

Capítulo 7: Direitos civis e políticos

§ 16 O direito à vida e a pena de morte (art. 6º do Pacto II; art. 4º da ConvIDH)

Sumário:

- I. Direito à vida
 1. O âmbito de proteção
 2. As obrigações de respeito
 3. As obrigações de proteção
 - a. As obrigações legislativas
 - b. A proteção contra ameaças por pessoas privadas
 4. Obrigações processuais do Estado
 5. Obrigações de garantir
- II. A pena de morte
- III. Perspectivas

Bibliografia: CARVALHO RAMOS, A. de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005. CARVALHO RAMOS, A. de. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. CARVALHO RAMOS, A. de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. REY MARTINEZ, F. La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión. In: GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (Coord.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 67-95. GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. de O. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Caso 1: As autoridades policiais do Estado X autorizam agentes de força especial de elite a utilizar força letal, em espaço público com grande movimentação, contra três suspeitos de integrar organização terrorista, que estariam portando explosivos. Após investigação, verifica-se que os mortos não pertenciam ao núcleo armado da organização. Tal informação era do conhecimento do setor de inteligência da polícia comum, que, em decorrência de divisões administrativas, não partilhava dados com a Agência Antiterrorista ou com o chefe das forças especiais que comandava a operação *in loco*. Além

disso, não estavam portando armamento ou explosivo, mas, devido à grande movimentação de pessoas no local, um dos agentes confundiu mochilas de terceiros como sendo dos suspeitos, o que o fez acreditar que eles haviam posto explosivos e iriam detoná-los. Todos os três morreram instantaneamente por disparos na cabeça. Avalie a conduta do Estado X em face da proteção internacional do direito à vida.

Caso 2: Mulher relatou, em delegacia de polícia do Estado Y, ameaças telefônicas de seu ex-namorado, bem como informou que este estaria seguindo-a constantemente nos seus trajetos regulares. A polícia registrou a ocorrência e exigiu, para outras providências, que maiores provas fossem apresentadas (gravações das supostas ameaças, bilhetes ameaçadores etc.). Dias depois, a mulher foi assassinada pelo ex-namorado. Avalie a conduta do Estado Y em face da proteção internacional do direito à vida.

Caso 3: Na região norte do Estado W, há aumento brutal de desaparecimentos de pessoas, com histórico de prática de furtos em estabelecimentos comerciais. Houve relatos de testemunhas anônimas a jornalistas afirmando que tais desaparecimentos forçados são fruto de ação de milícias compostas por policiais nos horários de folga, pagas por comerciantes e que agiam à luz do dia, certos da impunidade. Apesar disso, não houve a abertura imediata de investigação, pois a polícia alegou que os jornalistas, em nome do sigilo da fonte, não forneceriam os nomes das testemunhas. Quase um ano após tais denúncias e com o aumento da prática, houve a instauração de inquérito conduzido pelos próprios policiais da área dos desaparecimentos. Não houve, três anos após a instauração, qualquer andamento da investigação. Quase cinco anos depois e após intensa campanha de organizações de defesa de direitos humanos contra a impunidade, o Congresso aprova lei de iniciativa de deputado da região norte do Estado W, anistiando todo e qualquer policial envolvido em atos clandestinos de combate a criminosos, abarcando inclusive homicídios. Analise a conduta do Estado W em face da proteção internacional do direito à vida.

Caso 4: O Estado Z, signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e que já reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, decide interromper programa de saúde pré-natal às mulheres grávidas na rede pública, alegando crise financeira e necessidade de adotar plano de ajuste fiscal. De que modo essa interrupção afeta o direito à vida, previsto no artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos?

I. Direito à vida

Vida é o estado em que se encontra determinado ser animado. Seu oposto, a morte, consiste no fim das funções vitais de um organismo¹. Aplicados esses conceitos iniciais ao ser humano, vê-se que o Direito, ao longo dos anos, assiste a discussões sobre qual deve ser o formato da proteção jurídica à vida. Neste sentido, o direito à vida contempla diferentes facetas, que vão desde o direito de nascer, de permanecer vivo e de defender a própria vida e, com discussões cada vez mais agudas, devido ao avanço da medicina, acerca do ato de obstar o nascimento do feto, decidir sobre embriões congelados e ainda optar sobre a própria morte². Tais discussões envolvem aborto, pesquisas científicas, suicídio assistido e eutanásia, suscitando a necessidade de dividir a proteção à vida em dois planos: a dimensão vertical e a dimensão horizontal.

A dimensão vertical envolve a proteção da vida nas diferentes fases do desenvolvimento humano (da fecundação à morte). Algumas definições sobre o direito à vida refletem essa dimensão, pois esse direito consistiria no “direito a não interrupção dos processos vitais do titular mediante intervenção de terceiros e, principalmente, das autoridades estatais”³. Há ainda a sua dimensão horizontal, que engloba a qualidade da vida gozada e suas facetas sociais, o que nos leva a discussões sobre a vida digna e sobre o mínimo existencial. Esta dimensão horizontal leva a promoção do direito à vida a abarcar a tutela à saúde, educação, prestações de seguridade social e até mesmo meio ambiente equilibrado.

¹ RODRIGUES, Renata Cenedesi Bom Costa. El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Foro Constitucional Iberoamericano*, Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, 2003. Disponível em: <http://www.idpc.es/revista/index.php?option=com_content&task=view&id=81&Itemid=32>. Acesso em: 19 abr. 2009.

² Ver, entre outros, DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³ DIMOULIS, Dimitri. Vida (Direito à). In: DIMOULIS, Dimitri; TAVARES, André Ramos; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorin Campos; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 397-399.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos acompanha esta pluralidade de abordagens, como se verá. Além disso, os diplomas normativos de direitos humanos no plano internacional jamais ousaram definir “vida”, mas se concentraram em estabelecer marcos protetivos. Assim, ficou expresso o direito à *proteção* à vida, deixando para os órgãos judiciais e quase judiciais internacionais criados ao longo dos anos a tarefa de desvendar quais seriam os comportamentos lesivos a tal proteção e seus limites⁴.

Inicialmente, vê-se que o epicentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevê a proteção do direito à vida já em seu artigo III, que dispõe que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, poucos meses antes, em 1948, já havia estabelecido, em seu artigo 1º, que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa. Ainda nesta fase precursora dos diplomas internacionais de direitos humanos, a proteção à vida foi enfatizada no pós 2ª Guerra Mundial por meio do desejo de persecução criminal aos violadores bárbaros de direitos humanos, como se vê nos chamados “Princípios de Nuremberg” previstos na Resolução n. 96 (I), de 11 de dezembro de 1946, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Esse desejo motivou os Estados a tipificar e exigir punição a uma das maiores agressões ao direito à vida, o genocídio, que consiste no cometimento de atos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Como se vê no artigo 2º, “a”, da Convenção pela Prevenção e Repressão ao Genocídio (1948), pune-se o assassinato como um dos atos pelos quais é possível a prática do genocídio.

Após, o artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos regula longamente o direito à vida e a pena de morte, iniciando-se pela reafirmação de que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deve ser protegido pela lei: ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida” (art. 6º, 1). A preocupação com a violação arbitrária do direito à vida repercute nos demais itens do artigo 6º

⁴ O presente artigo contempla farta jurisprudência e análise crítica dos julgados sobre direito à vida das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos que constam respectivamente de duas obras: no plano europeu, ver o artigo magistral de Fernando Rey Martínez, “La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión” [in: GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 67-95]; e no plano das Américas, ver André de Carvalho Ramos, *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos* [São Paulo: Max Limonad, 2001]. Agradecemos ainda ao professor Rey Martínez, catedrático de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Valladolid (Espanha) por ter compartilhado conosco versão atualizada – ainda no prelo (2009) – do seu citado artigo sobre direito à vida.

com várias limitações à imposição da pena de morte. No plano regional, o artigo 2.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) estabelece que “O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei”. Já o artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos segue o mesmo caminho, estabelecendo que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Sociais também estabelece, em seu artigo 11, §1º, “o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida”. Esta vertente social do direito à vida explica o artigo XXV da Declaração Universal de Direitos Humanos, que dispõe: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”. Assim, vê-se que a dimensão vertical e horizontal da proteção jurídica da vida foram reconhecidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. A seguir, analisaremos os âmbitos de proteção inseridos nestas duas dimensões.

1. O âmbito de proteção

A proteção jurídica da vida possui traços distintivos da dos demais direitos, que direcionam o conteúdo das obrigações do Estado. Em primeiro lugar, é pressuposto dos demais direitos; em segundo lugar, a violação do direito à vida é irreversível e irreparável; por fim, há evidente desconforto doutrinário na delimitação do início e do término da vida, dados os incontáveis ingredientes científicos, religiosos e morais que influenciam o debate.

As obrigações dos Estados são, tradicionalmente, referentes às chamadas prestações negativas ou obrigações de defesa. Cabe ao Estado (e seus agentes) não violar de modo arbitrário a vida dos jurisdicionados, evitando-se a opressão e a tirania. Por isso, em vários tratados internacionais de direitos humanos, há a menção à proibição do Estado de *arbitrariamente* ou com uso excessivo de força privar alguém de sua vida. Porém, há também a dimensão objetiva do direito à vida, para a qual o direito à vida

não deve ser entendido como uma posição jurídica conferida a seu titular, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltadas à proteção e satisfação do direito à vida dos indivíduos. Essa dimensão objetiva faz com que direitos humanos sejam regras de imposição de deveres de implementação e desenvolvimento dos direitos individuais. Surgem as chamadas obrigações positivas ao Estado, que estabelecem o dever de criar políticas de promoção do direito à vida *digna*, em especial no que diz respeito às condições materiais mínimas de existência⁵.

Assim, a luta pela afirmação do direito à vida passou por várias fases, que ampliaram, progressivamente, seu âmbito de proteção. Por isso, divide-se o âmbito de proteção da vida no cenário internacional em quatro fases.

A primeira fase referente ao âmbito de proteção à vida consistiu em estabelecer regras para a aferição da legitimidade das condutas que ocasionavam a perda da vida, contando ainda com a proibição de ampliação das hipóteses de imposição da pena de morte (projetando-se o seu banimento futuro). Neste sentido, os tratados internacionais de direitos humanos preveem o direito de o indivíduo não ser privado *arbitrariamente* do direito à vida. O termo “arbitrariamente” possibilita, *a contrario sensu*, a existência de justificativas legais para o término da vida, como, por exemplo, a legítima defesa, o estado de necessidade, a eutanásia, entre outros.

A segunda fase implicou a fixação de obrigações ao Estado de zelo à vida das pessoas submetidas ao seu jugo, atacando-se a) o uso desproporcionado da força por parte dos agentes públicos; b) os desaparecimentos forçados e ataques clandestinos à vida por parte dos agentes públicos; c) as torturas e mortes nas prisões e dependências policiais. Essa segunda fase encontra forte desenvolvimento na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), como se vê nos *Casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz*, entre outros.

Como desdobramento da segunda fase, a terceira fase consiste na fixação da obrigação do Estado de zelar pela observância do direito à vida nas relações privadas. Nesse âmbito de proteção, insere-se o combate aos esquadrões da morte e as execuções extrajudiciais por parte de agentes privados, a proteção da vida de grupos vulneráveis, como se vê na discussão da violência de gênero, contra crianças e por discriminação odiosa, entre outros.

A quarta fase estabelece âmbito de proteção mais extenso da vida, abarcando as condições mínimas de existência. Assim, obriga-se o Estado a assegurar o mínimo existencial necessário a uma vida *digna*.

⁵ Para Willis Santiago Guerra Filho, “A dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997, p.13).

Note-se que não há superação, mas sim maior ou menor foco sobre tais âmbitos de proteção, a depender do contexto de cada Estado. Há aqueles que já superaram a fase do banimento da pena de morte e outros ainda a mantêm; o âmbito de proteção da vida nas relações privadas possui forte repercussão na maioria dos países, em especial na temática do aborto, pesquisa em embriões humanos congelados, suicídio assistido e eutanásia; a vida em condições materiais dignas encontra-se em debate em quase todos os países.

Logo, abordaremos a seguir as diversas obrigações do Estado visando implementar a proteção do direito à vida nos seus mais diversos âmbitos.

2. As obrigações de respeito

Os tratados internacionais de direitos humanos estabelecem obrigações aos Estados que podem ser classificadas em dois tipos: a obrigação de respeito aos direitos humanos e a obrigação de garantia. Como exemplo, cite-se o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece que o Estado fica obrigado a *zelar pelo respeito* dos direitos humanos reconhecidos e a *garantir o exercício* deles por parte de toda pessoa que é sujeita à sua jurisdição.

Essa obrigação de *respeito* concretiza uma obrigação de não fazer, que se traduz na *limitação do poder público em face dos direitos do indivíduo*. Como já declarou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o exercício da função pública tem limites que derivam dos direitos humanos, atributos inerentes à dignidade humana e, em consequência, superiores ao poder do Estado. Ainda, segundo a Corte, trata-se de dever de caráter eminentemente negativo, um dever de abster-se de condutas que importem em violações de direitos humanos⁶.

Assim, determinado Estado viola esse dever quando usa a força de modo arbitrário ou excessivo, privando indivíduos do direito à vida. Mesmo em situações de ruptura da ordem pública, cabe ao Estado possuir forças policiais treinadas que não abusem de seu poder.

Os excessos dos agentes públicos no uso da força merecem intensa reprovação dos tribunais internacionais de direitos humanos, como se vê na farta jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentença de 29 de julho de 1988, série C, n. 4, §165.

No sistema interamericano, cite-se o Caso da Penitenciária de El Frontón, no qual a Marinha peruana, literalmente, demoliu o presídio em questão. A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Peru pelo uso excessivo da força na repressão à rebelião, observando que o termo “arbitrariamente”, utilizado no artigo 4.1 (direito à vida) da Convenção Americana de Direitos Humanos, exclui de sua aplicação os processos legais aplicáveis nos países que conservaram a pena de morte no seu ordenamento jurídico, bem como não nega o direito de o Estado utilizar a força, ainda que implique a privação da vida, na manutenção da ordem interna e da segurança dos cidadãos. Porém, no caso em comento, a Corte considerou que a alta periculosidade dos detentos não justifica de modo algum a magnitude da força utilizada. A Corte ressaltou que o Estado tem o direito e também o dever de garantir sua própria segurança. É de se repudiar, porém, que o poder seja exercitável sem limite algum ou que o Estado possa valer-se de quaisquer meios para alcançar seus fins, depreciando a vida e a dignidade humana, como o fez ao demolir, usando explosivos, o presídio, massacrando dezenas de presos amotinados⁷.

Mesmo no que tange à repressão do terrorismo, vê-se que não pode o Estado adotar uma política de “vale-tudo” ou de aceitar que os “fins justifiquem os meios”. Neste sentido, um dos casos mais célebres foi o *Caso McCann e Outros contra o Reino Unido*, no qual a Corte Europeia de Direitos Humanos apreciou a morte de três membros do grupo irlandês IRA (Irish Republican Army) ocasionada por forças especiais britânicas em Gibraltar. A Corte fixou parâmetros que podem ser utilizados no **Caso 1**. Em primeiro lugar, o direito à vida é peça fundamental no arcabouço normativo de um Estado; disso decorre a necessidade de uma interpretação que lhe dê a máxima efetividade e ainda restrinja as possibilidades de sua legítima vulneração. Além disso, o recurso à força e o sacrifício da vida humana tem que ser absolutamente necessário e estritamente proporcional ao bem jurídico que se procura tutelar (por exemplo, a vida de outros). Logo, para a Corte Europeia, a privação da vida ordenada por agentes públicos deve ser precedida por análise rigorosa, tomando em consideração todas as circunstâncias do caso concreto, em especial a existência de alternativas menos gravosas. No *Caso McCann*, a Corte considerou que o Reino Unido violou o direito à vida das vítimas em decorrência da deficiente e negligente organização, planejamento e controle da operação policial. Com base nesses critérios, a Corte condenou o Reino Unido, afirmando que a proteção à vida abrange não só os atos arbitrários intencionais de privação da vida, mas também os atos ou omissões culposas, não intencionais, fundadas na negligência, imprudência ou imperícia⁸.

⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Neira Alegria - Mérito*, sentença de 19 de janeiro de 1995, série C, n. 20.

⁸ Ver *Caso McCann and Others vs. the United Kingdom*, julgamento em 5.9.1995.

Outro precedente importante do plano internacional sobre o dever dos agentes públicos de não violar a vida de modo arbitrário é o *Caso Andronicou e Constantinou vs. Chipre*, no qual a Corte Europeia de Direitos Humanos apreciou as mortes de sequestrador e sequestrada em uma operação de resgate policial⁹. Os peticionantes (pais da sequestrada) alegaram erros grosseiros na operação policial, mas a Corte decidiu que o planejamento e a execução da operação foram realizados de modo que minimizassem os riscos à vida dos envolvidos (em especial da sequestrada) e que, portanto, o Estado não havia violado o direito à vida previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Por outro lado, no *Caso Ergi vs. Turquia*¹⁰, a Corte Europeia de Direitos Humanos chegou à conclusão oposta, condenando o Estado pela morte de civil curdo em operação militar do Exército turco contra o Partido dos Trabalhadores do Curdistão, que luta pela independência desta região. Para a Corte, o Estado não respeitou seu dever de não pôr em risco a população civil, que ficou no fogo cruzado entre os combatentes.

Os deveres de abstenção do Estado também foram ressaltados no *Caso Caballero Santana* perante a Corte IDH, no qual a Colômbia foi condenada pelo desaparecimento forçado do senhor Caballero e da senhora Santana, detidos pelo Exército e depois nunca mais vistos. O lapso temporal do desaparecimento forçado levou a Corte a concluir que havia sido violado o direito à vida das vítimas, consagrando a responsabilidade internacional da Colômbia pelo respeito à vida daqueles sob a guarda das forças de segurança do Estado¹¹. Em outro caso célebre de desaparecimentos forçados, a Corte IDH apreciou a detenção por forças policiais peruanas e desaparecimento posterior do estudante Ernesto Rafael Castillo Páez, que nunca mais foi visto¹². A Corte concluiu pela violação do direito à vida, mesmo

⁹ Ver *Caso Andronicou e Constantinou vs. Chipre*, julgamento em 9.10.1997.

¹⁰ *Caso Ergi vs. Turquia*, julgamento em 28.7.1998.

¹¹ De acordo com os fatos narrados, Isidro Caballero e María del Carmen Santana foram detidos em 7.2.1989, na localidade conhecida como Graudas, sob a jurisdição do município de San Alberto, Departamento de Cesar, Colômbia, por uma patrulha militar composta por unidades do exército colombiano estacionadas na base militar de Líbano (jurisdição de São Alberto), componente da 5ª Brigada aquartelada em Bucaramanga. A detenção fora motivada pelo fato de o senhor Isidro Caballero ter sido, durante 11 anos, líder do Sindicato de Professores de Santander. Antes disso e pelas mesmas razões, fora preso na Prisão Modelo de Bucaramanga, acusado de pertencer ao Movimento 19 de abril (M-19), sendo libertado em 1986. A Corte sentenciou a referida ação no dia 8.12.1995, condenando o Estado-réu por violações à Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹² De acordo com os fatos narrados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no dia 21.10.1990, o estudante universitário de 22 anos de idade, Ernesto Rafael Castillo Páez, foi detido por agentes da Polícia Geral, integrantes da Polícia Nacional, nas cercanias do Parque Central do Grupo 17, Segundo Setor, Segunda Zona do Distrito de Villa El Salvador, em Lima (capital do Peru). De acordo com testemunhas presenciais, os agentes o detiveram, golpearam-no e o colocaram no porta-malas de um veículo policial e partiram. A detenção ocorreu após atentado do grupo guerrilheiro “Sendero Luminoso”. Os pais de Castillo Páez receberam um telefonema anônimo, por meio do qual foi informada a detenção de seu filho.

sem cadáver, uma vez que o senhor Páez, detido arbitrariamente, com paradeiro ocultado por agentes policiais, nunca mais foi visto desde o dia de sua prisão, em 1990. O decurso de tempo (a sentença é de 1997) aliado a tais circunstâncias levaram à conclusão razoável da morte do senhor Páez. A Corte rechaçou o argumento do Estado peruano de ausência de corpo de delito, tendo em vista que “é inaceitável esse raciocínio, pois bastaria que os autores de um desaparecimento forçado ocultassem ou destruíssem o cadáver da vítima, o que é frequente nesses casos, para que se produzisse a impunidade absoluta dos infratores”¹³. A Corte reiterou, assim, seu posicionamento em casos similares de desaparecimentos forçados quando decorridos vários anos sem que se saiba o paradeiro da vítima¹⁴. Os desaparecimentos forçados foram uma constante nos anos de chumbo das ditaduras sul-americanas, o que aumenta a importância dos *Casos Caballero Santana e Castillo Páez*.

Também é importante para a fixação dos deveres de abstenção do Estado o caso do massacre de “El Amparo” também perante a Corte IDH, no qual o Exército da Venezuela assassinou 14 pescadores na comunidade de El Amparo, tendo o Estado-réu reconhecido sua responsabilidade internacional. A ausência de contestação da Venezuela no processo internacional perante a Corte IDH demonstra o grau de consolidação, na comunidade interestatal, do dever de abstenção cobrado dos agentes públicos na promoção do direito à vida¹⁵.

Por outro lado, esses deveres de abstenção abarcam todos os Poderes do Estado e não somente o Poder Executivo. Assim, descumpre esse dever de abstenção a edição de lei que venha a acarretar a violação do direito à vida e ainda decisão judicial que venha a permitir tal violação de modo ilegítimo.

Imediatamente, iniciaram esforços para localizá-lo em diversas dependências policiais, todos infrutíferos. Foi interposto *habeas corpus*, sem resultado. Além disso, foram processados vários policiais pelo desaparecimento de Castillo Páez perante o 14º Juízo Criminal do Distrito de Lima. Por meio de sentença de 19.8.1991, esse Juízo concluiu que o desaparecimento forçado de Ernesto Rafael Castillo Páez fora realizado pelos efetivos policiais, mas apontou não haver indícios suficientes para condenar aqueles acusados, sendo arquivada a demanda. A Corte sentenciou a referida ação no dia 3.11.1997, condenando o Estado peruano por violações à Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez*, sentença de 3.11.1997, série C, n. 34, §73.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez*, sentença de 3.11.1997, série C, n. 34.

¹⁵ De acordo com os fatos narrados pela Comissão, 16 pescadores residentes no povoado de El Amparo dirigiam-se ao Canal La Colorada através do rio Arauca, localizado no Distrito Páez do Estado Apure, para participar de um torneio de pesca, a bordo de uma embarcação conduzida por José Indalecio Guerrero. Às 23h20, o barco parou e, enquanto alguns pescadores desembarcavam, membros do Exército e da polícia do Comando José Antonio Páez (Ceja), que realizavam uma operação militar denominada “Anguila III”, mataram 14 dos 16 pescadores. Wollmer Gregorio Pinilla e José Augusto Arias, que ainda se encontravam no barco, escaparam pulando na água e nadando através do Canal La Colorada. Os sobreviventes refugiaram-se na fazenda Buena Vista, localizada a 15 km do local dos eventos, e, no dia seguinte, entregaram-se ao Comandante da Polícia de El Amparo.

3. As obrigações de proteção

a. As obrigações legislativas

A obrigação de *garantia* concretiza *uma obrigação de fazer*, que consiste na organização, pelo Estado, de estruturas e procedimentos capazes de prevenir, investigar e mesmo punir toda violação, pública ou privada, do direito à vida, mostrando a faceta objetiva deste mesmo direito. Para a Corte IDH tal obrigação manifesta-se de forma preponderantemente positiva, tendo por conteúdo o dever de os Estados-Partes organizarem o “aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos”¹⁶. Logo, há o dever de os Estados criarem estruturas que previnam a ocorrência de violações arbitrárias ou ilegítimas ao direito à vida, ou seja, os Estados comprometeram-se a estabelecer um amplo *arcabouço institucional* no qual o direito à vida possa ser exercido com dignidade¹⁷.

b. A proteção contra ameaças por pessoas privadas

Em determinadas hipóteses o ato de um mero particular pode violar o dever de proteção do direito à vida por parte do Estado. De fato, o Estado não pode omitir-se em face de atos de particulares que ameacem ou violem o direito à vida. Não seria assegurada a proteção do direito à vida, caso o Estado nada fizesse para prevenir ou ainda reprimir atos de particulares que atentem contra a vida de outrem. Porém, no caso do dever de proteção contra atos de terceiros, não basta que se comprove a violação do direito à vida, mas também que o Estado foi omissivo no que tange ao que dele se espera em uma sociedade contemporânea, repleta de riscos à vida.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentença de 29.7.1988, série C, n. 4, § 166. A respeito do caso, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

¹⁷ No *Caso Velásquez Rodríguez*, a Corte declarou que “A prática de desaparecimentos, além de violar diretamente numerosas disposições da Convenção, como as assinaladas, significa uma ruptura radical deste tratado, na medida em que implica o crasso abandono dos valores que emanam da dignidade humana e dos princípios que mais profundamente fundamentam o sistema interamericano e a mesma Convenção. A existência dessa prática, ademais, supõe o desconhecimento do *dever de organizar o aparato do Estado* de modo que se garantam os direitos reconhecidos na Convenção [...]” [grifo do autor]. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez – Mérito*, sentença de 29.7.1988, série C, n. 4, §§ 149-150, 153, 155-158.

Por isso, há farta jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos analisando o comportamento do Estado *na ocorrência* de atos lesivos à vida por parte de pessoas privadas.

Entre os casos, cite-se o célebre *Caso Osman vs. Reino Unido*¹⁸, no qual um professor britânico, após assediar aluno e família, acabou matando o pai da família e ferindo gravemente o aluno. Houve ação perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, acusando o Estado de ter falhado em adotar as medidas protetivas apropriadas, assegurando a vida das vítimas. A Corte reconheceu que o direito à vida, previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 2º) exige que o Estado adote providências para evitar que a vida de alguém seja posta em risco por atos criminosos de outros. Contudo, a Corte decidiu que é impossível, no mundo contemporâneo, exigir que a polícia evite todo e qualquer crime, até porque é necessário proteger os direitos dos potenciais criminosos. Por isso, para que seja constatada a violação do direito à vida por atos de particulares, é necessário que se comprove que as autoridades públicas conheciam ou deveriam conhecer a existência de risco real e imediato sobre a vida e que não adotaram as medidas razoáveis para proteger as vítimas. Em outro caso da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Caso X e Y vs. Holanda*), o papel ativo do Estado foi *exigido explicitamente* e estabeleceu-se que os Estados são responsabilizados caso sejam omissos na repressão e prevenção de violações privadas dos direitos humanos¹⁹.

A “Doutrina Osman” foi reproduzida em outros casos, utilizando-se os mesmos critérios interpretativos para aferir a omissão injustificada do Estado. No *Caso Akkoç vs. Turquia*, a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou o Estado por não ter adotado as medidas preventivas, uma vez que era conhecido o risco real e imediato à vida de ativista curdo, que acabou assassinado²⁰. Essa doutrina pode ser usada no **Caso 2**.

No plano americano, a doutrina Osman também é acatada. Com efeito, como salientou Nieto Navia, juiz da Corte IDH, em voto dissidente, “não basta que ocorra a violação para que se possa dizer que o Estado falhou em preveni-la”²¹.

¹⁸ *Caso Osman vs. Reino Unido*, julgamento em 28.10.1998. Conforme já mencionado, há interessante relato do *Caso Osman* em Fernando Rey Martinez, La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión [in: GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 67-95].

¹⁹ Assinalou o acórdão que é necessário “the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves” (Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso X and Y vs. The Netherlands*, sentença de 26.3.1985, série A, n. 91, § 23).

²⁰ *Caso Akkoç vs. Turquia*, julgamento em 10.10.2000.

²¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Caballero Delgado y Santana*, sentença de 8.12.1995, voto dissidente do juiz Rafael Nieto Navia, série C, n. 22, § 44, tradução livre.

É necessário que o Estado não tenha desempenhado, de modo razoável, o seu dever de prevenir o resultado.

Foi o que decidiu a Corte IDH no *Caso Godínez Cruz*. Para a Corte, então, “Com efeito, um fato inicialmente não é imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular [...], pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas por falta da devida diligência para prevenir a violação”²². Essa devida diligência constitui um *agir razoável* para prevenir situações de violação de direitos humanos²³. A prevenção consiste em medidas de caráter jurídico, político e administrativo, que promovam o respeito aos direitos humanos e que sancionem os eventuais violadores²⁴.

A *falta da devida diligência* para *prevenir* ou para *reprimir e reparar* as violações de direitos humanos realizadas por particulares pode ensejar a responsabilidade do Estado. É o *caso de omissão na prevenção ou na repressão de atos ilícitos de particular* ou, ainda, no estímulo ou na edição de medidas que encorajam particulares para a violação de direitos.

No célebre *Caso Velásquez Rodríguez*, a Corte IDH de São José decidiu que, de acordo com o artigo 1º da Convenção Americana, as violações de Direitos Humanos causadas por particulares acarretam a responsabilidade do Estado *por sua injustificável omissão*, já que este tem a obrigação de assegurar o livre gozo dos direitos por parte de todos. Nos termos da sentença da Corte IDH, “a circunstância de que o aparelho do Estado tenha-se omitido de agir, o que está plenamente comprovado, representa um descumprimento imputável a Honduras dos deveres contraídos em razão do artigo 1.1 da Convenção”²⁵.

²² Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Godínez Cruz*, sentença de 20.1.1989, série C, n. 5, §182, p. 74, tradução livre.

²³ Este é o ensinamento mencionado no voto dissidente conjunto de Cançado Trindade, Aguiar-Aranguren e Picado Sotela, para os quais “a devida diligência impõe aos Estados o dever de prevenção razoável naquelas situações – como agora *sub judice* – que podem redundar, inclusive por omissão, na supressão da inviolabilidade do direito à vida” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Gangaram Panday*, sentença de 21.1.1994, série C, n. 16, voto dissidente conjunto dos juízes Antônio Augusto Cançado Trindade, Asdrúbal Aguiar-Aranguren e Sonia Picado Sotela, p. 35, tradução livre).

²⁴ Nesse diapasão, cite-se que, no *Caso Velásquez Rodríguez*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que “el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales” (ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentença de 29.7.1988, série C, n. 4, § 175, p. 71).

²⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentença de 29.6.1988, série C, n. 4, § 182.

Cabe ao Estado, então, um papel *ativo* na promoção de direitos humanos, zelando para que particulares não violem os direitos protegidos, ou, caso isso aconteça, buscando imediatamente a reparação do dano sofrido. Neste ponto, diante do dever de prevenir violações de direitos humanos, é necessário que o Estado, por sua omissão, permita a ofensa ao direito à vida²⁶.

Logo, exige-se que o Estado não cometa (por meio de seus agentes) atos de violação de direitos humanos ou não previna razoavelmente (por meio da devida diligência) a realização de violações ocasionadas por terceiros²⁷.

4. Obrigações processuais do Estado

A proteção do direito à vida impõe obrigações de proteção de cunho procedimental ao Estado. Assim, diante da impossibilidade de se prevenir, com êxito, agressão injusta ao direito à vida, cabe ao Estado criar mecanismos de investigação, persecução e punição aos violadores. Essa obrigação de investigar, processar e punir tem sido reiteradamente fixada pelos tribunais internacionais de direitos humanos em funcionamento nos diversos casos de violação do direito à vida. Esta obrigação de cunho procedimental é essencial para prevenir novas violações, pois serve como fator de desestímulo ao evitar a impunidade dos autores de violações do direito à vida.

Desde cedo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao buscar promover os direitos de todos os indivíduos, fez menção à necessidade de prevenir as violações de direitos humanos e, no caso de ocorrência destas, de reparar os danos causados às vítimas. Com efeito, a Declaração Universal de Direitos Humanos, peça-chave no Direito Internacional, estabeleceu, em seu artigo VIII, que toda pessoa vítima de violação a sua esfera juridicamente protegida tem direito a um recurso *efetivo* perante os tribunais nacionais, para a obtenção de reparação²⁸.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU estabelece o mesmo direito, em seu artigo 2º, § 3º, o que também ocorre na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art. 6º). Na Convenção Internacional contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, todo Estado-Parte deve assegurar às vítimas reparação de todo dano sofrido (art. 14, § 1º).

²⁶ Para o internacionalista Malcom Shaw, “The state, however, is under a duty to show due diligence” (SHAW, Malcolm. *International law*. 3. ed. Cambridge: Grotius Publications; Cambridge University Press, 1995, p. 492).

²⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Paniagua Morales e Outros – Mérito*, série C, n. 37, § 173.

²⁸ JOYNER, Christopher C. Redressing impunity for human rights violations: the universal declaration and the search for accountability. *Denver Journal of International Law & Policy*, Denver: University of Denver College of Law, v. 26, p. 591 e ss., 1997-1998.

Na década de 90 do século passado a proteção dos direitos humanos consagrou o foco na implementação dos direitos protegidos²⁹. No seio da Organização das Nações Unidas, cite-se o trabalho desenvolvido por Theo Van Boven, relator especial da Comissão de Direitos Humanos para a redação de resolução contendo os princípios básicos do direito à reparação das vítimas de violações de Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário. Finalmente, em dezembro de 2005, foi aprovada a Resolução n. 60/147 da Assembleia Geral das Nações Unidas referente aos princípios sobre o direito à reparação das vítimas de violações graves de direitos humanos³⁰. Tal resolução consagrou o dever de investigar, processar e punir criminalmente os autores de violações de direitos humanos *como parte da obrigação genérica dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos*. O artigo 3º da citada Resolução é claro: “a obrigação de respeitar, garantir o respeito e implementar o Direito Internacional dos Direitos Humanos como determinado pelos seus respectivos órgãos jurídicos inclui, *inter alia*, o dever de [...] b) investigar as violações de modo efetivo, pronto, completo e imparcial, e, no caso de ser adequado, propor ação contra aqueles presumidamente responsáveis de acordo com a lei doméstica e o Direito Internacional”³¹. Há uma característica típica do Direito Internacional dos Direitos Humanos que hoje contamina os ordenamentos locais: desde sua origem, suas normas preocuparam-se com a punição penal aos autores de violações de direitos humanos. De fato, os episódios bárbaros dos regimes totalitários na 2ª-Guerra Mundial foram utilizados para mobilizar a sociedade internacional, reunida na então recém-criada Organização das Nações Unidas, em torno dos ideais de proteção dos direitos humanos³². Tais episódios motivaram também a criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que reforçou o desejo de combater a impunidade dos autores de tais condutas odiosas e gerou o chamado “Direito de Nuremberg”, que consiste em um conjunto de resoluções da Assembleia Geral da ONU e de tratados internacionais voltados para a punição dos autores de crimes

²⁹ Vide, como exemplos, as seguintes Resoluções da Comissão de Direitos Humanos: Resolução 1994/35, de 4.3.1994, Resolução 1995/34, de 3.3.1995, e Resolução 1996/35, de 19.4.1996.

³⁰ Ver Resolução 60/147, de 16.12.2005, intitulada “Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law”.

³¹ Tradução do autor.

³² Conforme ensina Sudre: “Ce n’est qu’après la seconde guerre mondiale et ses atrocités qu’émerge le droit international des droits de l’homme avec la multiplication d’instruments internationaux énonçant les droits garantis” (ver SUDRE, Frédéric. *Droit international et européen des droits de l’homme*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 13).

contra a humanidade³³. A Resolução 3074 (XXVIII), de 3 de dezembro de 1973, da Assembleia Geral da ONU estabeleceu regras internacionais de cooperação na detenção, extradição, punição dos acusados de crimes de guerra e crimes contra a humanidade e determinou a persecução criminal no país da detenção do acusado ou sua extradição para países cujas leis permitam a punição (*aut dedere aut judicare*³⁴). Há também a proibição da concessão de asilo a acusados de cometimentos de crimes contra a humanidade³⁵ e a impossibilidade de caracterização desses crimes como crimes políticos para fins de concessão da extradição³⁶. Cabe ainda lembrar que a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade (1973) estipulou a inaplicabilidade das chamadas “regras técnicas de extinção de punibilidade”, as chamadas *statutory limitations*, o que acarreta a imprescritibilidade destes crimes, no que foi acompanhada pelo Estatuto de Roma³⁷.

Este entrelaçamento entre a proteção de direitos humanos e o Direito Penal foi consagrado na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993. Tal Conferência foi um marco na proteção de direitos humanos no mundo³⁸, tendo como resultado a elaboração de uma *Declaração* e um *Programa de Ação* para a promoção e proteção de direitos humanos³⁹. A Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena (1993) implantou, em definitivo, o dever dos Estados de punir criminalmente os autores de graves violações de direitos humanos para que seja consolidado o Estado de Direito, tendo sido estabelecido que os “Estados devem ab-rogar leis conducentes à impunidade de pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos, como a tortura, e punir criminalmente essas violações, proporcionando, assim, uma base sólida para o Estado de Direito”⁴⁰.

³³ A respeito do Direito de Nuremberg, ver ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (Org.). *Droit international pénal*. Paris: Centre de Droit International de l'Université Paris X; Éditions Pedone, 2000, p. 635 e seguintes.

³⁴ O princípio do *aut dedere aut judicare* (“extraditar ou julgar”) remonta a Grotius e tem como objetivo assegurar punição aos infratores destas normas internacionais de conduta, onde quer que eles se encontrem. Não estariam seguros, na expressão inglesa, *anywhere in the world*. Ver mais em CARVALHO RAMOS, André de. O Caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, p. 106-114, 1999.

³⁵ Ver o § 7º da Resolução 3074 (XXVIII) e também o artigo 1º, § 2º, da Declaração sobre Asilo Territorial da Assembleia Geral da ONU, adotada em 14.12.1967 [Resolução 2312 (XXII)].

³⁶ Ver, por exemplo, o artigo VII da Convenção sobre Genocídio e artigo XI da Convenção sobre o *Apartheid*.

³⁷ Artigo 29: Imprescritibilidade. *Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem*.

³⁸ Ver mais sobre o processo de negociação que envolveu a Conferência de Viena na excepcional obra de LINDGREN ALVES, José Augusto. *Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências*. Brasília: IBRI, 2001.

³⁹ A Declaração contém um preâmbulo de 17 parágrafos e uma parte principal de 39 artigos. O Programa de Ação contém 100 parágrafos com recomendações de condutas.

⁴⁰ Item 60. Ver o texto completo da Declaração e Programa de Ação de Viena em VILHENA, Oscar V. *Direitos Humanos: normativa internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 177-215.

Foi consagrada uma nova forma de relacionamento entre a proteção dos direitos humanos e o Direito Penal, com foco, em especial, no revigorado desejo do Direito Internacional dos Direitos Humanos pela repressão penal aos violadores de direitos humanos.

Além disso, insere-se no dever processual dos Estados de proteção à vida a não concessão das indevidas anistias aos violadores bárbaros de direitos humanos. No plano americano, a Corte IDH condenou a edição de leis de anistia aos autores de violação de direitos humanos. No *Caso Loayza Tamayo*, a Corte IDH enfrentou a posição do Estado peruano, que se insurgiu contra o dever de investigar e punir os responsáveis pela ilegal detenção da senhora Tamayo, alegando *anistia geral* aos membros das Forças Armadas e Polícias Civil e Militar⁴¹. Para a Corte, Estados *não podem* justificar o inadimplemento de suas obrigações internacionais invocando dispositivos internos. Logo, impõe-se aos Estados a obrigação de prevenir, investigar, identificar e sancionar os autores das violações de direitos humanos.

Conforme consta da sentença da Corte:

Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistia expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento del Peru en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado⁴².

Já no *Caso Barrios Alto*, a Corte IDH reiterou seu entendimento de que as leis de anistia violam a *proteção internacional dos direitos humanos*. De fato, em passagem extremamente clara, a Corte IDH afirmou que:

son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴³.

⁴¹ O governo Fujimori é o responsável pela aprovação dos Decretos-Leis n. 26.479 e 26.492 (leis de anistia).

⁴² Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo – Reparaciones*, sentença de 27.11.1998, série C, n. 42, § 168.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos*, sentença de 14.3.2001, série C, n. 75, § 41.

Nesse último caso, a Corte IDH assinalou que as leis de anistia adotadas pelo Peru de Fujimori violaram o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (direito dos parentes das vítimas de serem ouvidos por um juiz – direito de acesso à justiça), o artigo 25 (direito ao devido processo legal) e finalmente o artigo 1.1 (obrigação de garantir os direitos humanos, por meio da punição aos autores das violações)⁴⁴. Foi determinado ao Estado peruano, então, que simplesmente investigasse, processasse e punisse os responsáveis pelas violações, até então, “anistiados”⁴⁵.

Especificamente sobre o dever de investigar as violações, a Corte IDH destacou *a necessidade de o Estado reparar a dita violação através da identificação e punição dos responsáveis*⁴⁶. Conforme defendi em livro anterior, “a repressão penal é hoje vista como importante elemento da proteção de direitos humanos. Coerentemente, a Corte estipulou, como objeto das reparações devidas pelo Estado-réu, o dever de investigar e punir os responsáveis pelo desaparecimento do senhor Velasquez”⁴⁷. Logo, sustentei, então, que

A Corte, nesse ponto, abraçou o entendimento majoritário na prática da responsabilidade internacional do Estado, que entende ter a reparação um conteúdo variável, podendo consistir tanto em uma restituição na íntegra, quanto em indenização ou mesmo em garantias de não repetição. A persecução criminal é evidente, garantia de não repetição das condutas reprovadas⁴⁸.

Esse posicionamento da Corte IDH tem-se repetido nos casos seguintes. Cite-se a recente decisão relativa ao *Caso Suarez Rosero*, na qual novamente a Corte estabeleceu o *dever do Estado equatoriano de investigar e punir* as pessoas responsáveis pelas violações de direitos humanos mencionadas na sentença. De acordo com a Corte, “Como consecuencia de lo dicho, la Corte considera que el Ecuador debe

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos*, sentença de 14.3.2001, série C, n. 75, §§ 42 e 44.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos*, sentença de 14.3.2001, série C, n. 75, §§ 4º e 5º do dispositivo da sentença.

⁴⁶ Para Cerna, “The Court, in its Judgement on the merits in Velásquez Rodriguez, concluded that the state’s responsibility consists of ‘a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim adequate compensation’ [CERNA, Christina. *The Inter-American Court of Human Rights*. In: JANIS, Mark W. (Ed.). *International courts for the twenty-first century*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 146]. A respeito do tema, ver BUERGENTHAL, T.; SHELTON, Dinah. *Protecting human rights in America: cases and materials*. Strasbourg: N. P. Engel Publisher, 1995.

⁴⁷ Ver CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 144.

⁴⁸ Idem, *ibidem*.

ordenar una investigación para identificar y, eventualmente, sancionar a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta sentencia”⁴⁹. No mesmo diapasão, a Corte Europeia de Direitos Humanos interpretou o direito a remédio judicial previsto no artigo 13 da Convenção para nele incluir a obrigação do Estado de investigar e punir. Cite-se, então, o *Caso X e Y contra Holanda*, no qual a legislação holandesa que previa o direito de queixa penal exclusivamente pela vítima. Como a vítima era incapaz, a persecução penal tornou-se impossível. A Corte considerou que a ação cível (como alegava o governo) *não* era um remédio adequado como reparação, após ofensa aos direitos humanos⁵⁰. Sendo assim, a Corte condenou o Estado holandês, que reparou o dano ao modificar o seu Código Penal, possibilitando aos representantes legais de incapaz de representar penalmente contra o ofensor sexual da vítima⁵¹. Logo, em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma das consequências da violação de direitos humanos é a necessidade da investigação e persecução penal⁵².

Por sua vez, espera-se que efetivamente o Estado cumpra seu dever procedimental e não apenas emita uma declaração vazia de que “iniciará as investigações”. De fato, no caso dos meninos de rua da Guatemala, houve vários assassinatos e torturas de crianças, sem que os responsáveis fossem punidos, por causa da ausência de uma investigação séria por parte do aparato policial-judicial daquele Estado. Nesse sentido, a Corte IDH foi direto ao ponto e decidiu que:

Esta Corte ha señalado con claridad que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suarez Rosero*, sentença de 12.11.1997, § 107, p. 31.

⁵⁰ Sustenta Roht-Arriaza (1995, p. 34) que *somente os dispositivos da lei criminal podem dar a prevenção efetiva*. No original do texto: “The protection afforded by the civil law was insufficient in the case of wrongdoing of the kind in question, which affected fundamental values: Only criminal law provisions could achieve effective deterrence and, indeed, these provisions normally regulated such matters. Therefore, there was no adequate means of obtaining a remedy. Thus, for serious criminal law violations, at least the possibility of prosecution may be a requirement under the European Convention; civil remedies may be insufficient” [ROHT-ARRIAZA, Naomi. Sources in international treaties of and obligation to investigate and prosecute. In: ROHT-ARRIAZA, Naomi (Org.). *Impunity and human rights in international law and practice*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 34].

⁵¹ De acordo com a Corte Europeia, em alguns casos a *prevenção só pode ser obtida por meio de dispositivos da lei penal*. Assim, segundo a Corte Europeia, “The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated” (Corte Europeia de Direitos Humanos, *X & Y vs. Netherlands*, sentença de 26.3.1985, série A, n. 91, § 27).

⁵² Assim, para Roht-Arriaza (1995, p. 32), em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a *persecução criminal é parte das obrigações que o Estado assume ao assinar a Convenção*. No original, “Thus, by implication, criminal prosecution is part of the obligations the state assumes by signing the Convention” [ROHT-ARRIAZA, Naomi. Sources in international treaties of and obligation to investigate and prosecute. In: ROHT-ARRIAZA, Naomi (Org.). *Impunity and human rights in international law and practice*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 32].

antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad⁵³.

Deve-se evitar, então, que o ônus da prova do envolvimento de agentes públicos seja da vítima, pois o Estado tem de possuir agentes independentes capazes de auxiliar na busca da verdade. Pelo contrário, deve ser estabelecido, sob pena da responsabilização internacional do Estado, um sistema interno eficiente de investigação, punição e indenização às vítimas. Há a necessidade de o Estado infrator investigar em boa-fé todas as alegações de violação de tratados internacionais de direitos humanos⁵⁴. A perda de cargos públicos e a impossibilidade de reocupar tais funções também devem ser impostas, no intuito de impedir novas violações.

A obrigação de investigar e punir é uma obrigação de meio e não de resultado, conforme já reconheceu reiteradamente a Corte IDH. Assim, provado que o Estado, por meio de órgãos independentes, desempenhou a contento seu mister, mesmo com o fracasso das investigações, o Estado não será responsabilizado por isso⁵⁵.

Por isso, no *Caso Gilson Carvalho*, a Corte sustentou que compete aos tribunais do Estado o exame dos fatos e das provas apresentadas. Não competiria a uma Corte de Direitos Humanos substituir a jurisdição interna e fixar “as modalidades específicas de investigação e julgamento num caso concreto para obter um resultado melhor ou mais eficaz, mas constatar se, nos passos efetivamente dados no âmbito interno, foram ou não violadas obrigações internacionais do Estado decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana”⁵⁶.

Por outro lado, esse dever de investigar e punir exige também que o Estado tipifique penalmente a conduta impugnada para que possa investigar e punir (decorrência lógica). Na mesma linha, Kai Ambos defende que *a contemplação passiva por parte do Estado* das graves violações de direitos humanos representa a fratura do Direito e o

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Villagrán Morales y Otros*, sentencia de mérito de 19.11.1999, série C, n. 63, § 226.

⁵⁴ Sobre a responsabilidade internacional por violação de direitos humanos, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29.7.1988, série C, n. 4, § 188, p. 77.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gilson Nogueira de Carvalho e Outro*, sentencia de 28.11.2006, série C, n. 161, § 80.

incentivo à justiça pelas próprias mãos⁵⁷. Do ponto de vista do tratamento isonômico, a impunidade dos violadores de direitos humanos é nefasta, pois o afastamento da tutela penal só ocorre para os privilegiados, com acesso a algum filtro da impunidade. Com isso, cria-se um Estado dúbio, no qual a tutela penal ora é ativada, quando os autores são dos grupos marginalizados, ora é impedida, quando os autores são agentes públicos graduados ou membros da elite econômico-social do país.

Cumprir assinalar, todavia, que essa obrigação de investigar e processar os autores de violações de direitos humanos *não transforma* os tribunais internacionais de direitos humanos em autênticas Cortes criminais. Entretanto, a obrigação de punir, como consequência da garantia genérica de direitos humanos, é *questionada* por alguns críticos, pois afirmam que é distorcido o sistema de proteção de direitos humanos para *encobrir a falta* de uma *Corte Internacional Penal* na qual seriam julgados indivíduos. Logo, segundo essa visão, na ausência de tal Corte e de um tratado próprio instituindo os crimes, utilizam-se os atuais tratados de direitos humanos, *originalmente previstos para serem interpretados em favor do indivíduo e contra o Estado*, para justificar, *paradoxalmente*, a ação do Estado *contra* indivíduos⁵⁸.

De fato, apenas recentemente entrou em vigor o Estatuto de Roma, que cria, finalmente, o Tribunal Penal Internacional permanente. Contudo, a obrigatoriedade de o Estado investigar e punir os autores de violação é *obrigação secundária gerada a partir da obrigação internacional de garantir os direitos humanos*, não sendo objeto do processo de responsabilidade internacional do Estado a análise da responsabilidade subjetiva dos indivíduos autores do ilícito, nem sua função fixar as penas criminais correspondentes⁵⁹. A crítica acima apontada não leva em consideração o papel de *desestímulo* dessa obrigação secundária – essencial para prevenir novas violações de direitos humanos –, o que está em *perfeita sintonia* com os objetivos dos tratados de direitos humanos.

A impunidade é verdadeiro *câncer* na proteção de direitos humanos e deve ser combatida por meio da investigação e punição criminal. Nas Américas, a Corte IDH adotou a chamada “Doutrina Velásquez-Rodríguez”, que determina a obrigação de o Estado reprimir penalmente as violações de direitos humanos. Assim, a Corte

⁵⁷ AMBOS, Kai. *Direito penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Tradução e comentários de Pablo Rodrigo Alfren da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 23.

⁵⁸ Para tais críticos, em relação aos acusados das atrocidades contra os direitos humanos exige-se que o Estado use os tratados de direitos humanos contra aqueles. Como afirma Rescia, “no es competencia de un tribunal de derechos humanos condenar a personas... Ello nos lleva a pensar en la necesidad de crear otros mecanismos sustantivos más idóneos de determinación de responsabilidad internacional individual, concretamente en la creación de una Corte Penal Internacional” (RESCIA, Víctor Manuel Rodrigues. *La ejecución de sentencias de la Corte interamericana de derechos humanos*. San José: Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 32).

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentença de 29.7.1988, série C, n. 4, § 134, p. 51.

condena o Estado pela violação do direito à vida e *também* pela eventual impunidade dos autores das violações. Considera a Corte que tal impunidade serve como estímulo para novas violações, o que o Estado contratante da Convenção Americana de Direitos Humanos não poderia ter permitido. A Corte reafirmou seu entendimento de impunidade, que é a “falta em seu conjunto de investigação, persecução e condenação dos responsáveis pelas violações de direitos protegidos pela Convenção Americana”⁶⁰.

Há outra passagem importante de sentença da Corte IDH, na qual foi realçado que “o Estado tem a obrigação de combater tal situação [impunidade] por todos os meios legais disponíveis, já que a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total falta de defesa das vítimas e de seus familiares”⁶¹. Logo, a ação penal é *considerada um dever fundamental do Estado*, especialmente necessário para a prevenção de crimes contra os direitos humanos, na medida em que os violadores de direitos humanos não mais terão a certeza da impunidade⁶².

Na Europa, a Corte Europeia de Direitos Humanos adotou a “Doutrina Jordan”, oriunda do *Caso Jordan vs. Reino Unido*⁶³, que estipula os parâmetros pelos quais é possível aferir se um Estado cumpriu – ou não – tais obrigações procedimentais de investigar e punir os violadores do direito à vida.

Reunidos os posicionamentos dessas duas Cortes⁶⁴, chegamos ao presente roteiro. Os critérios são os seguintes:

1) *Independência dos investigadores*. A Corte Europeia de Direitos Humanos não exige somente “independência formal”, ou seja, ausência de hierarquia ou outro tipo de subordinação, mas independência prática. A prática, usual nas Américas, de dependência do próprio órgão acusado de praticar a violência (policiais investigando

⁶⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Loayza Tamayo – Reparaciones*, sentença de 27.11.1998, série C, n. 42, § 170.

⁶¹ Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Paniagua Morales y Otros*, sentença de 8.3.1998, série C, n. 37, § 173.

⁶² Cite-se ainda, entre outros, o *Caso Blake*, no qual a Guatemala foi condenada a realizar investigações e punir os responsáveis pelo desaparecimento do senhor Blake. Segundo a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “o Estado da Guatemala está obrigado a dispor de todos os meios a seu alcance para investigar os fatos denunciados e sancionar os responsáveis pelo desaparecimento e morte do senhor Nicholas Chapman Blake” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Blake*, sentença de 24.1.1998, p. 41, tradução livre). Ver mais comentários sobre esse caso em CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

⁶³ *Caso Jordan vs. Reino Unido*, julgamento em 4.5.2001.

⁶⁴ Foi utilizada aqui a exposição de Rey Martinez feita com casos da Corte Europeia de Direitos Humanos, acrescido dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos realizado pelo autor deste estudo. Ver em REY MARTINEZ, Fernando. La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión. In: GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 67-95.

outros policiais – em vários Estados, o Ministério Público sequer conta com equipe própria de investigação para tais crimes) não atende a este requisito.

2) *Efetividade na investigação*. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos rechaçam a chamada “investigação aparente ou meramente formal”, consubstanciada em informes governamentais à mídia de que “investigações serão realizadas”. Deve o Estado realizar esforços reais e sérios para identificar o uso abusivo da força e punir os responsáveis. Não se exige que este resultado (identificação e punição) seja alcançado, pois não se trata de obrigação de resultado (*Caso Gilson Carvalho, Comissão vs. Brasil*⁶⁵), mas sim obrigação de usar todos os meios para se chegar à verdade dos fatos.

3) *Investigação imediata*. A resposta estatal não pode ser tardia, após anos de luta dos representantes da vítima ou da sociedade civil. Para a Corte Europeia de Direitos Humanos, uma resposta rápida do Estado é essencial para manter a confiança pública no respeito, pelos agentes públicos, ao direito à vida de todos.

4) *Ônus do Estado e não do indivíduo*. O Estado não pode quedar-se inerte, reclamando – da vítima ou de seus familiares – provas do envolvimento de agentes públicos. A investigação deve ser iniciada sem demora, em especial nos casos de tortura e desaparecimento forçado, no qual a clandestinidade da violência contra a pessoa exige esforço técnico especializado do Estado para descobrir seu paradeiro, se possível com vida. Este requisito é construção das Américas, consagrado na Doutrina Velásquez-Rodríguez, pois para a Corte IDH “nos processos sobre violações de direitos humanos, a defesa do Estado não pode descansar sobre a impossibilidade do demandante de alegar provas que, em muitos casos, não podem ser obtidas sem a cooperação do Estado. É o Estado quem tem o controle dos meios para clarificar fatos ocorridos dentro do seu território”⁶⁶.

5) *Proibição das leis de autoanistia*. Os Estados não podem abrir mão, por meio de leis de anistia, do dever de investigar, processar e punir, com a devida diligência, os autores das violações do direito à vida. A impunidade é importante fator de estímulo de novas violações.

⁶⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Gilson Nogueira de Carvalho e Outro*, sentença de 28.11.2006, série C, n. 161.

⁶⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez – Mérito*, sentença de 29.7.1988, série C, n. 4, §§ 134, 135 e 136.

Estes critérios podem ser utilizados no **Caso 3**, como norte para averiguar se o Estado cumpriu ou não seu dever procedimental na investigação das violações do direito à vida.

A ausência de punição aos agressores gera, no mínimo, um dano moral à vítima ou a seus familiares⁶⁷. Nesse diapasão, a Corte IDH já decidiu que *a ausência de investigação por parte das autoridades públicas gera um sentimento de insegurança, frustração e impotência, o que concretiza o dano moral*⁶⁸. Como se sabe, uma sociedade que esquece suas violações presentes e passadas de direitos humanos está fadada a repeti-las.

Logo, a proteção do direito à vida engloba a existência de obrigação da identificação dos agentes responsáveis pela sua violação, da persecução criminal deles e do conseqüente afastamento da função pública que porventura exerçam. Essas obrigações buscam o combate à impunidade, com o conseqüente desestímulo a novas condutas atrozess.

Em resumo, é patente hoje *a necessidade de o Estado investigar em boa-fé todas as alegações de violação ilegítimas do direito à vida*.

5. Obrigações de garantir

O direito à proteção da vida abarca, inclusive, as condições materiais mínimas de existência de uma pessoa. De fato, a Corte IDH determinou que o direito à vida compreende não somente o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também o direito a que não sejam geradas situações que impeçam ou dificultem o acesso a uma existência digna⁶⁹.

Fica consagrado, então, o novo conteúdo da proteção do direito à vida, sob a forma de prestações positivas do Estado *vinculadas às condições de vida*. O paradigma deste giro copernicano na proteção do direito à vida foi adotado no *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros)* da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que estabeleceu que cabe ao Estado, na promoção da vida, garantir “el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna”.

⁶⁷ Ver SPERDUTI, Giuseppe. Responsibility of States for activities of private law persons. In: BENHARDT, Rudolf (Org.). *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam; New York: North Holland, v. 10, p. 374.

⁶⁸ Na sentença de reparação do caso de Nicholas Blake (jornalista norte-americano, vítima de desaparecimento forçado na Guatemala), a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que a omissão na investigação e punição acarreta dano moral. Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Blake – Reparaciones*, sentença de 22.1.1999, série C, n. 48, § 57.

⁶⁹ No plano interamericano, ver os seguintes julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros)*, § 144; *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*, § 156; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, § 128; *Caso Myrna Mack Chang*, § 152.

Nesse caso, ficou consagrado que o direito à vida não possui somente uma faceta dita de “defesa”, mas abarca também o dever de oferecer condições de vida digna. Assim, nasce, como realça o juiz Trindade em seu voto, o *direito à vida com dignidade*, que é, ao mesmo tempo, direito civil e político, mas também direito econômico e social. A Corte, então, não ficou restrita ao conceito de vida resumido à mera existência de vida física, mas exigiu respeito à dignidade humana. Esta visão abrangente do direito à vida é coerente com a chamada indivisibilidade dos direitos humanos, reconhecida na Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), que prega que todos os direitos humanos devem ter a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna.

No caso dos “meninos de rua”, houve o reconhecimento de que havia risco à vida pelo estado de abandono social em que eles viviam. Os assassinatos completaram a perda da vida, mas os meninos já estavam em situação de risco social e a vida naquelas condições era degradante. Por isso, a Corte IDH exigiu da Guatemala medidas de proteção para a realização completa do direito à vida, em especial por meio de ações sociais e com a garantia do mínimo existencial. Em conclusão, a Corte reconheceu que a privação da vida não se dá somente por meio do homicídio, mas também pela negação do direito de viver com dignidade. Cabe ao Estado coibir o homicídio e *também* coibir a vida em condições degradantes⁷⁰. Esta visão pode ser invocada no **Caso 4**.

Além disso, a proteção ao direito à vida ainda alcança o dever do Estado de restaurar o chamado “projeto de vida” de vítima de violação dos direitos humanos. Este conceito, revolucionário, visa obrigar o Estado a envidar todos os esforços para que as potencialidades da vida de uma pessoa não sejam conspurcadas pelas violações de direitos humanos. Assim, a reparação dos danos causados não seria restrita aos conceitos tradicionais do Direito Privado, que corresponderiam à lesão patrimonial derivada imediata e diretamente dos fatos (dano emergente) e ainda aos lucros cessantes, referentes à perda de ingressos econômicos futuros. Já o projeto de vida refere-se a toda *realização de um indivíduo, considerando, além dos futuros ingressos econômicos, todas as variáveis subjetivas, como vocação, aptidão, potencialidades e aspirações diversas, que permitem razoavelmente determinar as expectativas de alcançar o projeto em si*⁷¹. Assim, a promoção do direito à vida abarcaria também o seu

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Villagrán Morales e Outros (Caso de los Niños de la Calle*, sentença de 19.11.1999, em especial no § 144.

⁷¹ A Corte Interamericana de Derechos Humanos reconheceu este conceito de “projeto de vida” em sua sentença de reparação no *Caso Loayza Tamayo*. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo – Reparaciones*, sentença de 27.11.1998, série C, n. 42, §§ 144-154.

desenvolvimento normal. Violações de outros direitos interrompem o previsível desenvolvimento do indivíduo, mudando drasticamente o curso de sua vida, impondo muitas vezes circunstâncias adversas que impedem a concretização de planos que uma pessoa formula e almeja realizar. A vida de uma pessoa se vê alterada por fatores estranhos a sua vontade, que lhe são impostos de modo arbitrário, *muitas vezes violento e invariavelmente injusto*, com violação de seus direitos protegidos e quebrando a confiança que todos possuem no Estado (agora violador de direitos humanos), criado justamente para a busca do bem-comum de toda a sociedade. Por tudo isso, a Corte IDH considerou *perfeitamente admissível* a pretensão de uma vítima de que seja reparada, por todos os meios possíveis, pela perda de opções de vida ocorrida devido ao fato internacionalmente ilícito⁷². Os meios necessários à efetivação da reparação ao projeto de vida serão insuficientes, é claro, em vários casos impedindo que o indivíduo retome todas as suas potencialidades e opções de vida. O importante, ao nosso ver, é a consolidação do conceito de “projeto de vida”, que deve servir de baliza para todos os operadores do Direito no momento da determinação do conteúdo da reparação, em especial da restituição na íntegra, ampliando *qualitativamente* o conceito tanto do dano emergente, quanto dos lucros cessantes. Desse modo, a reparação aproxima-se do ideal de justiça, que vem a ser a eliminação de todos os efeitos deletérios da violação dos direitos de um indivíduo⁷³.

Por sua vez, a proteção à vida das pessoas em situação de vulnerabilidade mereceu destaque nos órgãos internacionais de direitos humanos, em especial das pessoas enfermas ou portadoras de deficiência. Os casos de maus-tratos em hospitais e clínicas exigem que o Estado adote medidas de promoção da vida digna de pessoas que, submetidas a tratamentos diversos, têm violada sua autonomia de tomar decisões sobre seu destino e têm sua vida colocada em risco. No plano americano, o caso emblemático foi o *Caso Damião Ximenes (Comissão vs. Brasil)*, no qual o senhor Ximenes, pessoa com doença mental, foi assassinado em clínica de repouso na cidade de Guararapes. A Corte IDH decidiu que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos. Pelo contrário, é essencial que implementem “medidas positivas”, adotadas em função das necessidades particulares de proteção do indivíduo. O dever de cuidar implica reconhecer que o Estado deve, com as pessoas que necessitam de

⁷² Nos termos da Corte, “De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la restitución in integrum”. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo – Reparaciones*, sentencia de 27.11.1998, série C, n. 42, § 151.

⁷³ Ver mais sobre o “projeto de vida” em CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, em especial p. 257-259.

atenção médica, possuir um zelo que evite o amesquinamento de suas condições de vida. No caso de ser o tratamento assumido por entes privados, há o dever do Estado de regular e fiscalizar tais entes, impedindo situações aviltantes, como as retratadas como corriqueiras na citada clínica de repouso. A Corte aproveitou a oportunidade para dar mostras de sua visão sobre os direitos específicos das pessoas com deficiência, em especial aquelas com doenças mentais. Assim, a Corte enfatizou que a doença mental não pode servir para que seja negada a autodeterminação da pessoa e há de ser reconhecida a presunção de que essas pessoas são capazes de expressar sua vontade, que deve ser respeitada pelos médicos e pelas autoridades. Por seu turno, uma vez que seja comprovada a impossibilidade da pessoa para consentir, caberá aos seus familiares, representantes legais ou à autoridade pública decidir sobre o tratamento adequado. A Corte, citando precedentes anteriores, reiterou seu entendimento sobre os deveres amplos do Brasil para a proteção do direito à vida. Não basta, então, não violar de modo ilegítimo o direito à vida em razão da ação ou omissão de seus agentes públicos, mas também deve adotar as medidas necessárias para criar um marco normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida⁷⁴.

A proteção à vida abarca também o direito à verdade sobre os fatos que marcaram o fim da vida de uma pessoa. Nos diversos casos submetidos às cortes internacionais de Direitos Humanos sobressaem as violações clandestinas do direito à vida, em especial no caso dos desaparecimentos forçados ou fruto da ação dos “esquadrões da morte”. Muitas vezes é negado aos familiares da vítima o direito à verdade sobre os fatos, restando sempre em aberto o destino dos envolvidos⁷⁵. No plano americano, o caso célebre sobre o direito à verdade é o *Caso Bámaca Velásquez*, no qual a Corte IDH estabeleceu que “el derecho a la verdad, en última instancia, se impone también en señal de respeto a los muertos y a los vivos”⁷⁶.

Ultimamente, a proteção à vida desdobra-se para abarcar os chamados riscos ambientais, que afetam o direito à vida digna, consagrando o *direito à vida sustentável*. Utilizando o mesmo raciocínio aplicado na exigência de uma vida em condições dignas, fica claro que a vida do ser humano exige o respeito a um meio ambiente

⁷⁴ Esta análise consta de CARVALHO RAMOS, André de. Análise crítica dos casos brasileiros Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *II Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. Belo Horizonte: CEDIN, 2007, p. 10-31.

⁷⁵ No cinema, há interessante filme (*The Vanishing*, 1988, refilmagem em 1993, Diretor: George Sluizter) sobre a angústia de um jovem, cuja namorada desaparecera subitamente em uma parada de automóveis. Para descobrir a verdade sobre o destino da moça, o jovem arrisca tudo, inclusive a própria vida.

⁷⁶ Voto concorrente do juiz Antonio Augusto Cançado Trindade, sentença do *Caso Bámaca Velásquez*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, série C, n. 70, novembro de 2000.

protegido e equilibrado. Viver em um mundo poluído, desequilibrado abrevia a vida humana e ainda põe em risco o planeta e o futuro da espécie. Com isso, houve a lenta aceitação da proteção ambiental como parte integrante do direito à vida, até porque vários dos tratados internacionais de direitos humanos foram redigidos antes do reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio e sustentável, o que exigiu que os intérpretes buscassem apoio à proteção do meio ambiente em direitos tradicionalmente protegidos.

Os melhores exemplos de proteção à vida sustentável encontram-se na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que analisou a vinculação entre o direito à vida e os riscos ambientais no *Caso Oneryildiz vs. Turquia*⁷⁷. Neste caso, nove membros de uma família morreram após um deslizamento de terras, fruto das chuvas, erosão do solo e ocupação irregular de encostas. A Corte Europeia decidiu que o Estado havia violado seus deveres de proteção à vida, uma vez que não havia realizado obras ambientais preventivas nem alertado dos riscos de deslizamentos ou retirado os moradores irregulares.

II. A pena de morte

A pena de morte caminha para seu completo banimento no globo. De acordo com a Organização das Nações Unidas, há poucos países que preveem a pena capital para crimes comuns em situação regular. Há alguns Estados, como o Brasil, que admitem em caso de guerra declarada, mas essa excepcionalidade reafirma a proibição da pena de morte em geral. Mesmo para crimes bárbaros, a pena de morte não é prevista nos últimos tratados internacionais penais, como se vê no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), cuja pena máxima é a de prisão perpétua. Essa tendência é fruto dos inegáveis malefícios da pena de morte, uma vez que não admite a reparação do erro judiciário, como é óbvio, além de outras mazelas, como a assunção da impossibilidade de ressocialização, a banalização da vida em um “assassinato oficial”, entre outras.

Há três fases da regulação jurídica internacional da pena de morte. A *primeira fase* é a da *convivência tutelada*, na qual a pena de morte era tolerada, porém com estrito regramento. De fato, a proteção de direitos humanos conviveu, por muitas décadas, com a imposição ordinária da pena de morte em vários países e, em especial,

⁷⁷ *Caso Oneryildiz vs. Turquia*, julgamento em 18.6.2002. Ver mais sobre este caso em REY MARTINEZ, Fernando. La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión. In: GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 67-95.

em alguns considerados berços de parte da tradição liberal de proteção a direitos do indivíduo, como a Inglaterra e os Estados Unidos. A inegável influência desses países não permitiu que fosse incluída nos textos iniciais de proteção internacional dos direitos humanos a completa proibição de tal pena. Apesar disso, a proteção à vida exigiu, ao menos, que constasse dos textos dos primeiros tratados de direitos humanos explícita regulação *restritiva* da pena de morte. O artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos possui cinco parágrafos que tratam exclusivamente da restrição à imposição da pena de morte. No mesmo sentido, devem ser mencionadas as Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos, que também possuem regulação impondo limites ao uso da pena capital pelos Estados.

Esses limites são os seguintes:

1) *Natureza do crime*. Só crimes graves e comuns podem prever pena de morte, impedindo-se sua banalização e aplicação a crimes políticos ou comuns conexos a delitos políticos.

2) *Vedação da ampliação*. Os países contratantes não podem ampliar a aplicação da pena a outros delitos após a ratificação desses tratados.

3) *Devido processo legal penal*. Exige-se rigoroso crivo judiciário para sua aplicação, devendo o Estado prever o direito à solicitação de anistia, indulto ou comutação da pena, vedando-se a aplicação da pena enquanto pendente recurso ou solicitação de indulto, anistia ou comutação da pena.

4) *Vedações circunstanciais*. As citadas normas vedam a aplicação da pena de morte a pessoas que, no momento da comissão do delito, tiverem menos de dezoito anos de idade ou mais de setenta ou, ainda, às mulheres grávidas.

A *segunda fase* do regramento internacional da pena de morte é a do *banimento com exceções*. De fato, o segundo passo rumo à proteção da vida foi impor o banimento em definitivo de tal pena, com exceções relacionadas a crimes militares (distantes, então, do cotidiano). O Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos é reflexo dessa segunda fase, pois vedou a pena de morte estabelecendo em seu artigo 1º que “1. Nenhum indivíduo sujeito à jurisdição de um Estado-Parte no presente Protocolo será executado. 2. Os Estados-Partes devem tomar as medidas adequadas para abolir a pena de morte no âmbito da sua jurisdição”. Porém, o artigo 2º desse Protocolo admite que o Estado faça reserva, formulada no momento da ratificação ou adesão, prevendo a aplicação da pena de morte em tempo de guerra em razão de condenação por infração penal de natureza militar de gravidade

extrema cometida em tempo de guerra⁷⁸. No plano americano, cite-se o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos relativo à Abolição da Pena de Morte, adotado em 1990, que também permite, excepcionalmente, a aplicação da pena de morte caso o Estado, no momento da ratificação ou adesão, declare que se reserva o direito de aplicá-la em tempo de guerra, por delitos sumamente graves de caráter militar.

A *terceira* – e tão esperada – fase no regramento jurídico da pena de morte no plano internacional é a do *banimento em qualquer circunstância*. De fato, o banimento – sem qualquer exceção – da pena de morte, abarcando os crimes militares inclusive, foi obtido no plano europeu após a entrada em vigor do Protocolo n. 13 à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Esse protocolo veda sumariamente a imposição da pena de morte, sem exceções e sem permitir qualquer reserva ao seu texto⁷⁹. O Conselho da Europa, organização internacional que gere a prática da Convenção Europeia de Direitos Humanos, instituiu o dia 10 de outubro como o “Dia Europeu contra a Pena de Morte”. No plano europeu, há ainda os esforços da União Europeia, cuja Carta de Direitos Fundamentais estabelece, em seu artigo 2º, que “todas as pessoas têm direito à vida. 2. Ninguém pode ser condenado à pena de morte, nem executado”, vedando a pena de morte em qualquer circunstância.

No atual momento, as organizações não governamentais de direitos humanos assinalam que 25 países utilizaram a pena de morte nos últimos anos. Em 2007, a Anistia Internacional apontou que aproximadamente 3.350 prisioneiros estavam condenados à morte, sendo que as execuções estão concentradas (90%) nos seguintes Estados: China, Estados Unidos, Irã, Iraque, Paquistão e Sudão. Nas Américas, desde 1990, houve progressos, e Canadá, México e Paraguai aboliram a pena de morte em situações ordinárias⁸⁰.

Apesar da não adesão de países como China e Estados Unidos, vê-se que há crescente zelo internacional na forma de aplicação da pena de morte nos derradeiros Estados que a aplicam. Há repúdio, por exemplo, quanto ao excessivo prazo para que a pena de morte seja aplicada, quanto ao devido processo legal e quanto à exigência de sua imposição.

No tocante à delonga na execução da pena capital, vê-se que os condenados nos Estados Unidos passam anos a fio no chamado “corredor da morte”. Esta espera

⁷⁸ Este protocolo entrou em vigor em 11.7.1991.

⁷⁹ Este protocolo entrou em vigor em 1º.7.2003.

⁸⁰ Ver as estatísticas da Anistia Internacional sobre a pena de morte em <http://www.amnistia-internacional.pt/dmdocuments/FF_PM_07.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2009.

foi considerada, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, verdadeiro tratamento desumano, o que impede a extradição para os Estados Unidos (sem que este país prometa comutar a pena) de foragidos detidos nos países europeus, constringendo todo o sistema de justiça estadunidense. O caso célebre dessa proibição de extradição para os Estados Unidos daqueles que poderiam ser submetidos ao “fenômeno do corredor da morte” foi o *Caso Söering*⁸¹, no qual o Reino Unido foi proibido de extraditar o senhor Söering (assassino fugitivo dos Estados Unidos, que fora preso na Inglaterra), sem que houvesse promessa de comutar sua pena capital.

No tocante ao devido processo legal em casos de estrangeiros submetidos à pena capital, há vários questionamentos sobre a ausência da notificação do direito à assistência consular aos estrangeiros presos submetidos à pena de morte. Os Estados Unidos foram seguidamente processados e condenados na Corte Internacional de Justiça, por não cumprir o básico comando do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que prevê justamente o direito do estrangeiro detido de ser informado do seu direito à assistência do Consulado de seu país. Tal auxílio consular é essencial, pois sua defesa pode ser prejudicada pelas diferenças de idioma e mesmo jurídicas. Para a Corte Internacional de Justiça, ofende o devido processo legal penal, impedindo a aplicação da pena de morte, a ausência de notificação do direito à assistência consular⁸². No mesmo sentido, manifestou-se a Corte IDH em sua Opinião Consultiva n. 16/2003. Neste feito, o México solicitou opinião consultiva da Corte IDH sobre eventual impacto jurídico do descumprimento da notificação do direito à assistência consular. Como na solicitação da Opinião Consultiva o México havia feito menção a vários casos de mexicanos condenados à *pena de morte* nos Estados Unidos sem a observância do citado direito à informação sobre a assistência consular, a Corte determinou que, nesses casos, há ainda a violação do artigo 4º do Pacto de San José da Costa Rica, que se refere ao direito de não ser privado da vida de modo arbitrário⁸³.

⁸¹ *Söering vs. Reino Unido*, julgamento de 7.7.1989, série A, 161. Ver mais em LAWSON, R. A.; SCHERMERS, H.G. *Leading Cases of the European Court of Human Rights*. 2. ed. Leiden: Ars Aequi Libri, 1999, p. 306-328.

⁸² Há vários casos referentes ao direito à assistência consular e à pena capital envolvendo os Estados Unidos na Corte Internacional de Justiça. Nos *Casos Breard e LaGrand*, Paraguai e Alemanha, respectivamente, processaram os Estados Unidos que, reiteradamente, não notificavam os estrangeiros lá detidos do direito à assistência consular. Ver *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay vs. United States of America)*, Request for the indication of provisional measures, Order, 9 April 1998, *ICJ Reports* (1998), e ainda o *Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany vs. United States of America)*, Order of 3 March 1999, *ICJ Reports* (1999). Ver também o *Caso Avena and Other Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America)* na Corte Internacional de Justiça.

⁸³ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva sobre o direito à informação sobre a assistência consular em relação às garantias do devido processo legal, OC n. 16/99, de 1º.10. 1999, série A, n. 16.

Por fim, há o repúdio à aplicação obrigatória da pena de morte sem individualização penal e possibilidade de indulto, graça ou anistia. No *Caso Hilaire*, a Corte IDH condenou Trinidad e Tobago, cuja legislação interna previa a pena de morte para todo caso de homicídio doloso. No caso, a lei de 1925 impedia o juiz de considerar circunstâncias específicas do caso na determinação do grau de culpabilidade e individualização da pena (condições pessoais do réu, por exemplo), pois deveria impor a mesma sanção para condutas diversas⁸⁴.

III. Perspectivas

Pelo que foi exposto, a proteção à vida exige abstenção e ação decisiva do Estado para assegurar o direito à vida digna. Por outro lado, a sociedade atual reclama também atenção para os dilemas, ainda em aberto, da proteção jurídica da vida. Em primeiro lugar, há o debate sobre a disponibilidade da vida e a (des)consideração da vontade do titular sobre o seu término. A eutanásia e o suicídio assistido são hoje discussões prementes de uma sociedade que cada vez mais prolonga a vida. Por sua vez, em vários Estados resta inconcluso o tema da ponderação entre o direito à vida do feto e o direito da mulher de dispor do próprio corpo. As diversas soluções possíveis, que vão desde a criminalização quase que sem exceção do aborto, passando pelo critério temporal para a sua licitude (alguns meses de gestação, em geral três, quando se considera que não há viabilidade fora do útero), mostram a dificuldade de se fixarem deveres universais de proteção ao Estado.

Além disso, o desenvolvimento da ciência abre novas questões envolvendo o direito à vida, em especial quanto à manipulação de embriões congelados, escolha de características e padrões genéticos.

Tais perspectivas mostram a complexidade dos debates sobre a vida no futuro. A proteção internacional do direito à vida deve aproveitar a riqueza das experimentações nacionais, para aprofundar os argumentos e contrastá-los com maior rigor e precisão⁸⁵.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin et al. vs. Trinidad e Tobago*, sentença de 21.6.2002, série C, n. 94. Ver mais em MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. O direito à vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: COSTA, Paulo Sérgio W. L. (Org.). *Derechos humanos em concreto*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 45-68, em especial p. 59.

⁸⁵ REY MARTINEZ, Fernando. La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión. In: GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 67-95, em especial, p. 93.