

VOTO CONCORDANTE DO JUIZ DIEGO GARCÍA-SAYÁN

1. Este é o primeiro caso que a Corte Interamericana de Direitos Humanos conhece sobre o crucial tema dos direitos políticos. À significação que essa circunstância única dá ao caso, é adicionada a importância que, em si mesmo, tem para a afirmação e proteção dos referidos direitos em situações como a que aqui se apresenta.

2. Além do próprio caso, não cabe dúvida que a vigência dos direitos políticos e dos componentes fundamentais da democracia são delicados assuntos que no passado e no presente tocaram aspectos medulares da vida da população nessa região. Ficaram para trás os governos surgidos de golpes militares, mas a realidade nos dá conta de uma multiplicidade de ameaças à democracia e aos direitos políticos que apresenta desafios cotidianos a serem enfrentados em quase todos os países da região. A Corte, com esta sentença, reforça e desenvolve os aspectos medulares dos direitos políticos estipulados na Convenção. Por todas essas razões creio necessário proferir este voto concordante que busca acrescentar considerações e enfoques aos já contidos na sentença, cujo conteúdo compartilho em sua integridade.

3. Como bem se afirma na sentença, a democracia representativa é determinante em todo o sistema do qual a Convenção Americana sobre Direitos Humanos faz parte. De fato, desde o início da Organização dos Estados Americanos (OEA), ficou explícito que a democracia e sua promoção são objetivos fundamentais da organização. A Carta da OEA proclamou, já em 1948, os direitos fundamentais da pessoa, sem distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo e estipulou que respeitar os direitos da pessoa é um dos deveres fundamentais dos Estados. Entre os objetivos primordiais da OEA figurava o de “...*promover e consolidar a democracia representativa*”.

4. Além disso, desde o início da OEA, a democracia e o respeito aos direitos essenciais do homem foram concebidos de maneira interdependente. Esta vinculação está presente no Preâmbulo da Carta, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e, particularmente, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Declaração de Santiago de 1959 esclareceu esta unidade conceitual entre direitos humanos e democracia ao definir os padrões democráticos interamericanos. Posteriormente, a Resolução 991, “Direitos e Democracia”, estabeleceu que os membros da OEA devem consolidar seus sistemas democráticos através do pleno respeito dos direitos humanos.

5. É nesse contexto que se inserem as disposições contidas no artigo 23º da Convenção sobre os direitos políticos. Este é um significativo componente de um amplo processo normativo e de afirmação conceitual acerca dos direitos políticos que, por certo, não se esgota na letra das disposições ali contidas. Pelos fundamentos e considerações que são expostos na sentença, a Corte considera corretamente que este é um dos direitos violados pelo Estado da Nicarágua neste caso. A sustentação da violação dos direitos políticos no caso YATAMA vs. Nicarágua

torna aconselhável levar em consideração o rico acervo de fundamentações e enfoques apresentados no sistema interamericano ao longo das últimas décadas no que diz respeito ao exercício dos direitos políticos na afirmação da democracia, um dos deveres essenciais dos Estados parte do sistema interamericano.

6. Ao longo da década de 90, foram reafirmados os valores democráticos nos âmbitos global e interamericano. No âmbito do sistema interamericano foram adotadas importantes decisões nas Cúpulas Hemisféricas e nas Assembleias Gerais da OEA, orientadas a consolidar os princípios democráticos, sendo dados os primeiros passos para a geração do que depois, com a Carta Democrática Interamericana, foi denominada “defesa coletiva da democracia”. Destaca-se nesse processo a Resolução 1080 de 1991, o Protocolo de Washington de 1992 e a Resolução 1753 de 2000 em relação ao caso do Peru. Nesse curso foi consolidada gradualmente a concepção de que não existe oposição entre o princípio de não intervenção, a defesa da democracia e os direitos humanos, entre outras razões porque os compromissos em matéria de defesa dos direitos humanos e da democracia são contraídos pelos países no livre exercício de sua própria soberania.

7. É fato conhecido que o catálogo dos direitos humanos nunca foi estático. Foi sendo definido e consagrado segundo o desenvolvimento histórico da sociedade, da organização do Estado e a evolução dos regimes políticos. Isso explica que atualmente assistamos ao desenvolvimento e ao aprofundamento dos direitos, identificando-se, inclusive, o que alguns denominaram o “direito humano à democracia”. Esse desenvolvimento se expressa na Carta Democrática Interamericana, o instrumento jurídico que o sistema interamericano criou para fortalecer a democracia e os direitos a ela vinculados, em cujo primeiro artigo estipula que: *“Os povos da América têm direito à democracia e seus governos têm a obrigação de promovê-la e defendê-la”*.

8. Nessa mesma lógica, o sistema interamericano foi precisando e afinando o conceito da democracia, reforçando o sentido evolutivo dos direitos políticos além da letra do estipulado no artigo 23º da Convenção. Este desenvolvimento deve ser levado em conta no momento de resolver um caso contencioso sobre a matéria, como, efetivamente, o fez a Corte nesta sentença.

9. Neste caso a Corte se pronuncia sobre a alegada violação aos direitos políticos (artigo 23 da Convenção) e à igualdade perante a lei (artigo 24 da Convenção), além da violação aos artigos 8 e 25. Não cabe neste voto fundamentado reiterar as considerações da Corte que se encontram contidas na sentença a propósito do caso YATAMA. Como indiquei no início, compartilho plenamente o conteúdo desta sentença e a ela me refiro. A mesma, no entanto, motiva algumas reflexões de índole geral a partir deste caso específico no que concerne aos direitos políticos.

10. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos estipula em seu artigo 23º uma série de obrigações dos Estados em matéria de direitos políticos que se agrupam em três componentes de direitos que têm, como contrapartida lógica, obrigações sob responsabilidade dos Estados: 1) participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos (art. 23.1

inc. a); 2) votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores (art. 23.1 inc. b), e; c) ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país (art. 23.1 inc. c). Nesta sentença a Corte declara violados os direitos consignados no conjunto do artigo 23.1. No que diz respeito ao direito à igualdade e não discriminação, a Corte declara violado o artigo 24 da Convenção.

11. Uma primeira consideração de natureza geral é que, neste caso, os direitos políticos que a Corte considera violados pela Nicarágua possuem um duplo sentido. De um lado, porque os dispositivos contidos na Lei Eleitoral nº 331 de 2000, violam o artigo 23 pela ambiguidade de várias de suas disposições, dos impedimentos que estabelece para a participação eleitoral de organizações distintas dos partidos políticos e dos requisitos que estabelece para apresentar candidatos em ao menos 80% dos municípios da respectiva circunscrição e em 80% do total de candidaturas. Por outro lado, o Estado descumpriu seu dever, estabelecido nos artigos 1.1 e 2, em conexão com o artigo 23, de criar as condições e mecanismos apropriados para a participação nos assuntos públicos daqueles que pretendiam ser candidatos na Costa Atlântica da Nicarágua como integrantes ou representantes da organização YATAMA, que representa povos indígenas dessa zona do país.

12. O direito a participar na direção dos assuntos públicos, como todas as categorias jurídicas, evoluiu e foi recriado com a marcha histórica e social. De fato, implica hoje uma conceptualização que se enriqueceu em seu conteúdo no tempo transcorrido desde a aprovação da Convenção há quase quarenta anos. Embora nos instrumentos primordiais da OEA a referência à democracia e aos direitos políticos quase se esgotava no direito de votar e ser eleito, o texto da Convenção já foi um passo importante no sentido evolutivo dos direitos políticos, abarcando outros componentes importantes como a natureza das eleições (“... periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores...”; art. 23.1 b).

13. A evolução das últimas décadas desenvolveu substantivamente o conceito do direito à participação na direção dos assuntos públicos que a estas alturas é um referente que inclui um espectro muito amplo de ingredientes, que pode ir desde o direito a promover a revogação do mandato de autoridades eleitas, fiscalizar a gestão pública, ter acesso à informação pública, apresentar iniciativas, expressar opiniões, etc. Com efeito, a conceptualização ampla e geral do direito a “participar na direção dos assuntos públicos”, tal como se encontra literalmente expresso na Convenção, foi aperfeiçoada e ampliada.

14. No início do século XXI, os países integrantes do sistema interamericano compartilham uma característica importante, que era a exceção quando foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1969: todos os governos são democraticamente eleitos. No atual contexto, resultante de complexos processos políticos e sociais, deu-se lugar a novos problemas e desafios em matéria de

participação dos cidadãos na direção dos assuntos públicos. Isso teve seu impacto nas disposições dos instrumentos jurídicos fundamentais do sistema interamericano.

15. É nesse contexto que surge a Carta Democrática Interamericana, aprovada por consenso de todos os países do sistema em 2001, após um amplo processo de consultas à sociedade civil do continente. A Carta reuniu este e outros aspectos, os desenvolvimentos conceituais que nesse momento foram se derivando dessa nova situação, dando, formalmente uma nova dimensão a uma série de categorias jurídicas, constituindo-se em um marco transcendental no sistema interamericano no que diz respeito ao conteúdo evolutivo dos direitos políticos. Entre outros aspectos, na Carta Democrática foram desenvolvidos o conceito do mencionado direito à participação na direção dos assuntos públicos e, como contrapartida, os deveres do Estado nessa matéria.

16. Na Carta Democrática Interamericana é enfatizada a importância da participação cidadã como um processo permanente que reforça a democracia. Assim, declara-se na Carta que *“A democracia representativa reforça-se e aprofunda-se com a participação permanente, ética e responsável dos cidadãos em um marco de legalidade, em conformidade com a respectiva ordem constitucional”* (artigo 2º). Esta declaração geral adquire um sentido teleológico fundamental para o desenvolvimento conceitual dos direitos políticos que a própria Carta produz no artigo 4º da Carta Democrática. Tudo isso configura um enfoque de expressão consensual que tem relação direta com a interpretação e aplicação de uma disposição ampla como a contida no artigo 23 da Convenção Americana.

17. De fato, no artigo 4º da Carta Democrática Interamericana se enumera um conjunto de “componentes fundamentais” do exercício da democracia que expressam o desenvolvimento conceitual do direito à participação nos assuntos públicos que se condensam neste instrumento interamericano. Destaca-se ali um conjunto de deveres dos Estados, que não são outra coisa que a contrapartida de direitos dos cidadãos: *“... a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa”*. Caso não se avançasse em precisões como estas que a comunidade americana consensualmente adotou, é evidente que o mencionado direito à participação nos assuntos públicos estaria se congelando no tempo, sem expressar os mutáveis requerimentos das democracias em nossa região.

18. O segundo componente dos direitos políticos, conforme se encontra expresso no artigo 23 da Convenção, é o de *“votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores”* (sublinhado acrescentado). Esta disposição nos remete a um dos requisitos fundamentais da democracia representativa que inspira a normativa e os propósitos do sistema interamericano desde seu início. Destaca-se ali a periodicidade e a autenticidade das eleições, bem como as características do sufrágio: universal, igual e secreto. Isso para cumprir um requerimento que se expressa também no mesmo artigo 23: garantir a livre expressão da vontade dos eleitores. É evidente que sem o cumprimento deste

ingrediente fundamental, seriam debilitadas outras formas de participação que não encontrariam no sufrágio uma forma de construir fontes democráticas para assumir e exercitar a função pública.

19. Com clareza a Corte manifestou nesta sentença as considerações que a levaram a concluir que, neste caso, o Estado da Nicarágua violou a norma citada no parágrafo anterior. A essa fundamentação e conclusões, pois, remeto-me. O artigo 23 tem neste aspecto uma formulação muito clara e os fatos provados dão conta de que essa violação ocorreu. Entretanto, não se pode desconhecê-la levando em conta as complexidades dos processos políticos em geral e dos processos eleitorais em particular. Os componentes estabelecidos na referida disposição do artigo 23 são, nesta altura da evolução jurídica, insuficientes e assim o entenderam, efetivamente, os países do sistema interamericano.

20. A riqueza dos processos políticos, sociais e jurídicos vividos na região foi se expressando em um processo paralelo de aperfeiçoamento das características fundamentais que devem ter os processos eleitorais e o voto dos cidadãos. O curso variado e acidentado dos processos políticos foi manifestando que, para garantir “a livre expressão da vontade dos eleitores”, o componente do “sufrágio universal e igual e por voto secreto” era essencial, mas, por sua vez, insuficiente dado as muitas e distintas ameaças e dificuldades que a realidade ia mostrando. Assim, as dificuldades – ou facilidades – para o acesso aos meios de comunicação, as complexidades para a inscrição de candidaturas ou as características do padrão de eleitores foram se mostrando como sérios problemas em um contexto no qual já não parecia estar em questão, pelo novo contexto político, o “sufrágio universal e igual e por voto secreto”.

21. Assim, pois, como em outros componentes dos direitos políticos expressos no artigo 23.1 da Convenção, o conceito fundamental de “livre expressão da vontade dos eleitores” foi se enriquecendo ao calor de importantes evoluções institucionais no direito interno e no próprio sistema interamericano, à luz das quais deve ser interpretada e aplicada esta disposição geral da Convenção, tanto no tocante aos direitos dos cidadãos como aos deveres do Estado. No que diz respeito ao direito à participação em assuntos públicos, a Carta Democrática Interamericana condensou e expressou o estado consensual vigente no sistema interamericano no tocante à “livre expressão da vontade dos eleitores”.

22. De fato, na Carta são reiterados princípios grosseiramente coincidentes com os contidos na Convenção quando se indica que *“São elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais; o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao estado de direito; a celebração de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo; o regime pluralista de partidos e organizações políticas; e a separação e independência dos poderes públicos”* (artigo 3º).

23. Como se vê, os requisitos já contidos na Convenção foram precisados e desenvolvidos pela Carta Democrática Interamericana ao menos em dois aspectos importantes: a) não só o acesso ao poder, mas seu exercício deve se sujeitar ao Estado de Direito; acrescenta-se, assim, a “legitimidade de exercício” como princípio interamericano à já reconhecida “legitimidade de origem”; b) o regime plural de partidos e organizações políticas. Os partidos políticos, por sua parte, merecem uma consideração específica adicional na Carta, já que se estipula que “*O fortalecimento dos partidos e de outras organizações políticas é prioritário para a democracia. Dispensar-se-á atenção especial à problemática derivada dos altos custos das campanhas eleitorais e ao estabelecimento de um regime equilibrado e transparente de financiamento de suas atividades*” (artigo 5, sublinhado adicionado). Lida a Convenção Americana à luz destas evoluções conceituais, que o consenso interamericano expressou na Carta Democrática, significa, pois, que a livre expressão da vontade dos eleitores seria afetada se autoridades eleitas conforme o Estado de Direito (legitimidade de origem) exercem suas funções em contravenção ao Estado de Direito.

24. Quanto aos partidos e às organizações políticas, este é um assunto absolutamente medular que tem repercussão direta na afetação dos direitos daqueles que pretenderam infrutiferamente ser candidatos pelo YATAMA na Costa Atlântica da Nicarágua. Esse tema, curiosamente, não aparece mencionado explicitamente na Carta da OEA, nem na Convenção Americana. No entanto, a própria essência conceitual da democracia representativa supõe e exige vias de representação que, à luz do estipulado na Carta Democrática, seriam os partidos e “*outras organizações políticas*” aos que se trata não só de proteger, mas de fortalecer conforme se estabelece no artigo 5º.

25. A propósito dos partidos políticos e “*outras organizações políticas*”, um primeiro assunto a mencionar é que, ao serem considerados ingredientes essenciais para canalizar a livre expressão dos eleitores, é um dever do Estado criar as condições para o fortalecimento destas vias de representação; *contrario sensu*, abster-se de adotar medidas que possam debilitá-los. A Carta Democrática menciona explicitamente o tema do financiamento de campanhas eleitorais como um assunto ao qual se deve atribuir atenção, e enfatiza a necessidade de assegurar “*um regime equilibrado e transparente de financiamento de suas atividades*”. Sem mencioná-lo, a Carta Democrática está expressando que diante de eventuais desequilíbrios ou desigualdades, deve-se buscar um regime de contrapeso com o qual se alcançaria a igualdade desejada. Naturalmente, observa-se que isso suporia ações efetivas orientadas, preferencialmente, em benefício dos afetados por tais equilíbrios e desigualdades.

26. Neste caso foi provado que a forma de organização que o YATAMA tinha para participar no processo eleitoral de 2000 encontrou impedimentos na lei eleitoral Nº 331 daquele mesmo ano. Com isso foram violados os direitos daqueles que pretendiam ser candidatos e foi afetado o princípio de poder se organizar em modalidades distintas dos partidos políticos para exercer o direito de participação nos assuntos públicos, neste caso prejudicando uma organização que representava povos

indígenas dessa zona da Nicarágua. O Estado, pois, não só dificultou a participação, mas adotou as medidas necessárias para facilitar a participação de uma organização como o YATAMA.

27. Nessa ordem de raciocínio, deve-se entender que conceder as facilidades que sejam necessárias às denominadas “organizações políticas” vai além da perspectiva de criar condições para ampliar e consolidar a participação dos cidadãos na direção dos assuntos públicos. Isso não deve ser entendido como um caminho oposto, mas complementar ao da existência e fortalecimento dos partidos políticos, meios necessários de representação e participação em uma sociedade democrática. Em tal perspectiva, é perfeitamente legítimo e concordante com a letra e espírito da Convenção que na ordem jurídica nacional existam normas homogêneas que enfatizem a participação dos partidos políticos nos processos eleitorais, e regulamentações orientadas a fortalecer o caráter representativo e democrático dos mesmos, sem enfraquecimento de sua independência com respeito ao Estado. Adicionalmente, é legítimo que no direito interno existam disposições legais sobre as “outras organizações políticas”, em busca de facilitar a participação de setores específicos da sociedade, como pode ser o caso dos povos indígenas.

28. No terceiro componente dos direitos políticos protegidos pelo artigo 23 da Convenção estipula-se que todos os cidadãos devem “... ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país” (sublinhado acrescentado). Esse aspecto dos direitos políticos deve ser entendido de maneira sistemática, tanto em relação aos demais ingredientes explícitos dos direitos políticos contidos no artigo 23.1, como com o resto da Convenção e o ordenamento interamericano, em particular com o artigo 24 da Convenção sobre o direito à igualdade e à não discriminação.

29. Nesse sentido, ao tratar essa norma do artigo 23 sobre as “condições gerais de igualdade”, esse deve ser referente a dois aspectos que podem e devem ser entendidos de maneira concorrente e simultânea. Primeiro, a norma estabelece que deve ser garantido a todos o acesso às funções públicas “em condições gerais de igualdade”. Isso significa que para facilitar o acesso à função pública de setores da população que poderiam se encontrar em particular desvantagem e, enfim, em desigualdade – como pode ser o caso dos povos indígenas – deveriam ser adotadas medidas específicas orientadas a facilitar esse acesso. Neste caso foi provado que a Nicarágua não adotou estas medidas; pelo contrário, a lei eleitoral de 2000 gerava dificuldades para esse acesso.

30. Em segundo lugar, que esta disposição de índole genérica sobre o acesso à função pública, em coerência com o artigo 29 da Convenção, deve ser interpretada não só em relação às designações ou nomeações por parte da autoridade, mas como referida também às funções públicas que sejam exercidas por escolha popular. Ou seja, para a Corte não cabe uma interpretação restritiva referida somente aos cargos ou funções públicas derivadas de nomeações ou designações. Esse é, sem dúvida, o sentido dessa norma que busca, precisamente, enfatizar o princípio de igualdade no âmbito específico do acesso à função pública.

31. O anterior deve ser lido e interpretado em estreita relação com o estabelecido no artigo 24 da Convenção, no que diz respeito à igualdade e a não discriminação. Como é afirmado na sentença, no artigo 24 da Convenção se proíbe a discriminação de fato e de direito, com as obrigações que isso implica para o Estado de respeitar o referido princípio de igualdade e não discriminação para todos os direitos consagrados na Convenção e em toda a legislação interna que aprove. O estipulado no artigo 23.1 c), nessa ordem de ideias, orienta-se a enfatizar a significação, para a Convenção, do princípio de igualdade e não discriminação no direito à participação nos assuntos públicos.

32. Em consequência, vistos os fatos provados neste caso à luz das fundamentações derivadas do estipulado no artigo 23.1 c) quanto às condições gerais de igualdade e no artigo 24, no que diz respeito à igualdade e não discriminação, é clara a obrigação do Estado de não tolerar práticas ou normas que possam ter um efeito discriminatório. Isso não deve ser entendido como oposto a regras e condições homogêneas para toda a sociedade e os cidadãos no que diz respeito ao pleno exercício dos direitos políticos.

Diego García-Sayán

Juiz

Pablo Saavedra Alessandri

Secretário