem eventuais ofensas à soberania nacional,

¹⁰⁹ Caso reste demonstrado que os recursos internos sejam injustificadamente morosos, a Comissão pode, excepcionalmente, relativizar tal requisito, a exemplo do que aconteceu no caso brasileiro “Damião Ximenes” – submetido à Corte enquanto ainda pendente de julgamento as demandas cíveis e criminais no Poder Judiciário brasileiro.

¹¹⁰ A própria Convenção excetua ocasiões em que as petições podem, excepcionalmente, ser admitidas quando não preenchidos os requisitos enumerados: “Art. 46, 2. As disposições das alíneas “a” e “b” do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos

¹¹¹ ALVES, José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos direitos humanos. São Paulo: FTD, 1997, p. 283

¹¹² LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto; GORENSTEIN, Fabiana; HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. Manual de direitos humanos internacionais: acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Loyola, 2002, p. 92.

posto que não se tratam de imposição externa – os Estados, deliberadamente, optam pelo reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte.

Inclusive, o caráter “supranacional” da Corte decorre de um exercício de soberania dos próprios Estados que assim o escolheram integrar e reconhecer. Tal conduta resulta da percepção desenvolvida pelos Estados de que os interesses decorrentes de direitos humanos encontram-se protegidos de maneira muito mais satisfatória quando tutelados por organismos superiores aos internos¹¹³.

Dessa forma, considerando a impossibilidade de apelar das decisões e a impossibilidade de alegação de ofensa à soberania nacional, os Estados envolvidos nas decisões têm firmado o compromisso para seu devido cumprimento. Ou seja, considerando que o procedimento do sistema interamericano, no intuito de respeitar e garantir os direitos humanos, possui correlação direta com a apuração de responsabilidade do Estado diante de violações aos direitos humanos, ele procura assegurar meios para a efetivação do resguardo de tais direitos.

Nesse sentido, na função jurisdicional contenciosa, apurada pela Corte a existência ou não de possibilidade de responsabilização do Estado que não se absteve de praticar determinadas condutas ou praticou condutas vedadas (obrigações negativas e positivas), incumbe a ela emitir, ao final, uma sentença que deve ser executada no plano estatal interno.

A devida reparação ao dano causado é feita tanto na forma de pagamento de indenização às vítimas, como na condenação à adoção de obrigações pelo país, tais como: criação de lei de amparo, revogação de lei que contrarie o sistema internacional e compatibilização da ordem legal interna, medidas estas que devem pressupor a adoção da jurisprudência da Corte na jurisprudência interna dos países.

4.5.2 INCORPORAÇÃO DAS DECISÕES NO PLANO INTERNO DOS PAÍSES

Conforme visto, a Corte Interamericana possui um ótimo aparato disponível para que os direitos humanos sejam concretizados no continente americano. A despeito dos enormes avanços que suas decisões e pareceres representam, é possível notar problemas no que toca à eficácia e execução de suas decisões (consultivas ou judiciais) no plano interno dos países que lhes devem dar

¹¹³ ALVES, José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos direitos humanos. São Paulo: FTD, 1997, p. 284.

cumprimento. Basicamente, a execução das sentenças proferidas pela Corte poderá ocorrer de duas formas: a) Incumbe ao Estado fixar os mecanismos para execução do disposto pela Corte, sendo-lhe outorgado poder para que assegure os meios de execução da sentença, ou; b) A parte dispositiva condenatória da sentença proferida pela Corte poderá ser executada internamente, como uma forma de execução de sentença contra o Estado (Fazenda Pública)¹¹⁴¹¹⁵.

Embora as decisões proferidas pela Corte tenham força jurídica vinculante e obrigatória, devendo o Estado condenado cumpri-la imediatamente, este instrumento carece de aprimoramento, visto que, muitas vezes, não há instrumentos para implementação, no plano nacional, das medidas vinculadas na decisão, além de não haver a previsão de sanção para o Estado que descumpra as decisões internacionais.

Dessa forma, a efetivação dos direitos humanos continua a ser a maior ameaça para sua concretização e uma das faces deste problema é muito bem representada na avaliação de Antônio Augusto Cançado Trindade (2005, p. 434) sobre o cumprimento de decisões proferidas pela Corte Interamericana:

(...) a Corte Interamericana tem atualmente uma especial preocupação quanto ao cumprimento de suas sentenças. Os Estados, em geral, cumprem as reparações que se referem a indenizações de caráter pecuniário, mas o mesmo não ocorre necessariamente com as reparações de caráter não pecuniário, em especial as que se referem às investigações efetivas dos fatos que originaram tais violações, bem como à identificação e sanção dos responsáveis – imprescindíveis para pôr fim a impunidade (e suas consequências negativas para o tecido social como um todo). (...)

Analisados, portanto, os aspectos relativos ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, com especial atenção aos procedimentos relativos à Comissão e à Corte – haja vista sua importância para a conclusão do presente trabalho – incumbe perquirir acerca da previsão de norma de alcance fiscal no sistema interamericano.

¹¹⁴ RANDOW, Rodolpho. Execução no Brasil de sentença de indenização compensatória proferida pela corte interamericana de direitos humanos. Revista Bonijuris, Curitiba, v. 21, n. 548, p. 17-20, jul. 2009.p. 19.

¹¹⁵ Conforme o Artigo 68 da Convenção Americana: 1.Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

5 PREVISÃO DE NORMA DE ALCANCE TRIBUTÁRIO NO SISTEMA INTERAMERICANO

Conforme desenvolvido ao longo dos capítulos anteriores deste trabalho, já se mostra concreta a possibilidade de confluência e abrangência entre os direitos humanos e o direito tributário. Em sendo assim, considerando que o modelo regional de proteção aos direitos humanos no continente americano tem como propósito salvaguardar a ampla gama protetiva envolvida em seu escopo (considerando suas inúmeras formas de atuação, anteriormente relatadas), pretende-se perquirir acerca da existência de norma de alcance tributário no sistema.

Em análise dos diplomas normativos que regem o âmbito regional¹¹⁶, verificam-se algumas disposições que podem vir a interferir em relação jurídico-tributária travada no plano nacional, merecendo destaque e apreciação neste aspecto.

Com efeito, o artigo 8º, da Convenção Americana, estabelece que:

Art. 8º- Garantias judiciais. § 1º - Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei (...) para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, *fiscal* ou de qualquer outra natureza.¹¹⁷ - grifamos.

Referido dispositivo traz os desdobramentos de que, no plano interno, a jurisdição seja exercida de maneira adequada – destaque-se, nesse sentido, a importância atribuída, especificamente, à matéria fiscal (assinalando a discussão objeto do presente trabalho)¹¹⁸. Contemplando tal previsão de maneira literal percebe-se que houve a intenção de conceder-lhe maior importância e relevo protetivo no sistema, muito embora, claro, não se possa considerar que a omissão viesse a ensejar a premissa de que os processos de natureza fiscal não deveriam

¹¹⁶ Conforme busca de documentos disponível no sítio eletrônico da OEA, referente ao repositório atualizado de documentos do sistema interamericano: Disponível em <<https://www.apps.oas.org/publicsearch/default.asp>>. Acesso em 20 mai. 2014.

¹¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Carta da OEA. Disponível em <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/carta.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2014.

¹¹⁸ Nesse aspecto específico, importante salientar a diferenciação entre o vocábulo “fiscal”, de maneira mais abrangente, que compreende todas as relações de tributação e gastos públicos, enquanto que “tributário” abarca apenas as relações de cunho relacionados à arrecadação tributária – em todas as suas modalidades.

respeitar a diretriz do artigo que, certamente, aplica-se a todos os processos submetidos à jurisdição em âmbito nacional.

A partir de referido artigo, considera-se que a prestação jurisdicional deve ser concedida de maneira adequada, compreendendo a boa administração que incumbe à justiça.

Assim sendo, os processos que versem acerca de matéria fiscal devem resguardar observância a uma razoável duração e serem julgados por tribunal de maneira independente (como sinônimo de imparcial).

A esse respeito, os autos que, eventualmente, protraíam-se de maneira desarrazoada perante o Judiciário, podem vir a ser objeto de arguição perante algum dos órgãos do sistema interamericano. Da mesma forma em relação a julgamento em que a parte considere que o Tribunal não tenha atuado de maneira imparcial.

Compulsando os documentos disponíveis na pesquisa do sistema interamericano, verifica-se que há inúmeros processos em trâmite e já finalizados, que discutem a inexistência de razoável duração do processo no âmbito do judiciário brasileiro. Não foi possível, entretanto, verificar que algum deles tenha como objeto matéria de natureza tributária.

Diferentemente, a CIDH já analisou dois processos de origem brasileira, versando sobre matéria tributária e que tinham como objeto arguição acerca da inexistência de imparcialidade de julgamento quanto à incidência de contribuição previdenciária. Veja-se.

As petições 644/2005 (endereçada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por diversos órgãos que representam os servidores públicos inativos e pensionistas) e 989/2004¹¹⁹ (apresentada também à Comissão, por meio de requerimento do Presidente do Sindicato dos Médicos do Distrito Federal), trouxeram argumentação no sentido de que o julgamento realizado pelo STF em relação à hipótese de incidência de contribuição previdenciária trazida pela Emenda Constitucional nº 41/2003 não foi imparcial, uma vez que haveria cunho político (no sentido de interesse da União Federal) ao se determinar a constitucionalidade de contribuição previdenciária para servidores aposentados, situação que ofenderia a

¹¹⁹ Relatórios e decisões disponíveis em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Brasil989-04.sp.htm>> e <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil989.04port.htm>>. Acesso em 20 mai. 2014.

garantia estabelecida pelo art. 8º – no sentido de que os julgadores não podem possuir motivação política por trás de suas decisões.

A despeito da possibilidade de referida arguição (que, inclusive, é objeto de inúmeras reclamações de contribuintes, que consideram que o julgamento de natureza tributária sofre muitas pressões de cunho político, prejudicando quem postula contra o Estado), o resultado em ambos os casos debruçou-se apenas sobre aspecto formal das petições, que não foram admitidas (e, portanto, não tiveram o mérito analisado perante a CIDH e a Corte).

Conforme o entendimento do órgão internacional, os fatos narrados não foram suficientes para ensejar a ausência de imparcialidade dos julgadores – que não foi devidamente evidenciada, deixando de cumprir o requisito de admissibilidade do art. 47.b, que versa que a petição será declarada inadmissível quando “não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção”.

Com efeito, a CIDH considerou que as partes pretendiam utilizar a Corte e os órgãos do sistema interamericano apenas como um grau superior de análise para insurgência – praticamente como um sucedâneo recursal à decisão proferida no plano interno, o que é explicitamente vedado.

A conclusão, a partir disso, é no sentido de que a imparcialidade dos julgadores em matéria tributária (envolvendo o interesse dos entes tributantes – União, Estados e Municípios) pode vir a ser, efetivamente, objeto de consulta e análise perante os órgãos do sistema interamericano – considerando, inclusive, que referida insurgência é bastante comum entre os contribuintes – mas deve ser demonstrada de maneira patente, uma vez que os órgãos internacionais não se prestam como jurisdição recursal.

Muito embora os órgãos do sistema interamericano ainda não tenham formatado situações específicas que versem sobre a natureza tributária e a intersecção entre direitos tributários e direitos humanos¹²⁰, outro dispositivo que pode vir a nortear situações nesse sentido é o art. 26, da Convenção Americana.

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e

¹²⁰ A exemplo do que ocorre no âmbito da ONU, no sistema global, e do sistema europeu de direitos humanos, que, constantemente emite pareceres nesse sentido, conforme pode ser observado pelo inovador trabalho de ALVES, Henrique Napoleão. Direitos humanos, direito tributário e política fiscal: descrição da experiência dos órgãos das Nações Unidas – reflexões para o Brasil. Disponível em <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/856.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2014.

técnica, a fim de conseguir progressivamente a *plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas*, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Referido dispositivo resguarda específica correlação com o direito ao desenvolvimento e possui também uma correlação específica, na seara tributária, com o princípio do não confisco, de maneira que, diante da instituição de determinado tributo que se afigure conflitante nesse sentido, também se pode utilizar dos órgãos do sistema interamericano – em especial diante do aspecto explorado anteriormente neste trabalho, no sentido de que os direitos humanos constituem uma importante limitação do poder de tributar exercido pelo Estado.

Por fim, conforme narrado acima, observa-se, neste tópico, que, apesar de o sistema interamericano indubitavelmente abarcar a proteção do contribuinte, alçando as limitações ao poder de tributar como integrantes do rol de direitos tutelados sob a rubrica de direitos humanos, não há, ainda, formas específicas de atuação nesse sentido – a despeito das disposições generalistas da Convenção Americana, acima analisadas.

Tal lacuna pode vir a ser sanada, conforme seja difundida a compreensão sobre o sistema interamericano de direitos humanos e de acordo com o interesse expresso por diversos entes nesse sentido – situação que se espera para um futuro próximo.

Esta análise compreende, por fim, alguns aspectos de origem prática, que serão ora analisados.

5.1 ASPECTOS PRÁTICOS

Conforme já analisado, a previsão de norma de alcance tributário no sistema interamericano traz como uma de suas consequências, a possibilidade de que exações existentes no plano nacional venham a ser discutidas perante os órgãos componentes do sistema regional de proteção (sob o prisma de que a prestação jurisdicional atribuída quando de suas discussões não tenha se orientado pelo disposto no art. 8º, da Convenção Americana, ou mesmo no aspecto que incumbe ao art. 26, também da Convenção).

Referidas análises podem vir a ocorrer em 3 níveis – mediante provocação da Comissão Interamericana (conforme abordado no tópico 4.3 deste trabalho), ou provocação para jurisdição consultiva ou contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (tópico 4.4.2 deste trabalho). Em quaisquer dessas hipóteses, é certo que as situações suscitadas resguardem observância aos requisitos formais (analisados nos tópicos do Capítulo 4 deste trabalho).

Ainda, como decorrência da proteção em âmbito tributário no sistema interamericano, observa-se que as matérias desta natureza podem vir a ser objeto de relatórios e pareceres de órgãos específicos, a exemplo do relatório da OEA sobre Drogas¹²¹ e sobre lavagem de dinheiro e corrupção¹²². A origem destes documentos remete à demanda social e política por informações e análises técnicas e apuradas nesse sentido, as quais influenciaram a produção dos órgãos internacionais, no intuito de suprir as lacunas e orientar a adoção de diversas medidas para combate às situações perniciosas, sempre tendo em vista a tutela dos direitos humanos.

Pode-se considerar que tais aspectos também possuem identificação com a matéria ora tratada, uma vez que a matéria tributária e as limitações ao poder de tributar atingem todos os cidadãos, refletindo em todos os aspectos da vida cotidiana.

A despeito disso, a confluência entre direito tributário e direitos humanos ainda é carente de estudos específicos no plano regional interamericano, havendo, inclusive, desconhecimento de diversos setores interessados (em especial de representantes dos contribuintes).

Em sendo assim, o que se verifica é que há possibilidade de que tal matéria ainda venha a atingir maior amplitude e concretude, conforme, progressivamente, a intersecção objeto do trabalho seja difundida - incumbindo aos diversos segmentos da sociedade interessados, enveredar também nas vias do direito internacional dos direitos humanos para propalar a proteção aos direitos dos contribuintes.

¹²¹ Disponível em <http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/oid/default_spa.asp>. Acesso em 20 mai. de 2014.

¹²² Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/oea/mecanismo/medidas/index.asp>>. Acesso em 20 mai. de 2014.

5.2 UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA FISCAL?

Por fim, finalizando o trabalho, considerando que um dos resultados da área de confluência entre Direitos Humanos e Direito Tributário é a análise dos aspectos de justiça fiscal, observa-se que não se poderia fechar o trabalho sem se examinar referido aspecto, ainda que apenas como uma provocação de caráter eminentemente reflexivo.

Com efeito, os direitos humanos e a tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais surgem como objeto do sistema regionalizado de proteção no continente americano. E tais questões estão intrinsecamente ligadas à ideia de justiça distributiva – inclusive no âmbito fiscal, batizada, conceitualmente, como “justiça fiscal”.

Nas palavras de Ricardo Lobo Torres

A justiça fiscal é uma das possibilidades mais concretas da justiça política. Sendo a justiça que se atualiza por meio do Fisco, tem a sua problemática indissolavelmente ligada à das instituições políticas e à da Constituição. (...) a justiça fiscal se transforma no caminho mais promissor para a efetivação da justiça distributiva, pela sua potencialidade para proceder, sob vários aspectos, à síntese entre a justiça social e a política. A justiça fiscal é obtida por intermédio dos órgãos do Estado, especialmente o Legislativo, ao qual incumbe concretizar os princípios constitucionais tributários e orçamentários (...) Tributos e orçamento, por conseguinte, instrumentos por excelência da justiça distributiva, devem refletir as escolhas da cidadania e as demandas sociais.¹²³

Assim sendo, considerando que não se pretende delongar a respeito de justiça fiscal (a despeito do tema merecer intenso debate acadêmico e possuir enorme relevo), observa-se que os conceitos e meandros da justiça fiscal compreendem, como não poderia deixar de ser, uma intrínseca conexão com os direitos humanos, razão pela qual se questiona se a atuação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos não poderia também ser considerada como um desdobramento da justiça fiscal, ou uma forma de afirmação desta, sendo, então, uma missão e um objetivo para o futuro, rumo à concretização de seus ditames.

¹²³ TORRES, Ricardo Lobo. Justiça Distributiva: social, política e fiscal. Revista de Direito Tributário, Rio de Janeiro, v. 1, jan. 1995.

A resposta ao questionamento envolve reflexão intensa – a que não se pretende responder neste trabalho – deixando-a como uma análise para o futuro, considerando, afinal, que o que se espera é a afirmação e concretização dos liames da justiça e dos direitos humanos.

6 CONCLUSÃO

A área objeto de estudo da ciência jurídica compreende o conhecimento de diversas áreas seccionadas, as quais interagem entre si, especialmente diante do caráter sistemático e mesmo uno da ciência.

Em razão do crescimento e aprimoramento social progressivo – ínsito ao desenvolvimento humano – novos desafios são lançados e, assim, novas formulações passam a coexistir, visando conceder novas respostas e visões para novos questionamentos – eis aí a razão de ser da intersecção entre direitos humanos e direito tributário (a qual não poderia sequer ser cogitada há pouco tempo – cerca de meio século atrás).

Com efeito, a área de direitos humanos apresentou franca evolução em período recente, assim como as limitações ao poder de tributar – ante o caráter combativo dos contribuintes e a progressão de construções nesse sentido, de maneira que, no contexto hodierno, há nítida interação entre estas.

Atualmente se compreende que os direitos humanos atuam também na seara tributária, como importantes balizadores à restrição do poder de tributar exercido pelo Estado e é nesse contexto que se inserem também os comandos protetivos estabelecidos pelo sistema interamericano de proteção de direitos humanos, que atuam de forma complementar ao sistema global, regionalizando o escopo de tutela no próprio continente.

A partir disso, observa-se que há normas de alcance tributário nos diplomas de referido sistema, as quais possuem como desdobramentos a possibilidade de argüições perante os órgãos internacionais do sistema regional.

Tais possibilidades, entretanto, ainda não têm sido densamente exploradas – nem pelos contribuintes, nem pela doutrina especializada, que ainda possui carência de produções específicas nesse sentido.

De uma maneira geral, a consolidação dos direitos humanos no campo tributário ainda encontra desafios inúmeros e há um longo caminho a ser trilhado, tanto no meio acadêmico, como nos aspectos de natureza mais pragmática.

A despeito disso, crê-se na superação dos desafios relativos aos direitos humanos no continente americano, neles incluídos os direitos do contribuinte, mediante progressivo estudo acerca da matéria – situação para a qual este trabalho pretende ter contribuído, ainda que de maneira tímida, inclusive com vistas para uma concretização dos ditames da justiça fiscal – verdadeiro norte para a ciência jurídica como um todo.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2012, 13ª ed.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 8ª ed (atualização de Misabel Derzi). Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

BORGES, José Souto Maior. **Direitos Humanos e Tributação**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 40, p. 189, set.- out. 2001.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relação de Jurisprudência**. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>>. Acesso em 06 mai. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto; GORENSTEIN, Fabiana; HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. **Manual de direitos humanos internacionais: acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Loyola, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTSUNG, Alencar. **O sistema jurídico: normas, regras e princípios**. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15037-15038-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Hierarquia Constitucional e Incorporação Automática dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_21/artigos/art_valerio.htm>. Acesso em 25 mai. 2014.

MENEZES, Márcio. **Cidadania, Tributação e Direitos Humanos**. Brasília: ESAF, 2011.

MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha. **Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos**: Aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da OEA**. Disponível em <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/carta.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2014.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Ações afirmativas e direitos humanos**. Disponível em <<http://www.usp.br/revistausp/69/04-flavia.pdf>>. Acesso em 21 mai. 2014.

RANDOW, Rodolpho. **Execução no Brasil de sentença de indenização compensatória proferida pela corte interamericana de direitos humanos**. Revista Bonijuris, Curitiba, v. 21, n. 548, p. 17-20, jul. 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo**. São Paulo: Max Limonad. 2001.

SILVA, Jailson Vitor Barros. KOZICKI, Katya. **Tratados Internacionais De Direitos Humanos**: reflexões sobre sua hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro. In: XIX SEMIC, 20 p. 2014. Curitiba: Associação Paranaense de Cultura, 2011, v. único., p. 12.

TORRES, Ricardo Lobo. Justiça Distributiva: social, política e fiscal. **Revista de Direito Tributário**, Rio de Janeiro, v. 1, jan. 1995.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e o Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 5-25, jul./set. 2002.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**, 6ª ed., atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.