

VOTO CONCORDANTE FUNDAMENTADO DO JUIZ AD HOC

EMILIO CAMACHO PAREDES

CASO RICARDO CANESE VS. PARAGUAI

Compartilho os fundamentos da presente sentença, razão pela qual concordo com a mesma. As questões propostas e as responsabilidades determinadas me suscitaram algumas reflexões que me vejo na obrigação de consignar neste voto.

1. O ato de processar penalmente não implica nenhuma criminalização de conduta, pois a injúria e a difamação estão tipificadas na lei penal (artigos 150 e 151 Lei 1.160) e (370-difamação- e 372-injúria- Antigo Código Penal); ou seja, o processo se iniciou com base em disposições jurídicas plenamente vigentes naquele momento e inclusive na atual legislação penal. Em consequência, não se pode pretender de forma automática culpar o Estado paraguaio pelo fato de se ter iniciado uma causa penal. Corresponde, como fez a Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisar detalhadamente o início e a substancialização da causa, a atuação dos magistrados que permitiram o cometimento de graves irregularidades processuais, atentatórias contra os direitos fundamentais do recorrente e que evidencia, neste caso concreto, que uma vontade externa pôde mais que a própria administração de justiça.

2.- Houve uma séria restrição à liberdade pessoal e, em particular, à liberdade de trânsito (artigo 41 CN e 22 da Convenção), ao se impedir a saída do país, apesar das reiteradas permissões solicitadas. É ilegal e inconstitucional, abertamente arbitrária e injustificável, a atitude dos agentes judiciais que negaram de forma reiterada a permissão de saída do país, tratando-se de uma pessoa que demonstrou amplamente seu domicílio no país, que estava debatendo um assunto de interesse público. Além disso, tratava-se de um candidato a Presidente da República, vereador municipal, com exercício profissional e com toda sua família vivendo no país.

O Juiz de Primeira Instância não permitiu a abertura da causa à prova! O Juiz não permitiu que declarassem as testemunhas propostas. Além disso, os denunciantes não foram mencionados e ainda assim a demanda continuou.

3.- As decisões judiciais mais relevantes para uma adequada compreensão do caso, são as seguintes:

Com a S.D. 17, de 22 de março de 1994, o Juiz de Primeira Instância o condena a 4 meses de prisão e uma multa de 14.950.000 Gs.; o Acórdão e Sentença nº 18, de 4 de novembro de 1997, Terceira Câmara do Tribunal Penal de Apelação modificou a sentença e o **condenou a dois meses de prisão e 2.969.000 Gs. de multa por difamação. Absolveu-o de injúria.**

Acórdão e Sentença nº 179-2, de maio de 2001, da Corte Suprema de Justiça confirma a condenação imposta pelo Tribunal de Apelação.

O Acórdão e Sentença nº 1.362, de 11 de dezembro de 2002, da Corte Suprema de Justiça. **Admitiu o Recurso de Revisão e anulou as Decisões Judiciais: S.D: 17-22-III-94 Primeira Instância, Primeiro Turno Penal e o A. e S. nº 18 - 4 de novembro de 1997 - absolve Canese de culpa e pena.**

O Acórdão e Sentença nº 804, de 27 de abril de 2004. da C.S.J.. admite o recurso de esclarecimento (embargos de declaração) interposto pelo Sr. Canese contra o A. e S. nº 1362, de 11 de dezembro de 2002, e impõe as custas de todo o processo à parte denunciante.

A CSJ considerou que houve falta de impulso do acionante (seis meses)- A.I. 1645., o que configura uma relutância a utilizar as faculdades ordenatórias reconhecidas na legislação processual e, fundamentalmente, a obrigação de aplicar a Constituição acima de qualquer argumento ou obstáculo processual, ao menos em casos como o presente, em que o transcurso do tempo fazia cada dia mais evidente a arbitrariedade de que era objeto o Engenheiro Canese. (Ver Sapena, Josefina. *Jurisprudência Constitucional. Arbitrariedade*).¹ A este respeito, a Corte Interamericana estabeleceu firmemente que os juízes, “como orientadores do processo, têm o dever de dirigir e encaminhar o procedimento judicial com o fim de não sacrificar a justiça e o devido processo legal em prol do formalismo e da impunidade”,² que é o que ocorreu de forma manifesta no caso em estudo, em direto detrimento dos direitos constitucionais do Sr. Canese.

4.- O A. I. nº 409, de 29 de abril de 1994, Juiz de Primeira Instância Civil, Primeiro Turno, impede sua saída. O pedido de autorização para sair do país é um capítulo todo especial e assim foi considerado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois evidentemente não se tratava de um argumento para a fuga. O Juiz, os juízes que denegaram os pedidos de saída, e os que permitiram que se mantivesse durante tanto tempo, evidentemente incorreram na violação das garantias constitucionais e dos direitos reconhecidos na Convenção. Obviamente deverão oportunamente ser separadas e determinadas as responsabilidades, pois é distinta a responsabilidade do juiz que denegou o pedido, do que permitiu que se mantenha tanto tempo e daquele que interveio durante pouco tempo.

5.- A liberdade de imprensa e o interesse público. **O debate se estabeleceu no contexto do interesse público, aspecto que evidentemente não foi considerado pelos magistrados intervenientes.** Apenas assim se compreende a extrema rigorosidade nos critérios adotados, que converteram um simples processo de difamação e injúria, ao menos no campo das medidas cautelares, em um caso paradigmático de arbitrariedade judicial. Mais de oito anos sem que nenhuma instância judicial utilizasse suas faculdades ordenatórias para reconduzir o processo ao seu curso regular.

¹ Sapena, Josefina. *Jurisprudencia Constitucional*.

² *Caso Myrna Mack Chang*, Nº 211.

Os autores eram pessoas privadas, não o Estado paraguaio, tratava-se de um litígio entre particulares onde se debatiam assuntos de indubitável interesse geral. **Os sócios do Conempa se envolveram com o interesse público e então deve-se admitir a primazia do mesmo sobre o dos particulares, como expressamente consagra a Constituição paraguaia em seu artigo 128.**

Observa-se aqui a condenação penal como limitação indireta da liberdade de expressão, o que consumou uma violação do artigo 13 da Convenção Americana.

6.- Proibição de sair do país e prazo razoável. **Desde a S.D. de primeira instância até que se tornou definitiva, passaram oito anos. Remetendo-nos aos argumentos expostos na decisão, demonstra-se uma aberta restrição de saída durante quase oito anos, o que configurou uma flagrante e arbitrária violação da presunção de inocência (artigo 17.1), da liberdade e segurança das pessoas (artigo 9 CN) e da defesa em julgamento (artigo 16C.N.),** direitos todos estes reconhecidos na Convenção, em seu artigo 8.1 e 8.2. Recebeu um tratamento completamente diferente dos demais processados, que gozam majoritariamente das garantias processuais, desconhecendo-se seu direito à igualdade (artigos 46 e 47 CN). Aqui resalto a atitude dos funcionários judiciais intervenientes, que, de forma sistemática e reiterada, negaram pedidos de permissão, chegando ao extremo inadmissível de manter uma medida cautelar por mais tempo do que a pena máxima possível, o que, nesse julgamento, significou, primeiro apenas 18 meses, “e depois nada!, ao revogar” a pena de prisão o Tribunal de Apelação e anular todo o processo a Corte Suprema de Justiça.

7.- Os juízes não aplicaram oportunamente a Constituição Nacional nem o princípio *Iura Novit Curia* deveriam corrigir o processo e não se apoiar no que fazia ou deixava de fazer a defesa, argumento inadmissível quando estão em jogo os direitos fundamentais, que inclusive colocavam em questão a responsabilidade do Estado paraguaio, que concorre solidariamente segundo dispõe o artigo 106 da Constituição. Além disso, nas decisões de segunda e terceira instância ninguém considerou a atuação de magistrados judiciais que permitiram anos de medida cautelar.

8.- Em nossa opinião, a medida cautelar, que foi arbitrária, ilegal e irracional, foi a que mais dano causou. **NÃO SE ESGOTOU A INSTÂNCIA CIVIL, razão pela qual, em princípio, não se poderia estabelecer coativamente a indenização por dano moral, pois se estaria estabelecendo uma jurisdição paralela à ordinária,** criando um Poder Judiciário adicional ao existente, violando o artigo 137 da Constituição Nacional, que estabelece a prioridade do ordenamento jurídico, o que inclusive poderia abrir caminho a uma equivocada utilização dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Os tratados e convênios internacionais estão localizados abaixo da Constituição Nacional e, o que é ainda mais evidente, no caso em questão não se trata de negar nenhum direito, mas de indicar que se deveria iniciar a ação civil por indenização, e o Estado paraguaio está em condições de garantir esse tipo de julgamentos, como se evidencia com o caso Napoleón

Ortigoza, Hilario Orellado e outros,³ onde se condenou o Estado paraguaio a pagar somas multimilionárias a título de indenização e dano moral, através de ações civis que seguiram à anulação da sentença por parte da Corte Suprema de Justiça. Esta anulou uma antiga sentença que havia condenado Ortigoza a mais de 20 anos de prisão (e a algo menos os demais citados) nos tempos da ditadura.

Apesar disso, deve-se indicar que o longo caminho seguido pelas partes e, muito especialmente, o autêntico suplício padecido pelo recorrente, vítima de uma inadmissível medida cautelar e o consequente dano, requer um pronunciamento desta Corte em relação à reivindicação indenizatória. Como foi estabelecido no capítulo de considerações desta sentença, "a responsabilidade internacional do Estado se gera de imediato com o ilícito internacional, apesar de que só possa ser exigida depois de que o Estado tenha tido a oportunidade de repará-lo por seus próprios meios".

A Corte reiterou em suas decisões que "é um princípio de Direito Internacional que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente".⁴ A este respeito, em aplicação do disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana, quando a Corte declara que o Estado violou um direito ou liberdade protegidos na Convenção, "dispõe que se garanta ao lesado o gozo de seu direito ou liberdade violados [...e,] se isso for procedente, que se reparem as consequências da medida ou situação que configurou a violação destes direitos e o pagamento de uma justa indenização à parte lesada". Neste caso, de acordo com a regra citada, a Corte dispôs as reparações que correspondem ao Sr. Canese pelos danos causados pelas violações à Convenção declaradas nesta sentença. É obrigação do Estado cumprir as medidas de reparação dispostas pela Corte Interamericana.

Não se pode obrigar o recorrente novamente a iniciar todo o caminho judicial reivindicando a indenização, tampouco se pode desconhecer o ordenamento constitucional interno do país denunciado, bem como a exigência clara do esgotamento das vias ordinárias prévias. A Corte estabeleceu uma jurisprudência na qual, ante a comprovação do dano em sede penal com a correspondente punição, também se pode exigir ao Estado demandado chegar a um acordo indenizatório com o demandante (ver páginas 501 a 507- Faúndez Ledesma). Além disso, não se deve esquecer que o afã fundamental do recorrente foi sempre demonstrar a arbitrariedade cometida pelo Estado e seus agentes judiciais, em especial ao manter de forma quase indefinida uma medida cautelar restritiva, excedendo todo parâmetro legal e racional.

É necessário indicar que houve arbitrariedade nas decisões judiciais impugnadas. É inadmissível castigar um cidadão com uma medida cautelar durante anos, superior inclusive à expectativa de pena máxima existente. Além disso, expõe-se o Estado a um incalculável dano patrimonial, proveniente do dever de

³ Assim estabelece uma sentença definitiva da Corte Suprema de Justiça.

⁴ *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C Nº 110, par. 187; *Caso 19 Comerciantes*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C Nº 109, par. 219; e *Caso Molina Theissen*. *Reparações* (artigo 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 3 de julho de 2004. Série C Nº 108, par. 39.

ressarcimento que nasce, justamente pela ilegal atuação dos magistrados intervenientes. Um Estado de Direito não pode permitir este tipo de conduta em seus funcionários.

Os juízes, como orientadores do processo, têm a obrigação de velar sempre pelo correto cumprimento do direito e assim estabeleceu a Corte IDH: **"À luz do anteriormente afirmado, a Corte considera que os juízes, como orientadores do processo, têm o dever de dirigir e encaminhar o procedimento judicial com o fim de não sacrificar a justiça e o devido processo legal em prol do formalismo e da impunidade".**⁵

Isso significa que, necessariamente, a Corte IDH deve-se ocupar do funcionamento dos órgãos judiciais internos do Estado demandado, como se estabeleceu no caso Juan Humberto Sánchez: "o esclarecimento de se o Estado violou ou não suas obrigações internacionais por virtude das atuações de seus órgãos judiciais, pode conduzir a que o Tribunal deva se ocupar de examinar os respectivos processos internos,"⁶ de maneira a estabelecer se a integralidade dos procedimentos estiveram em conformidade com as disposições internacionais das que o Estado demandado é signatário.

Os Artigos 15 e 18 do Código de Processo Civil do Paraguai consagram faculdades ordenatórias dos magistrados e a obrigação de aplicar primeiramente a Constituição, descumprimento que inclusive é passível de punição, como disposto na lei 1.084, em concordância com o princípio de prioridade das leis, reconhecido no artigo 137 CN.

9.- Em matéria de ressarcimento por dano moral e patrimonial, não se esgotou a instância interna, e mais, nem sequer se iniciou nenhuma demanda, mas pelas razões precedentemente expostas surge a necessidade de estipular a quantia.

O que fica claramente demonstrado nos autos é a violação do artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Garantias Judiciais – ao manter de forma arbitrária uma medida restritiva sem fundamento jurídico válido. Arbitrariedade que também se demonstra com as mesmas decisões judiciais proferidas na causa, todas elas muito inferiores aos anos de duração da medida restritiva. Nasce então o direito previsto no artigo 10 da Convenção Americana.

Além disso, e o repetimos, ter mantido durante anos uma medida cautelar não se compadece com nenhum dos princípios e garantias em jogo: devido processo legal (artigos 16 e 17 CN), presunção de inocência (artigo 17.1) razoabilidade das decisões judiciais (artigo 8 Convenção) e artigo 46 e cc. da Convenção Interamericana. Seguindo os critérios estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para a razoabilidade da duração de um processo:⁷ a) complexidade do assunto, b) atividade processual do interessado e c) conduta das autoridades judiciais, não se pode convalidar mais de oito anos de medida cautelar e mais de processo, para chegar inclusive a decisões judiciais que anulam todo o atuado.

⁵ *Caso Myrna Mack Chang*, Nº 211.

⁶ *Caso Juan Humberto Sánchez*, Nº 120, Sentença de 7 de junho de 2003.

⁷ *Caso Hilaire, Cosntantine e Benjamin*. Sentença de 21 de junho de 2002.

Uma demora prolongada pode chegar inclusive a constituir, por si mesma, em certos casos, uma violação das garantias judiciais, e isso deve ser indicado pela CIDH e retificado pelo Estado paraguaio. Finalmente, cabe indicar que o Estado paraguaio está realizando esforços para avançar na vigência dos direitos humanos e no alcance da tutela judicial efetiva, e que foi a própria Corte Suprema de Justiça a que proferiu as decisões corretoras no caso em estudo, colocando assim o Paraguai no bom caminho dos direitos humanos.

Emilio Camacho Paredes

Juiz *ad hoc*

Pablo Saavedra Alessandri

Secretário