

ENSAIO SOBRE A TUTELA DA AUTONOMIA PRIVADA NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

ROSÂNGELO RODRIGUES DE MIRANDA
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: Introdução – 1 Da estrutura da Convenção – 1.1 Preâmbulo – 1.2 Deveres dos Estados e direitos protegidos – 1.3 Meios de proteção – 1.4 Disposições gerais e transitórias – 1.5 Conflitos entre Normas de Direito Internacional e Normas de Direito Interno – 2 Autonomia privada, um conceito em relação – 3 A tutela da autonomia privada na Convenção Americana dos Direitos Humanos – 3.1 Liberdade pessoal – 3.2 O direito de afirmar a própria diferença dentro do quadro maior da pluralidade social – 3.3 Direito à integridade pessoal – 3.4 Proteção da dignidade pessoal – 3.5 Proteção à vida privada – 3.6 Liberdade de pensamento e de expressão – 3.7 Direito à Propriedade Privada – Conclusão

Introdução

No quadro maior da proteção internacional dos direitos humanos iniciada em 1789 com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e reafirmada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, já sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU), blocos de países que habitam geograficamente espaços específicos do globo terrestre entenderam por bem editar, no âmbito de suas jurisdições. Declarações de Direitos que vinculassem, de modo restrito, os países de suas regiões, possibilitando, assim, um controle mais concreto e efetivo do respeito às normas protetoras do que aquele propiciado pelas Declarações Universais, que, dada sua alta abrangência, passariam a ter caráter supletivo, isto é, as normas das Declarações Universais incidiriam de modo a complementar as prescrições contidas nas Declarações Regionais de Direitos Humanos¹.

São exemplos desses instrumentos regionais de proteção dos direitos humanos a Convenção Européia dos Direitos Humanos, de 1950, a Carta Africana dos Direitos Humanos, de 1981, e a que nos toca de maneira particular,

¹ PIOVESAN Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p.220.

pois o Brasil ratificou-a em 25 de setembro de 1992², a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, desse modo, concretizou no âmbito dos Estados americanos o amplo desejo mundial de proteção dos direitos imprescindíveis ao viver humano, criando não só um rol de prerrogativas, mas também prevendo procedimentos e cortes jurisdicionais às quais os indivíduos submetidos às suas normas poderão recorrer para pleitear seus direitos.

Neste clima, a hipótese a ser desenvolvida neste ensaio divide-se em três etapas. Na primeira, apresentaremos, ainda que de maneira resumida, as principais prescrições e os procedimentos jurisdicionais contidos na Convenção Americana atinentes à proteção dos direitos humanos. Em seguida, após elaboração do conceito de autonomia privada, procuraremos examinar, de um modo mais pormenorizado, como a Convenção Americana trata da tutela dessa autonomia.

Tal procedimento justifica-se não pelo menoscabo dos textos jurídicos internacionais de ordem mais geral no que tange à proteção da autonomia privada, ou mesmo pelo desprezo à ordem jurídica interna do País, como a nossa Constituição e as leis ordinárias que asseguram, no pormenor, aos indivíduos a fruição da autonomia privada como um direito inerente à personalidade. Pelo contrário, parte-se da certeza de que, no âmbito da proteção dos direitos humanos como um todo, e da proteção da autonomia privada, em particular, uma possível sobreposição tautológica de normas relativas ao tema deve ser considerada como esforço didático e auto-referencial, a impor a idéia de que tais prerrogativas são de tamanha indeclinabilidade que devem ser protegidas, de modo complementar, em todos os níveis de jurisdição. Desse modo, um apanhado geral da estrutura da Convenção Americana, a propiciar uma visão ainda que ligeira de todo seu funcionamento, não é exercício inútil.

Por outro lado, a percepção da maneira pela qual a autonomia privada

² “O Brasil aderiu à Convenção por ato de 25 de setembro de 1992, ressalvando no entanto a cláusula facultativa do art. 45,1º, referente à competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para examinar queixas apresentadas por outros Estados sobre o não-cumprimento das obrigações impostas pela Convenção, bem como a cláusula facultativa 62,1º, sobre a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto 678, de 6 de novembro do mesmo ano. Por Decreto Legislativo de novembro de 1998, o Congresso Nacional autorizou o Poder Executivo a aderir à Cláusula de jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. (COMPARATO. A, *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*, p. 332)

recebe a tutela da Declaração Americana de Direitos Humanos abre ao operador do Direito preocupado com tais questões não apenas um novo horizonte para seu atuar, mas também permite que este possa perceber melhor o modo pelo qual o sistema jurídico interno positiva e trata tais assuntos, pois a abertura sistêmica da ordem jurídica interna brasileira, em particular pelas prescrições do parágrafo 2º do art. 5º da CF de 1988, proporciona uma mutabilidade histórica das determinantes jurídicas, garantindo ao Direito brasileiro, em particular no que tange à proteção dos direitos humanos, uma flexibilidade capaz de acompanhar a dinamicidade não só dos câmbios sociais internos, mas também das mudanças na sociedade mundial como um todo e na regional de maneira específica.³

1 Da estrutura da Convenção

Estruturalmente, a Convenção foi dividida, além do preâmbulo, em três partes. Na primeira foram elencados, de maneira substancial, não só os direitos da pessoa humana a serem protegidos, mas também os deveres que devem ser cumpridos pelos Estados contratantes para alcançar, a bom termo, os fins colimados pela Convenção.

Ao seu tempo, na segunda foram apontados os órgãos com competências jurisdicionais e as regras de processo e procedimentos garantidoras dos direitos convencionados. Por último, a terceira parte diz respeito, principalmente, ao modo como os Estados devem proceder para aderir ou abandonar a Convenção.

1.1 Preâmbulo

Segundo a técnica legislativa, o preâmbulo de uma lei não só constitui sua parte inicial, mas também serve para posicioná-la, tanto no espaço quanto no tempo, perante a ordem legislativa. Outrossim, o preâmbulo expõe os motivos da lei e as circunstâncias com as quais se pode determinar seu valor jurídico.⁴

Partindo dessa noção, podemos verificar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em termos espaciais, possui abrangência regional, dizendo respeito aos Estados democráticos americanos que a ratificaram ou que porventura vierem a ratificá-la.⁵

³ CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 276-277.

⁴ CARVALHO. *Técnica legislativa*, p.56.

⁵ PIOVESAN. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*, p.217.

Por outro lado, quanto ao modo de sua entrada em vigor na ordem interna, o direito internacional não prevê regra específica quanto ao método eleito pelo Estado para promover a recepção da norma convencional por seu ordenamento jurídico.⁶ Nada obstante, no Brasil, o tratamento convencional passou a integrar nosso processo normativo desde sua promulgação por ato do Presidente da República, acrescido, por evidente, de sua publicação.

Quanto ao valor jurídico da Convenção, diz seu preâmbulo ter ela natureza coadjuvante ou complementar ao direito interno dos Estados americanos. Desse modo, ela possui estatura hierárquica de lei nacional, não se distinguindo, portanto, dos diplomas legais internos. Por conseguinte, ela está apta a produzir efeitos sobre os indivíduos e sobre as pessoas jurídicas de direito público e privado que estejam, porventura, sob a égide da jurisdição de qualquer Estado signatário.

No que tange ao bem tutelado, a Convenção Americana procura proteger, atomisticamente e em pé de igualdade, cada pessoa,⁷ dando-lhe a garantia de não-ingerência do Estado na esfera da liberdade pessoal,⁸ e também procura implementar, através de “direitos econômicos sociais e culturais”,⁹ uma justiça social que respeite os atributos essenciais da “pessoa humana”.¹⁰

1.2 Deveres dos Estados e direitos protegidos

1.2.1 Enumeração de deveres

O texto da Convenção não só impõe aos Estados o dever de cumprir e respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, como também prevê o dever de agir sem discriminação ou preconceitos de qualquer natureza¹¹. Para tanto, se a ocasião o exigir, a Convenção estipula que os Estados-Partes devem procurar instituir, dentro de seus aparatos legislativos, meios que garantam efetividade aos direitos por ela elencados.¹²

⁶ REZEK. Direito internacional público, p. 83.

⁷ Art. 1º, inciso II, da Convenção.

⁸ Art. 7º, ibidem.

⁹ Cap.III, art. 26, ibidem.

¹⁰ Preâmbulo da Convenção.

¹¹ Art. 1º, inciso I, da Convenção.

¹² Art. 2º, ibidem

1.2.2 Direitos civis e políticos

Partindo do reconhecimento de que toda pessoa possui direito à sua personalidade jurídica, a Convenção afirma o direito à vida como posição filosófico-jurídica basilar. Em decorrência, ela não só o estende ao nascituro, como também procura restringir, ao máximo, as possibilidades nas quais a pena de morte pode vir a ser aplicada.¹³

De modo geral, a Convenção condena quaisquer condutas que possam ferir a integridade física, psíquica e moral do ser humano. Por conseguinte, ela abomina a prática de tortura, de escravidão e de servidão. Outrossim, ela adota o instituto da reserva legal para a definição das condições em que alguém possa vir a ser privado de sua liberdade.¹⁴ A Convenção também recusa a figura dos tribunais de exceção e afirma a necessidade de garantir-se ao acusado o devido processo legal que lhe proporcione o contraditório e a ampla defesa.¹⁵

Ademais, a Convenção reafirma o direito tradicional no Ocidente quanto à liberdade de consciência, de pensamento, de expressão, e no direito de livre-arbítrio em matéria de religião.¹⁶

No exercício da cidadania e no convívio social, o texto da Convenção assegura o direito à reunião pacífica e à liberdade de associação que visem defender interesses legitimados pela ordem democrática.¹⁷

Já na vanguarda do direito de família, a Convenção prescreve que a lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento quanto aos nascidos dentro do casamento, e também convoca os Estados signatários a adotarem medidas adequadas para assegurar a igualdade de direitos entre os cônjuges.¹⁸

Procurando evitar a possibilidade de alguém vir a ser um apátrida, a Convenção garante a toda pessoa o direito à nacionalidade. Para tanto, adota, em última instância, o princípio do *ius soli*.¹⁹

A Convenção reconhece o direito de ir e vir da pessoa, podendo esta circular tanto dentro do território de um Estado contratante, quanto sair de

¹³ Arts. 3º e 4º, *ibidem*.

¹⁴ Art. 5º, *ibidem*.

¹⁵ Art. 8º, *ibidem*.

¹⁶ Arts. 12 e 13, *ibidem*.

¹⁷ Arts. 15 e 16, *ibidem*.

¹⁸ Art. 17, *ibidem*.

¹⁹ Art. 20, *ibidem*.

qualquer país, inclusive o da própria pessoa.²⁰

Quanto aos direitos políticos, a Convenção adota não só o sistema de participação direta dos cidadãos, mas também o sistema representativo de gestão da coisa pública; ocasião em que abraça, como sistema de eleição, o sufrágio universal e secreto em regime de igualdade de condições entre os cidadãos.²¹

Por fim, no âmbito das liberdades e dos direitos da pessoa humana, a Convenção institui que o reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à vida, a integração pessoal, a proibição da escravidão e da servidão, o princípio da legalidade e da irretroatividade da lei penal *in pejus*, a liberdade de consciência e de religião, o direito à nacionalidade e os direitos políticos, dentre outros, não podem ser de maneira nenhuma, objeto de restrições ou suspensões arbitrárias.

1.3 Meios de proteção

Capítulo VI: Órgãos Competentes

O artigo 33 da Convenção relaciona que são “competentes para reconhecer os assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes nesta Convenção”:

- a) A Corte Interamericana de Direitos Humanos,
 - b) A Comissão Interamericana de Direitos Humanos.
- a) Da Corte Interamericana

Dentro do regime da Convenção, por um lado, a Corte funciona como órgão superior, e, por outro, a Comissão funciona como órgão inferior. Ao contrário da Comissão, porém, a Corte não possui outras funções além das elencadas na Convenção em pauta.

A Corte possui competência consultiva e jurisdicional.

a. 1) Da competência jurisdicional da Corte

Como órgão superior, a Corte ocupa-se de denúncias examinadas e declaradas admissíveis pela Comissão e que, ademais, tenham cumprido os ritos dos artigos 48, 50 e 61 da Convenção. Entretanto, a inobservância de certas

²⁰ Art. 22 *ibidem*.

²¹ Art.23, *ibidem*.

formalidades não acarreta o não- conhecimento de um caso contencioso, pois o essencial é que se preservem as condições necessárias para que as partes não sofram restrição ou desequilíbrio em seus direitos processuais e que os procedimentos alcancem os fins para os quais foram designados. Desse modo, a questão não é saber se se cumpriu a Convenção ao pé da letra, mas se foram respeitadas as questões essenciais implícitas nas regras de procedimento contidas na Convenção.²²

a. 2) A competência da Corte *ratione loci*

A competência jurisdicional da Corte não é obrigatória para todos os Estados-Partes. Nada obstante, os Estados podem se submeter a essa competência de dois modos ou procedimentos: dos dezenove Estados que ratificaram a Convenção, nove fizeram uma declaração segundo a qual se reconhece como obrigatória de pleno direito e sem convenção especial a competência da Corte sobre todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana, conforme previu seu artigo 62. Essas declarações foram feitas pela Argentina, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, Peru, Uruguai e Venezuela.

Com respeito aos outros Estados-Partes na Convenção, a Corte pode proceder ao exame caso o Estado subscreva uma convenção especial reconhecendo sua competência para efeitos de um caso específico, segundo o artigo 62.²²

a.3) A competência da Corte *ratione materiae*

Para sancionar violação de direitos humanos, a competência da Corte circunscreve-se àqueles casos reconhecidos pela Convenção Interamericana. Assim, ela não possui competência para pronunciar-se sobre, por exemplo, violação à Declaração Universal de Direitos Humanos, mesmo que tais violações sejam cometidas por Estados-Partes da Convenção.²³

a. 4) A competência consultiva da Corte

Podem ser objeto de consulta à Corte tanto questões abstratas referentes à interpretação da Convenção quanto questões interpretativas referentes a caso concreto sob exame da Comissão. Em decorrência, essa consulta pode não só

²² PIOVESAN. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p.234-244.

²³ PIOVESAN. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p.234-244.

abonar as decisões da Comissão, mas também opinar, abstratamente, se a Corte é ou não competente para conhecer determinadas matérias.

a.5) Da obrigatoriedade das sentenças da Corte Interamericana

O texto da Convenção, nos artigos 67 e 68, estabelece que as decisões da Corte são claramente definidas e possuem, segundo o art. 68, inciso 2, caráter *self-executing*, isto é, seu valor normativo resulta do ato mesmo da ratificação da Convenção, sem necessidade de nenhuma ação posterior pelos Estados-Partes. A adoção de legislação nacional eventualmente poderia ser necessária para cumprir com obrigações que se depreendem delas, não, porém, para aperfeiçoá-las como sentenças vinculantes.

b) Da Comissão Interamericana

A função essencial da Comissão interamericana é determinar os fatos e aplicar-lhes o direito. Por ser órgão inferior, as decisões da Comissão não possuem caráter definitivo, cabendo recurso para a Corte.

1.4. Disposições gerais e transitórias

Capítulo X: Assinatura, ratificação, adesão, reserva, denúncia

1.4.1 Assinatura

Diz o artigo 74 da Convenção que esta fica “aberta à assinatura de todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos”.

Dentro do campo de expressão do consentimento, a assinatura põe “termo à negociação, exteriorizando em definitivo o consentimento do Estado-Parte e, ademais, dá condições de vigência imediata à Convenção”.²⁴

1.4.2 Ratificação

“Ratificação é um ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime, definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se. Em sede de direito das gentes, este instituto não se deve confundir com a chamada ratificação no sentido constitucional, pois muitos Estados nem chegam a formalizar a ratificação internamente.”²⁵

²⁴ REZEK. *Direito internacional público*, p.49.

²⁵ REZEK. *Direito internacional público*, p.53-54.

No direito brasileiro, a ratificação manifesta-se via decreto legislativo, que outorga ao Presidente da República a faculdade de consentir no plano internacional.

1.4.3 Adesão

A adesão também é uma forma de expressão definitiva do consentimento do Estado. Sua natureza não difere da ratificação; o aderente é, em princípio, um Estado que não negociou nem assinou o Pacto e que, destarte, não pode ratificá-lo, mas que, tomado de interesse e havendo-se antes certificado da possibilidade de ingresso, decide-se tornar parte por adesão.²⁶

1.4.4 Reserva

“A reserva é um qualificativo do consentimento. Define-a a Convenção de Viena como declaração unilateral do Estado que consente visando a excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em relação a esse Estado”.²⁷

1.4.5 Denúncia

A denúncia é ato unilateral de efeito jurídico inverso ao que produzem a ratificação e a adesão. Pela denúncia manifesta o Estado sua vontade de deixar de ser parte do acordo internacional.²⁸

1.5 Conflitos entre Normas de Direito Internacional e Normas de Direito Interno

1.5.1 Conflito entre tratado internacional e Constituição

Afirmar que o direito internacional prevalece sobre a Constituição do Estado soberano ainda constitui questão doutrinária, pois não há, em direito internacional público positivo, norma assecuratória de tal primado. Entretanto, cabe afirmar que, quando o conflito de normas for submetido a um juiz internacional, a jurisprudência tem consagrado a superioridade da norma internacional.

No Brasil, é assente o primado da Constituição sobre as normas de

²⁶ REZEK. *Direito internacional público*, p.91.

²⁷ REZEK. *Direito internacional público*, p. 70

²⁸ REZEK. *Direito internacional público*, p.111

direito internacional.²⁹

1.5.2 Prevalência do tratado sobre o direito infraconstitucional

“Em parte alguma se coloca em dúvida a prevalência dos tratados sobre leis ordinárias anteriores à sua promulgação. Opera em favor do tratado a regra: *lex posterior derogat priori*.”³⁰

Por outro lado, em caso de conflito entre os dispositivos de um tratado internacional e os de uma lei interna posterior, deve prevalecer a lei nacional.³¹

1.5.3 Paridade entre tratado e lei federal

Tratados e leis federais estão em pé de igualdade, no que tange à hierarquia das leis fundada pelo texto constitucional. Isto significa que os tratados prevalecem sobre a legislação dos estados-membros da federação.³²

2 Autonomia privada, um conceito em relação

Em linhas gerais, conceituar ou definir é uma operação do espírito que procura estender o conhecimento sobre determinado objeto aduzindo-lhe novos predicativos ou qualidades não necessariamente já contidas, *a priori*, na noção captada, de imediato, pela simples apreensão do espírito. Exige, dessa forma, a interligação de termos – o que vai ser definido e o definidor – pela cópula verbal “é”, de modo que se possa afirmar, apoditicamente, verdades sobre o objeto que está sendo conceituado.

Nesta linha de raciocínio, o conceito de autonomia privada é, etimologicamente, a confluência dos termos gregos *autos* e *nomos* e do termo latino *privatos*, de maneira que *autos* é pronome reflexivo a significar a ação do próprio indivíduo sobre si mesmo” e *nomos* é a máxima, o uso, o costume com força de lei, ou mais propriamente, a regra de conduta segundo o direito e o costume.³⁴ *Privatus*, por sua vez, é o particípio passado do verbo *privo*, cuja função de adjetivo passa a qualificar aquilo que é próprio, particular, pessoal, ou

²⁹ HORVATH. Uma análise da autonomia privada e o fenômeno da globalização e seus efeitos no direito constitucional e no direito internacional, p.32.

³⁰ REZEK. *Direito internacional público*, p. 104.

³¹ REZEK. *Direito internacional público*, p.106.

³² REZEK. *Direito internacional público*, p. 105.

³³ BAILLY. *Dictionnaire Grec-Français*, p. 317.

³⁴ BAILLY. *Dictionnaire Grec-Français*, p. 1332.

do simples cidadão.³⁵

Por conseguinte, poder-se-ia conceituar, num primeiro momento, autonomia privada como sendo a capacidade que o indivíduo possui de – dentro do seus atributos próprios e de seu campo de ação pessoal e particular – impor, a si mesmo, de maneira reflexiva, uma regra capaz de determinar, sem a ingerência de terceiros, sua conduta.

Sem embargo, porém, no campo das disciplinas jurídicas não há espaço para definições ou conceitos ontológicos, de verdades últimas; pelo contrário, os conceitos captados no âmago dessas disciplinas são sempre conceitos em relação, isto é, são conceitos que só possibilitam a apreensão de seu campo semântico desde que se capte também sua função pragmática dentro das relações conotativas e denotativas mantidas por ele com outros conceitos no seio do sistema normativo que compõem um determinado ordenamento jurídico.

Assim, a noção de autonomia privada funciona como um princípio informador das normas que têm a função de coordenar as relações jurídicas nas quais os interesses privados são preponderantes. Desse modo, seguindo a lição de Larenz, deriva dessa noção o princípio do maior respeito possível aos direitos alheios e o princípio da intervenção mínima do Estado nos interesses dos particulares, princípios que enfatizam a importância da liberdade individual dos particulares no momento de decidir como, onde e quando agir, relegando, para uma função residual e excepcional, a ingerência do Estado e de outros indivíduos no campo do viver dos particulares.³⁶

Em suma, a noção de autonomia privada faz parte do “domínio da norma” e funcionaria como fator de “concretização”, proporcionando o campo do factual no qual as normas atinentes ao espaço de ação particular dos indivíduos ganhariam contornos mais precisos e obteriam, ao captar “as relações básicas da vida a ordenar pelo programa normativo”, uma visão clara da parcela da realidade substancial relacionada com a norma, e que, portanto, pretende ver-se coordenada via prescrições derivadas do sistema jurídico.³⁷

No que importa para examinarmos a proteção da autonomia privada nos contornos da Convenção Americana de Direitos Humanos, cumpre asseverar que a sedimentação jurídica do conceito de autonomia privada tem demonstrado que ele vai além das preocupações eminentemente patrimoniais, seja de bens móveis ou imóveis, para adentrar no campo dos chamados direitos extrapatrimoniais, também denominados direitos da personalidade, como a

³⁵ FARIA. *Dicionário escolar latino português*, p. 439.

³⁶ LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, p. 497.

³⁷ MÜLLER, Friedrich *apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 154-156.

segurança do próprio corpo físico (integridade física, liberdade de ir e vir) ou mesmo pelas liberdades relacionadas com o intelecto (liberdade de consciência, de culto, de divertimento, de privacidade).³⁸

Ademais, deve-se frisar que o direito à autonomia privada não deve ser considerado, em todas as instâncias, de modo absoluto. Pelo contrário, a regra é que se deve interpretá-lo sempre com ponderação, sopesando-o não só perante a autonomia privada dos outros indivíduos, mas também, e principalmente, perante o quadro maior, premente nos dias atuais de vigência do Estado Social e Democrático de Direito, da necessidade de se retirar de cada relação jurídica sua função social.

Assim, podemos concluir que um conceito de autonomia privada adequado às necessidades das disciplinas jurídicas contemporâneas seria:

Autonomia privada é a capacidade que o indivíduo possui de, respeitando as determinantes normativas impostas pelas regras jurídicas, determinar-se a si mesmo, seja realizando negócios jurídicos de cunho patrimonial, seja facultando seu consentimento ou criando restrições a terceiros no amplo espectro de direitos inerentes à sua personalidade, tendo, como pano de fundo, a clareza de que seus contornos definitivos só podem ser apreendidos, nos dias atuais, após o devido sopesamento de seus comandos e os valores inerentes ao Estado Social e Democrático de Direito.

3.1 Liberdade pessoal

Localizada no preâmbulo e no art. 7º, a previsão da tutela da liberdade pessoal parte do desejo da Convenção Americana de instituir um regime político democrático, calcado na certeza de que “o ideal do ser humano livre, isento de temor e miséria”, apto, portanto, a usufruir de sua autonomia privada, só pode ser efetivado numa conjuntura política que permita a “cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”.

Vê-se, por conseguinte, que os convencionais que elaboraram a Convenção estavam cientes de que a liberdade como atributo da pessoa humana só pode ser alcançada mediante a conjugação de esforços sociais amplos que, indo além de projetos meramente individualistas baseados em filosofias de cunho

³⁸ NANNI. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal n° 9.434/97 e da Constituição Federal, p. 264.

liberal, procurem o equilíbrio entre os objetivos particulares dos indivíduos e as determinantes de longa duração impostas pelos interesses da sociedade em consolidar um viver mais justo acessível a todos.

3.2 O Direito de afirmar a própria diferença dentro do quadro maior da pluralidade social

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

Neste artigo de grande abrangência cultural e histórica, pode-se notar a preocupação dos convencionais em preservar a igualdade via afirmação do direito à diferença dentro da pluralidade que marca as sociedades contemporâneas.

Assim, a autonomia privada dos indivíduos está reafirmada na proibição de que os Estados signatários da Convenção possam criar discriminações com base em raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião, origem nacional, social, posição econômica, nascimento, ou qualquer outra condição social.

A par da proibição de discriminação por raça, cor, sexo, religião, opinião, previsão comum a quase todas as cartas constitucionais dos Estados contemporâneos,-e cuja importância é por demais evidente, o que chama a atenção no artigo 1º da Convenção são as proibições de discriminação com base no idioma, na origem nacional, na posição econômica e no nascimento.

Ao que parece, prevendo, num primeiro momento, um incremento da circulação dos indivíduos no âmbito dos territórios dos países signatários e, por que não dizer, parecendo prever, até mesmo, uma futura Comunidade de Nações Americanas, o texto da Convenção procurou antecipar-se, proibindo discriminações com base no idioma, na origem nacional e no nascimento.

Por conseguinte, fica aberta a ampla possibilidade de os indivíduos pertencentes aos países signatários darem vazão às suas autonomias privadas, seja realizando negócios sem o temor de sofrer discriminações com base em seus idiomas de origem, seja exercendo suas forças de trabalho ou suas criatividades artísticas sem o receio de que suas origens nacionais possam vir a impedir o pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

3.1 Direito à integridade pessoal

“Art. 5º – Direito à integridade pessoal.

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.”

No amplo espectro dos direitos influenciados pelo princípio da autonomia privada, o direito à integridade pessoal manifestado no necessário respeito à integridade física, psíquica e moral da pessoa exsurge como uma situação jurídica extrapatrimonial, na qual o indivíduo pode exercer, guardadas as prescrições legais, seu poder de autodeterminação, ora impedindo que outrem atinja seus recantos privados mais preciosos, ora facultando, por via do consentimento, que terceiros possam, de alguma maneira, compartilhar com ele a fruição destes direitos.³⁹

Desse modo, a regra é que a integridade física, psíquica e moral da pessoa seja intangível. Contudo, guardadas as devidas proporções, mesmo estes espaços recônditos do ser dos indivíduos podem ser objeto de negócios jurídicos *sui generis* praticados no âmbito do exercício da autonomia privada de cada indivíduo.

É o caso, por exemplo, da autonomia privada sobre o próprio corpo, em particular quanto à possibilidade de transplante de órgãos e tecidos entre pessoas vivas. Muito se discute sobre a prevalência ou não da teoria da autonomia irrestrita da vontade nas relações jurídicas que envolvem a capacidade do indivíduo de dispor ampla e livremente sobre o próprio corpo.

Para a teoria irrestrita da autonomia da vontade não haveria limites para a capacidade de disposição sobre o próprio corpo, de modo que órgãos e tecidos poderiam ser, de maneira plenamente aceitável, objetos de negócios jurídicos de cunho patrimonial e financeiro.

Ao nosso ver, tal teoria não se coaduna com o espírito da Convenção, pois, a par de prever como direito inalienável do indivíduo sua dignidade pessoal⁴⁰, a expressa proteção à integridade psíquica e moral da pessoa prevista no mesmo artigo em que se protege a integridade física está a ensejar uma interpretação sistemática e teleológica do comando normativo, de maneira a se extrair a conclusão de que – em sintonia com o sentimento geral da Convenção em proteger

³⁹ NANNI. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal, p. 264.

⁴⁰ Art. 11 da Convenção.

os direitos humanos contra invectivas dos mais variados matizes, em particular garantindo-se a integridade moral dos indivíduos – o próprio corpo deve ser tido como fora do comércio.

Em decorrência, a possibilidade de incidência da teoria irrestrita da autonomia da vontade sobre os negócios jurídicos cujo objeto seja o próprio corpo do indivíduo é de ser tida com fortes reservas. Sem embargo, porém, transplantes de órgãos e tecidos têm-se tornado um imperativo cada vez maior em nossas sociedades, de modo que o instituto do consentimento, aplicado com proporção e bom senso, é plenamente compatível com as determinações legais previstas na Convenção.

Assim, pode-se aventar a hipótese de doação filantrópica *inter vivos* entre parentes e não parentes, desde que reste comprovado que o doador não corre sério risco de vida devido à intervenção cirúrgica necessária para a realização do transplante.

3.4 Proteção da dignidade pessoal

“Art. 11

1. Toda pessoa tem direito ao (...) reconhecimento de sua dignidade.”

O princípio do respeito à dignidade pessoal é – não só dentro do vasto sistema de proteção internacional dos direitos humanos, mas também nos sistemas internos de proteção dos direitos fundamentais positivados em constituições como a brasileira – a última *ratio* informadora não apenas do conteúdo das prescrições jurídicas garantidoras dos direitos da pessoa humana, mas também dos contornos das ações dos operadores do Direito.⁴¹

Assim, onde inexistir previsão de norma específica a proteger alguma prerrogativa básica e inalienável dos direitos da pessoa humana, o princípio do respeito à dignidade servirá como um plexo de sentidos capaz de colmatar possíveis lacunas, proporcionando meios para a efetiva proteção do direito ameaçado.

No que tange ao direito à autonomia privada, “a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa”, isto é, “a dignidade é indissociável da

⁴¹ “Porque a pessoa, ante ao Direito, chegou a proporcionar uma expressão unívoca a uma dignidade que não é susceptível de ser medida nem de variabilidade; toda pessoa, por sê-lo, possui o mesmo coeficiente de dignidade”. (FLÓREZ-VALDÉS. *Los Principios generales del derecho y su formulación constitucional*. p. 146-147.) Tradução nossa.

autonomia e da liberdade”⁴² pois os indivíduos só podem desenvolver suas forças vitais a contento quando lhes é propiciada capacidade de autodeterminação nas escolhas de seu modo de agir e vivenciar.

Assim, quando a Convenção Americana consagra o direito à proteção da dignidade da pessoa, ela também, de modo implícito, está agasalhando e tutelando o princípio da autonomia privada, *conditio sine qua non* para o pleno florescer das capacidades humanas e, por via de consequência, para a efetiva apreensão do significado maior do conceito de dignidade da pessoa humana.

3.5 Proteção à vida privada

“Art. 11

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada.”

Vida privada e autonomia privada são conceitos intimamente interligados, mas que, contudo, não se confundem. Vida privada é um conceito mais restrito do que autonomia privada. Assim, enquanto que no âmbito da vida privada o atuar do indivíduo gira em torno do que é secreto, mais próximo das escolhas introspectivas de cada um,⁴³ o conceito de autonomia privada é mais amplo. Açambarcando o de vida privada, ele procura influenciar, também, no regime legal da consecução de negócios jurídicos de cunho patrimonial e mesmo extrapatrimonial, como aqueles atinentes à cessão do uso da própria imagem, ou o consentimento para que órgãos ou tecidos do próprio corpo sejam objeto de transplantes terapêuticos e filantrópicos.

Em decorrência, a Convenção, ao positivizar a proteção da vida privada dos indivíduos contra ingerências arbitrárias ou abusivas, também o faz, por extensão lógica, ao princípio da autonomia privada, que possui, como dito, no direito à vida privada, uma de suas mais contundentes manifestações.

3.6 Liberdade de pensamento e de expressão

“Art. 13

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito,

⁴³ MIRANDA. *A proteção constitucional da vida privada*, p. 82.

⁴² POPP. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial: a proteção contratual no direito brasileiro, p. 170-171.

ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

- a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas:
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.”

Interpretando as prescrições jurídicas do art. 13 da Convenção, que trata da liberdade de pensamento e de expressão, Fábio Konder Comparato adverte que a grande novidade da Convenção, neste particular, foi preocupar-se em ir além da proteção da liberdade de pensamento e expressão pessoais, chegando a cuidar da “liberdade de atividade empresarial em matéria de imprensa, rádio e televisão”.⁴⁴

Desse modo, seguindo a lição acima, pode-se afirmar que o texto da Convenção torna-se útil para reforçar a proteção da autonomia privada na efetivação de negócios jurídicos no campo da liberdade de imprensa, em particular impondo restrições explícitas à ação do Estado, que deve omitir-se em criar obstáculos indiretos à livre circulação de idéias e informações que não estejam devidamente fundamentadas no respeito ao interesse público legítimo.

Também, neste artigo, outra questão deve ser destacada. Trata-se da liberdade de circulação de informações via meios virtuais como a Internet. Como fenômeno recente, a comunicação via Internet ainda tem sido pouco ou quase nada protegida por previsões legais. Sem embargo, porém, a prescrição genérica contida no fim do inciso I do art. 13, de que “toda pessoa tem direito a (...) procurar, receber e difundir idéias e informações de qualquer natureza (...) por qualquer meio de sua escolha”, pode ser utilizada como prescrição normativa a proteger a liberdade de expressão e de comunicação via Internet

⁴⁴ COMPARATO. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 334.

3.7 Direito à propriedade privada

“Art. 21. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.”

Da análise do artigo 21 da Convenção, que trata do direito à propriedade privada, pode-se perceber que a natureza jurídica do direito à propriedade estava, à época da promulgação da Convenção, numa fase de transição entre a concepção liberal de propriedade, na qual o uso e gozo dos bens por parte do proprietário era um direito quase que absoluto, e a concepção social do direito de propriedade, fruto dos movimentos políticos contestadores iniciados no fim do séc. XIX, cujo ápice será após a Segunda Guerra Mundial, que determinará limitações explícitas ao direito de propriedade, subordinando o seu uso e gozo ao respeito ao interesse maior da sociedade.

Tal assertiva fica evidente diante da locução: “A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social”. Vê-se que o emprego do verbo *poder*, no sentido de faculdade ou possibilidade, espelha que não estava claro para os convencionais em 1967 a necessária subordinação do direito de propriedade à sua função social.

Neste particular, por conseguinte, o texto da Convenção é menos avançado do que o da Constituição Brasileira de 1988, já que este contempla, de modo expreso, não apenas no art. 5º, XXIII, que a propriedade atenderá sua função social, mas vai além, no art. 170, III, prescrevendo que um dos princípios a serem observados pela ordem econômica brasileira será o de que a propriedade deve cumprir sua função social.

Conclusão

Do exposto, pode-se concluir ser a Convenção Americana de Direitos Humanos não só um instrumento normativo útil para a proteção, como um todo, dos direitos inalienáveis do Homem, mas também que, em particular, ela propicia ao operador do Direito meios pelos quais ele pode apreender, senão com originalidade, mas com acentuado vigor, o regime jurídico da tutela do direito à autonomia privada, prerrogativa imprescindível para o bem-desenvolver das potencialidades do indivíduo na busca da consecução de uma realidade social na qual a dignidade humana seja o paradigma primeiro a ser concretizado.

Referências Bibliográficas

BAILLY. *Dictionnaire Grec-Français*. Paris: Hachette, 1950.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: FCG, 1989.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CLÉVE, Clemerson Merlin. A proteção internacional dos direitos do homem nos sistemas regionais americano e europeu. São Paulo: Acadêmica, 1993. Temas de direito constitucional.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino português*. Rio de Janeiro: FAE, 1988.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arcey. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

HORVATH, Miguel, J. Uma análise da autonomia privada e o fenômeno da globalização e seus efeitos no direito constitucional e no direito internacional. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional: caderno 1*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2.ed. [Lisboa: Calust Gulbenkian], 1983. Edição portuguesa baseada na 5.ed. alemã.

LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional: caderno 1*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. *A Proteção Constitucional da Vida Privada*. São Paulo: Led, 1996.

NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da lei federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional: caderno 1*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial: a proteção contratual no direito brasileiro. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Direito civil constitucional: cadernos 1*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

**INAPLICABILIDADE DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO
PROCESSO
(LEI Nº 9.099/95) NAS HIPÓTESES DE DESCLASSIFICAÇÃO
DO CRIME PELO TRIBUNAL DO JÚRI**

ELIAS PAULO CORDEIRO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

É conhecida a polêmica que se instaura na doutrina e jurisprudência, a partir da vigência de lei nova, especialmente quando proporciona profundas mudanças na estrutura jurídica, como ocorreu com a Lei Nº 9.099/95.

Ultrapassada a turbulência inicial, após mais de cinco anos de interpretações diversas acerca dos mais variados temas abordados pelo aludido Diploma Legal, é mister que os operadores do Direito reflitam, com a acuidade necessária, acerca das questões relevantes, que ainda ensejam divergências marcantes entre os hermenutas, o que, em última análise, proporciona insegurança aos destinatários das normas.

Dispõe o art. 89 da Lei em comento que “Nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

Um dos principais objetivos de tal dispositivo, sem sombra de dúvida, foi o de desafogar o grande acúmulo de feitos em tramitação no Poder Judiciário, dando oportunidade aos acusados de se verem livres de uma ação penal e até mesmo de uma condenação criminal, desde que atendidos determinados requisitos.

Não obstante, muitos juízes e tribunais interpretaram tal dispositivo da seguinte forma: “nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Juiz ou o Tribunal, com ou sem proposta do Ministério Público, em qualquer fase em que o feito se encontra, deverá propor a suspensão condicional do processo, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

O argumento dos exegetas foi o de que, sendo direito público subjetivo

do acusado a obtenção do benefício, tratando-se de norma mais benéfica ao mesmo, a aplicação da suspensão condicional do processo é obrigatória, independentemente das demais condições estabelecidas pelo legislador.

O raciocínio, a nosso ver, é simplista e falho.

Cumprido salientar, inicialmente, que tal interpretação fere o princípio da inércia do juiz que, verdadeiramente, passa a assumir a condição de parte e, ainda, desrespeita preceito constitucional, que confere ao Ministério Público a atribuição de promover, privativamente, a ação penal pública.

A uma análise, ainda que superficial, acerca do em que consiste o direito público subjetivo, é forçoso convir que é dever jurídico do Estado, a atuação persecutória, que decorre do dever de punir, à toda evidência que não há falar-se em violação de um direito subjetivo do réu, se este vier a ser processado e, eventualmente, condenado.

Em se tratando de processos relativos a crimes dolosos contra a vida, da competência do Tribunal do Júri, nas hipóteses de desclassificação do delito para outro da competência do juiz singular, existem algumas peculiaridades que, a nosso ver, impedem, de forma definitiva, a concessão do benefício da suspensão condicional do processo.

Em primeiro lugar, cumpre salientar que, estando inserto em capítulo especial do Código de Processo Penal, o art. 492, § 2º, do Código de Processo Penal, não foi revogado, parcial e tacitamente, pelas disposições contidas no art. 89, da Lei 9.099/95, de caráter genérico.

Por outro lado, atendendo à natureza teleológica da norma que preconiza a suspensão condicional do processo, é de ver-se que, estando em pleno vigor a regra que estabelece a suspensão condicional da pena, não faz sentido suspender o feito na fase de prolação da sentença, mesmo porque parece-nos estranho falar-se em suspensão de atos processuais já realizados.

A intenção do legislador foi clara. Nas hipóteses específicas do art. 89 da Lei, atendidas as condições objetivas e subjetivas, no momento do oferecimento da denúncia, com o escopo de evitar a tramitação desnecessária de processos relativos a crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, por meio de proposta do Ministério Público, aceita pelo réu, há de aplicar-se a suspensão condicional do processo.

De outro modo, tendo encerrado a instrução criminal, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, o momento processual é próprio para a aplicação da suspensão condicional da pena, se for o caso, instituto em pleno vigor. Não faz sentido produzir-se toda a prova, cumprirem-se todos os atos processuais da

instrução criminal, para, afinal, suspender o feito no momento da prolação da sentença.

Imagine-se uma situação absurda: o juiz, na fase de prolação da sentença, determina a suspensão do processo, mediante condições. A suspensão é revogada porque o réu, por exemplo, deixou de cumprir uma das condições impostas. O juiz daria prosseguimento ao feito, prolatando a sentença e, verificando preencher o condenado os requisitos legais, aplicaria a suspensão condicional da pena?

Tratando-se de crimes desclassificados pelo Tribunal do Júri, a questão é mais problemática. Como dito linhas acima, estão em pleno vigor as disposições contidas no art. 492, § 2º do Código de Processo Penal, que impõe ao Juiz Presidente proferir em seguida a sentença, que implica, necessariamente, a imposição de pena, nas hipóteses de condenação. Não há como cindir-se o julgamento, sob pena de negativa de vigência de lei federal.

Poder-se-ia argumentar, como sói acontecer, que não existiria óbice para a aplicação da suspensão condicional do processo, uma vez ocorrido o trânsito em julgado da decisão desclassificatória pelo Tribunal do Júri.

Discordamos de tal posicionamento.

Operada a desclassificação de um delito pelo Conselho de Sentença, para outro da competência do juiz singular, deixando este de prolatar a sentença, sob o argumento de que irá aguardar o trânsito em julgado da decisão, certamente incorrerá em dois graves equívocos: o primeiro deles consiste na desobediência ao comando expresso das disposições contidas no art. 492, do Código de Processo Penal, que impõe ao Juiz Presidente proferir em seguida a sentença; o segundo, pelo fato de que, não sendo prolatada sentença definitiva (condenatória ou absolutória), não há que se falar em trânsito em julgado.

Lado outro, se o Juiz Presidente proferir sentença condenatória, tomando-se esta definitiva, futura aplicação da suspensão condicional do processo flagrantemente desrespeitará a coisa julgada. Como se vê, pois, por todos os ângulos em que se possa analisar a questão, conclui-se que a aplicação da suspensão condicional do processo, nas hipóteses de desclassificação do delito pelo Tribunal do Júri, é absolutamente ilegal e insustentável.