

**ANO I - NÚMERO 4 - JULHO/SETEMBRO DE 2002**

**BRASÍLIA/DF**

**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL  
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO**

**Procurador-Geral da República  
GERALDO BRINDEIRO**

**Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União  
SANDRA CUREAU**

**Conselho Administrativo**

**Titulares: Ministério Público Federal:** FÁTIMA APARECIDA DE SOUZA BORGHI – Procuradora Regional da República; **Ministério Público do Trabalho:** JOHNSON MEIRA SANTOS – Subprocurador-Geral do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** OLINDA ELIZABETH CESTARI GONÇALVES – Promotora de Justiça; **Ministério Público Militar:** EDMAR JORGE DE ALMEIDA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

**Suplentes: Ministério Público Federal:** LUIS ALBERTO D’AZEVEDO AURVALLE – Procurador Regional da República; **Ministério Público do Trabalho:** ANTÔNIO CARLOS ROBOREDO – Subprocurador-Geral do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** RODOLFO CUNHA SALLES – Promotor de Justiça; **Ministério Público Militar:** NELSON LUIZ ARRUDA SENRA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

**Coordenadores de Ensino**

**Titulares: Ministério Público Federal:** MARCOS ANTÔNIO DA SILVA COSTA – Procurador da República; **Ministério Público do Trabalho:** ADRIANE REIS DE ARAÚJO – Procuradora Regional do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** ARINDA FERNANDES – Procuradora de Justiça; **Ministério Público Militar:** CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

**Suplentes: Ministério Público Federal:** CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA – Procurador da República; **Ministério Público do Trabalho:** CRISTIANO OTÁVIO PAIXÃO ARAÚJO PINTO – Procurador do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA – Promotora de Justiça; **Ministério Público Militar:** MARCELO WEITZEL RABELLO DE SOUZA – Procurador da Justiça Militar.

**Conselho Editorial**

**Coordenador:** ROBERTO CARLOS BATISTA – Promotor de Justiça (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) – *e-mail:* robertob@mpdft.gov.br; **Conselheiros:** ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS – Procurador da República (Ministério Público Federal) – *e-mail:* aramos@prsp.mpf.gov.br; GUSTAVO ERNANI CAVALCANTI DANTAS – Procurador Regional do Trabalho (Ministério Público do Trabalho) – *e-mail:* dantas@prt10.mpt.gov.br; **Conselheiro e Coordenador Interino:** PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ – Subprocurador-Geral da Justiça Militar (Ministério Público Militar) – *e-mail:* pericles@mpm.gov.br.



**ANO I - NÚMERO 4 - JULHO/SETEMBRO DE 2002**

**BRASÍLIA/DF**

**ANO I - NÚMERO 4 - JULHO/SETEMBRO DE 2002**

**BRASÍLIA/DF**

**ANO I - NÚMERO 4 - JULHO/SETEMBRO DE 2002**

**BRASÍLIA/DF**

## **BOLETIM CIENTÍFICO – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO**

Uma publicação da ESMPU

Endereço: SGAS Av. L2-Sul, Qd. 604, Lt. 23, SI. 230

CEP: 70200-901 - Brasília - DF

Tel.: (61) 313-5502 - Fax: (61) 313-5501

Home Page <http://www.esmpu.mpu.gov.br>

E-mail: [esmpu@mpu.gov.br](mailto:esmpu@mpu.gov.br)

© *Copyright* 2002. **Todos os direitos autorais reservados.**

**Secretária Editorial:** Arlete Previtalli.

### **Diagramação, fotolitos e impressão:**

Editora Raiz da Terra Ltda.

[editraiz@terra.com.br](mailto:editraiz@terra.com.br) - (11) 3207-8561

**Revisão:** Miguel de Oliveira (MTb 11.240 – SP) e Walter Farro (MTb 9.315 – SP)

**Capa:** Artchip Editora – (11) 5044-7679 – 5041-8899

**Tiragem:** 2.500 exemplares.

**As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.**

**Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**

Brasília: ESMPU, Ano I, n.º 4, jul./set., 2002

Trimestral

ISSN 1676-4781

I. Direito. I. Título

CDD:340.1  
20.ed.

## APRESENTAÇÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União* chega ao seu quarto número.

Pela primeira vez, focamos nossa atenção em um único tema: a comemoração, em 2002, dos dez anos da adesão brasileira à Convenção Americana de Direitos Humanos.

A escolha é de fácil compreensão: a extrema importância do Pacto de San José de Costa Rica, pela ótica da preservação e promoção dos direitos e garantias fundamentais nas Américas, da qual, sem dúvida alguma, participa energicamente o Ministério Público da União, responsável pela defesa da ordem jurídica e do regime democrático, de acordo com a dicção do artigo 127 da Constituição.

Além disso, essa data comemorativa permite a reflexão sobre a implementação dos dispositivos da Convenção em nosso cotidiano, pois, como já sustentou Norberto Bobbio, em seu notável *A Era dos Direitos*<sup>1</sup>, ingressamos na era da efetivação dos direitos previstos nos inúmeros tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Em vista da alta relevância do tema, não poderia a Escola Superior do Ministério Público da União deixar de prestar homenagem a tão importante data.

E que melhor homenagem poderia a Escola, dentro de sua perspectiva de formação, estudo e pesquisa, oferecer ao celebrado aniversário do que uma coletânea de artigos científicos, elaborados por distintos colaboradores do Ministério Público da União e também da Academia e da sociedade civil, esperando, desta forma, contribuir para o aperfeiçoamento e o aprofundamento das novas questões jurídicas trazidas à baila pela Convenção, ao mesmo tempo em que se mantém firme nos seus objetivos de produção científica, pesquisa e desenvolvimento das instituições? Educar em direitos humanos é uma tomada de posição, em busca de uma sociedade mais solidária e mais justa, na qual a ESMPU, com satisfação, se insere, esperando contribuir para o estabelecimento de um efetivo pacto de igualdade de direitos.

Agradeço, em nome da Escola, por fim, a todos, colaboradores, membros do Conselho Editorial e servidores, que contribuíram, com denodo e esforço, para que mais este número do *Boletim* fosse realizado.

Boa leitura a todos.

**Sandra Cureau**

Subprocuradora-Geral da República  
Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União



<sup>1</sup> Ver BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo : Ed. Campus, 1992.

## COLABORADORES

**André de Carvalho Ramos** – Procurador Regional dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal no Estado de São Paulo, doutor em Direito pela USP, membro da International Law Association – Seção brasileira, membro do Centro de Estudos de Direito Internacional (Cedi) e professor adjunto de Direito Internacional da Universidade São Judas Tadeu.

**Denise Neves Abade** – Procuradora da República. Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo.

**Fauzi Hassan Choukr** – Promotor de Justiça/SP desde 1989. Mestre e doutor em Direito Processual Penal/USP. Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford (New College). Pesquisador convidado do Instituto Max Planck para Direito Penal Estrangeiro e Internacional Freiburg im Breisgau. Membro da Associação Internacional de Direito Penal, membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e membro conselheiro do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária/SP 1998-2000/2001-2002

**Flavia Piovesan** – Professora doutora da PUC/SP nas disciplinas de Direitos Humanos e Direito Constitucional, professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós-Graduação da PUC/SP e da PUC/PR, *Visiting fellow* do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000) e procuradora do Estado de São Paulo.

**Hélio Bicudo** – Vice-prefeito da cidade de São Paulo, presidente da Comissão Municipal de Direitos Humanos de São Paulo. Advogado e jornalista.

**Luciano Mariz Maia** – Procurador regional da República. Mestre em Direito Público pela Universidade de Londres (Concentração em Direitos Humanos), doutorando pela UFPE e professor de Direitos Humanos na Universidade Federal da Paraíba.

**Maria Eliane Menezes de Farias** – Subprocuradora-geral da República e procuradora federal dos Direitos do Cidadão

**Oscar Vilhena Vieira** – Professor de Direito da PUC-SP, *master of laws* pela Universidade de Columbia, NY, doutor pela Universidade de São Paulo, secretário executivo do Ilanud e procurador do Estado.

**Raquel Elias Ferreira Dodge** – Procuradora federal dos Direitos do Cidadão Adjunta.

**Walter Claudius Rothenburg** – Procurador da República. Professor de Direito Constitucional, mestre e doutor em Direito pela UFPR, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II.

# SUMÁRIO

## I Editorial

<b>Homenagem aos dez anos da adesão brasileira ao Pacto de San José</b> <i>André de Carvalho Ramos</i> .....	9
---	---

## II Artigos

<b>A gramática dos Direitos Humanos</b> <i>Oscar Vilhena Vieira</i> .....	13
<b>A justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas</b> <i>Flavia Piovesan</i> .....	35
<b>O impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do Direito Internacional e o Direito Interno</b> <i>André de Carvalho Ramos</i> .....	51
<b>A Convenção Americana de Direitos Humanos no contexto constitucional brasileiro</b> <i>Walter Claudius Rothenburg</i> .....	73
<b>O Brasil antes e depois do Pacto de San José</b> <i>Luciano Mariz Maia</i> .....	81
<b>A velha perspectiva moderna do Direito: análise das garantias processuais penais da Convenção Americana de Direitos Humanos sob a ótica dos tribunais brasileiros</b> <i>Denise Neves Abade</i> .....	99
<b>A Influência da Convenção Americana de Direitos Humanos no processo penal brasileiro</b> <i>Fauzi Hassan Choukr</i> .....	111
<b>A implementação da Convenção Americana de Direitos Humanos e os trabalhadores rurais sem-terra de Eldorado do Carajás</b> <i>Maria Eliane Menezes de Farias</i> .....	129
<b>A defesa do interesse da União em erradicar formas contemporâneas de escravidão no Brasil</b> <i>Raquel Elias Ferreira Dodge</i> .....	133
<b>III Palestra</b>	
<b>Os Dez Anos da Adesão Brasileira à Convenção Americana de Direitos Humanos (1992 – 2002)</b> <i>Hélio Bicudo</i> .....	153
<b>IV Anexo</b>	
<b>Caso da Penitenciária “Urso Branco”</b> .....	159





## HOMENAGEM AOS DEZ ANOS DA ADESÃO BRASILEIRA AO PACTO DE SAN JOSÉ

*André de Carvalho Ramos\**

É comemorado neste ano o décimo aniversário da adesão brasileira à Convenção Americana de Direitos Humanos, o chamado Pacto de San José.<sup>1</sup> O Conselho Editorial da ESMPU, então, buscou homenagear a Convenção através deste seu primeiro Boletim Científico Temático.

O presente Boletim, então, encerra o ano de 2002 do nosso Conselho Editorial da Escola Superior do Ministério Público da União buscando efetuar um *balanço* da aplicação da Convenção e palmilhar as *perspectivas* para o futuro.

Para tornar a leitura do Boletim condizente com o objetivo proposto, foi necessário organizar a numeração dos artigos de modo a conduzir o leitor do **contexto geral** da proteção de direitos humanos para a **análise específica** de direitos previstos na Convenção.

Nosso primeiro artigo, então, é da lavra de **Oscar Vilhena Vieira**, que esclarece o significado de “ter direitos”, os fundamentos filosóficos da proteção de direitos humanos, a chamada “erosão dos direitos humanos”, lançando luzes sobre os aspectos gerais da dimensão internacional de tal proteção, bem como mostrando, de modo valioso, o significado atual da gramática dos direitos humanos.

A seguir, **Flávia Piovesan** tece comentários sobre os aspectos mais relevantes do

---

\* Procurador da República, atual Procurador Regional dos Direitos do Cidadão em São Paulo, Conselheiro do Conselho Editorial da ESMPU.

<sup>1</sup> Em 1985 foi enviada ao Congresso Nacional mensagem do então presidente José Sarney solicitando a aprovação congressual ao texto da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Congresso, por seu turno, aprovou o Decreto-Legislativo nº 27 em 28 de maio de 1992. Finalmente, em 25 de setembro de 1992, o Brasil depositou no Secretariado da Organização dos Estados Americanos ato de adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos. Após, para encerrar o processo de incorporação desse tratado ao ordenamento jurídico nacional, foi editado o Decreto Executivo nº 678 de 6 de novembro de 1992.

sistema interamericano de direitos humanos, abordando diversos casos da jurisprudência consultiva e contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na conclusão, são abordados, com a habitual maestria e olhar para o futuro, os desafios do sistema interamericano, em especial após a mudança do regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2001.

No artigo de minha autoria, busco rever os conceitos tradicionais e quase surrados relativos à relação do Direito Brasileiro e o Direito Internacional, esclarecendo a necessidade do estudo de tal relação pelos dois prismas reconhecidos: como o “Direito Interno vê o Direito Internacional” e ainda como o “Direito Internacional vê o Direito Interno”. Por fim, analiso a convergência do Direito Internacional e o Direito Interno na busca da proteção máxima do ser humano, por meio do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, sem deixar, na conclusão, de tecer análise crítica da insuficiência desse mesmo princípio nos chamados *hard cases*, nos quais dois direitos humanos se chocam (norma mais favorável a quem?).

Continuando a análise do tema da difícil relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional, **Walter Rothenburg** estuda, com didatismo e ousadia, aspectos-chaves da inserção da Constituição compromissária de 1988 no novo contexto internacional da proteção de direitos humanos, no qual a Convenção Americana de Direitos Humanos é um dos marcos. É dele a excepcional crítica do *mito do bom tratado*, na qual nos alerta sobre eventual diminuição da proteção dada ao ser humano pela nossa própria Constituição através da ratificação de tratados internacionais, citando o caso do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Encerrada a fase da discussão geral da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Boletim inicia a discussão da aplicação concreta de alguns dos seus dispositivos.

Inicialmente, **Luciano Mariz Maia** analisa a relação entre o Brasil e o sistema interamericano no período militar, ressaltando a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Pacto de San José na restauração democrática brasileira. Após a adesão brasileira à Convenção, o autor aponta o surgimento de casos de violação do Pacto por civis. Por fim, expõe com impecável precisão as novas tendências, com o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a influência do Pacto no Judiciário.

Após, **Denise Neves Abade** estuda com rigor o impacto das garantias processuais penais constantes da Convenção em nossos Tribunais, esclarecendo, com brilhantismo, a insuficiência da interpretação da Convenção conforme tradições inquisitivas ultrapassadas de nossa praxe processual. Para a autora, nega-se vigência à Convenção em várias passagens importantes de nossa legislação processual penal, em detrimento das garantias individuais e expondo o Brasil à sua responsabilização internacional.

Por seu turno, **Fauzi Hassan Choukr** continua a análise do importante tema processual penal e os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. O ilustre autor nos ensina sobre o necessário primado dos direitos humanos, no respeito aos textos

internacionais sobre ele versados e na sua necessária obediência no direito interno quando, na verdade, nossa cultura processual penal ainda é fortemente inquisitiva e agora utilizada como falsa solução para conflitos sociais.

Adiante, este número comemorativo do Boletim nos mostra estudos feitos com sensibilidade e rigor de dois direitos básicos do ser humano: o direito à vida e o direito à liberdade.

No tocante ao direito à vida, **Maria Eliane Menezes de Farias**, na sua condição de Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, expõe sua análise crítica do episódio conhecido por “Eldorado dos Carajás”, marcado por mortes e em cujo desfecho paira a nossa conhecida sombra da impunidade. Por isso, indigna-se a autora e pugna pelo combate aos violadores bárbaros de direitos humanos, de modo a reforçar o respeito à dignidade da pessoa humana, em especial em áreas de conflito social.

Quanto ao direito à liberdade, **Raquel Elias Ferreira Dodge** analisa, com ineditismo, verdadeira fratura exposta do cenário social brasileiro, que é a existência de várias formas de escravidão contemporâneas. Com exaustiva pesquisa legislativa interna e internacional, a autora enfatiza o interesse federal no combate a tais práticas abomináveis, concluindo pela competência da justiça federal para o processamento das infrações cometidas.

Logo a seguir, publicamos memorável palestra proferida por **Hélio Bicudo**, em Mesa Científica do Núcleo paulista da Escola, realizada especialmente para comemorar os dez anos da adesão brasileira ao Pacto de San José.

**Hélio Bicudo**, um dos decanos da proteção de direitos humanos no Brasil, procurador de justiça aposentado (na condição de membro do *parquet*, notabilizou-se pela luta contra o “Esquadrão da Morte”), autor de obras de direitos humanos, ex-presidente da Comissão Internacional de Direitos Humanos e atual vice-prefeito de São Paulo, nos fornece um amplo quadro da inserção da Convenção Americana de Direitos Humanos no cotidiano jurídico brasileiro.

Por fim, trazemos anexo o texto integral da **primeira medida provisória** proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil, prolatada agora em 2002, a pedido da Comissão. Os fatos narrados na fundamentação da decisão da Corte, referentes à Penitenciária Estadual de Rondônia “Urso Branco”, nos mostra o longo caminho que temos pela frente, na implementação dos direitos humanos em nosso País.



# A GRAMÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS\*

*Oscar Vilhena Vieira\*\**

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O que significa ter um direito? 3. O papel dos direitos. 4. Prevalência dos direitos. 5. Fundamentos filosóficos dos direitos humanos. 6. Crítica à idéia de direitos humanos. 7. A erosão dos direitos humanos. 8. Direitos humanos no mundo contemporâneo. Uma análise normativa. 9. Conclusão.

## 1. Introdução

Durante décadas o Brasil ficou à margem do sistema internacional de direitos humanos. Com o início da redemocratização, nos anos 80, vários tratados foram firmados. Nos anos 90 muitos destes tratados foram finalmente ratificados. Dentre os diversos instrumentos, dos quais o Brasil se tornou parte, o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, é certamente um dos mais significativos. Neste ano comemoramos dez anos de engajamento na sistemática interamericana de direitos humanos. Hoje, dezenas de casos brasileiros estão sendo apreciados pelos seus mecanismos de monitoramento, servindo como ações paradigmáticas, que certamente implicarão um maior respeito pelos direitos humanos em nosso País.

O objetivo deste texto, entretanto, não é refletir sobre esta experiência específica, mas sim apresentar uma visão panorâmica sobre o universo dos direitos humanos, do qual o sistema interamericano constitui uma engrenagem tão relevante.

## 2. O que significa ter um direito?

Embora todos os dias falemos sobre direitos parece ser mais fácil compreender o que é ter um objeto ou poder criticar o governo livremente, do que é ter um direito à propriedade ou à liberdade de expressão. O objeto nós podemos ver e pegar e criticar o governo, nós simplesmente criticamos, mas o direito é algo mais abstrato. Por outro lado, nós sabemos que as pessoas não podem pegar o que é nosso ou impedir a nossa crítica sem a nossa permissão ou sem uma excelente razão. Ou seja, as demais pessoas têm o dever de respeitar a nossa propriedade ou a nossa liberdade, porque estes são nossos direitos. Daí se dizer que ter um direito é ser beneficiário de deveres de outras pessoas ou do Estado.<sup>1</sup> Assim, se eu tenho o direito de

---

\* Texto escrito em homenagem a André Franco Montoro.

\*\* Oscar Vilhena Vieira é professor de Direito da PUC-SP, *master of laws* pela Universidade de Columbia, NY, doutor pela Universidade de São Paulo, secretário executivo do Ilanud e procurador do Estado.

<sup>1</sup> Esta é a formulação básica de David Lyons, a partir da obra de J. Bentham, *Rights, Claimants and Beneficiaries*, *American Philosophical Quarterly*, V. 6, n° 3, 1969, p. 173.

andar pelas ruas, conclui-se que as demais pessoas têm, por alguma razão, o dever de respeitar esse meu direito, não podendo restringir a minha liberdade. Se eu sou um deficiente físico, por exemplo, e as calçadas não têm rampas que permitam que me locomova com minha cadeira de rodas, alguém está deixando de cumprir o seu dever e, portanto, restringindo ou violando o meu direito. Se tenho direito à educação, isto justifica que alguém tenha uma obrigação, para comigo, de estabelecer escolas e bibliotecas, treinar e pagar professores, para que eu possa aprender. Se cada um de nós tem o direito de votar, estes votos devem ser levados em consideração na escolha dos que irão nos governar e, mais do que isto, significa que aqueles que foram eleitos têm uma obrigação de nos representar.

Temos direitos a coisas distintas, como à propriedade, à liberdade de expressão, ao voto, à educação ou à saúde, à prestação jurisdicional. Esses direitos podem aparecer formalmente como: direito-pretensão, liberdade, poder, ou imunidade, gerando, por sua vez, obrigações correlatas em terceiros, na forma de: dever, não-direito, sujeição e incompetência. Ou, seja<sup>2</sup>:

1. A tem um direito-pretensão a X, em relação a B, se, e somente se, B tem um dever de X em relação a A;

2. A tem uma liberdade a X, em relação a B, se, e somente se, B tem um não direito de que A deva X;

3. A tem um poder a X, em relação a B, se, e somente se, B está sujeito a que sua posição jurídica possa ser alterada por A, ao realizar X;

4. A tem uma imunidade a X, em relação a B, se, e somente se, B tem uma incompetência para alterar a posição de A em relação a X.

Portanto, para cada um desses direitos existirão distintas formas de deveres. Nesse sentido é muito difícil falar em direito sem imediatamente pensar em uma obrigação ou em um dever, que pode significar simplesmente o dever de se abster de uma determinada conduta (não torturar), como na obrigação de fazer algo (obrigação da polícia de investigar um caso de tortura).

Destaque-se, ainda, que para cada um desses direitos há distintas pessoas ou instituições que estarão obrigadas a respeitá-los. Há direitos que obrigam apenas uma pessoa, como os derivados de um contrato. Outros obrigam o Estado, como o direito à educação básica, expresso em nossa Constituição. Há direitos, por sua vez, que criam obrigações universais, ou seja, que obrigam a todas as pessoas e instituições. O direito a não ser torturado, como reconhecido por diversos instrumentos, entre os quais a Convenção Contra a Tortura, é um bom candidato a essa categoria.

### **3. O papel dos direitos**

Os direitos, como hoje compreendidos, constituem uma formidável construção da modernidade, que está diretamente associada ao sentimento de que as pessoas não podem dispor de uma esfera de proteção, que assegure determinados valores ou interesses fundamentais.

A principal distinção entre a moderna linguagem dos direitos, que surge com as declarações e constituições do final do século 18, e os privilégios existentes no período medieval,

---

<sup>2</sup> Esse quadro constitui uma versão simplificada por John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 199.

é a idéia de universalidade e reciprocidade intrinsecamente ligada aos direitos. Enquanto os privilégios constituem proteção de interesses de um determinado grupo ou classe, os direitos se apresentam como algo que deve a todos proteger. No mais os direitos tendem a estabelecer relações horizontais e de reciprocidade, em contrapartida com as relações verticais e hierarquizadas decorrentes de um universo regulado por privilégios. Evidente que essas características da gramática dos direitos se colocam num plano ideal, e muitas vezes o que chamamos de direitos funcionam na realidade como privilégios. No entanto, ainda no plano ideal, a adoção de um sistema de direitos permite o estabelecimento de relações de reciprocidade entre os diversos sujeitos, ou seja, permite a construção de um mundo fundado na igualdade entre os seres humanos.

A idéia kantiana de que “*toda a ação que por si mesma ou por sua máxima permite que a liberdade de cada indivíduo possa coexistir com a liberdade de todos os demais de acordo com uma lei universal é direito*”<sup>3</sup> encontra na gramática dos direitos um instrumento indispensável a sua realização. O papel formal dos direitos de harmonizar e preservar uma esfera de interesses da pessoa também pode ser aceita, com ponderações, por alguns utilitaristas. A distinção básica se dará mais em função do fundamento último do sistema de direitos, do que em relação à sua função de mediação de relações de reciprocidade. Enquanto para Kant os direitos servem para preservar e realizar a autonomia, para Stuart Mill os direitos devem harmonizar interesses e não valores pretensamente intrínsecos. Mill renuncia à “(...) *idéia de direito abstrato, como algo independente da utilidade. Eu encaro a utilidade como última instância em todas as questões éticas (...) utilidade baseada nos interesses permanentes do homem(...)*”.<sup>4</sup> Nesse sentido, os direitos são instrumentos de realização de interesses e não de valores como a dignidade ou a autonomia.

Isto só é possível porque os direitos e o Direito (o chamado sistema jurídico) em si são criações voltadas a organizar ou a mediar relações entre pessoas. Neste sentido não seria incorreto dizer que os direitos são uma conseqüência do fato de as pessoas atribuírem umas às outras uma esfera de valores e decidirem, ainda que implicitamente, que isto deve ser respeitado, seja por uma razão ética ou utilitária. É desta relação de reciprocidade, onde nos vemos como pessoas dignas de direitos – na mesma medida que reconhecemos estes mesmos direitos às outras pessoas – que surge todo o sistema de direitos no sentido contemporâneo. Para alguns, é dessa mesma relação de reciprocidade que surge o próprio Direito enquanto sistema.<sup>5</sup>

Assim, o papel dos direitos é assegurar esferas de autonomia ou dignidade, para os kantianos, ou de interesses, para os utilitaristas, que permitam aos seres humanos se relacionar e conviver sem que essa liberdade ou que esses interesses se encontrem constantemente ameaçados pelas liberdades e interesses dos demais. Invocar valores ou interesses a partir da linguagem dos direitos significa reivindicar uma situação especial para esses valores ou interesses.

---

<sup>3</sup> Kant, *The Metaphysics of Morals*, in H. REISS, Kant Political Writings, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, p. 133.

<sup>4</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*, Vozes, Petrópolis, 1991, p. 54.

<sup>5</sup> Para esta inversão na proposição tradicionalmente reconhecida pela doutrina jurídica positivista, do qual os direitos subjetivos derivam do direito objetivo, ver Lon FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1969.

#### 4. Prevalência dos direitos

As pessoas que têm um direito encontram-se, normalmente, numa posição mais confortável em relação àqueles que têm obrigações. Como num jogo de baralho, onde há determinadas cartas que têm mais valor que as cartas dos adversários, a presença de direitos é um trunfo.<sup>6</sup> Assim, quando numa discussão reivindicamos um interesse ou um valor que nos diz respeito, como a integridade física, que é protegida por um direito, esta reivindicação deve prevalecer sobre outros valores ou interesses que não são protegidos por direitos. Por exemplo: reduzir os gastos do Estado pode ser um objetivo ou um interesse legítimo do governo, mas isso não pode ser feito fechando escolas ou deixando de pagar professores, pois o governo tem um dever de prestar este serviço, o que decorre do direito que todas as crianças e jovens têm à educação. O mesmo exemplo poderia ser dado quanto ao objetivo de reduzir a criminalidade, que é uma meta mais do que desejável, mas isto não pode ser feito por intermédio da tortura ou da eliminação de suspeitos, pois todas as pessoas têm direito a sua integridade física e moral, portanto o Estado deve respeitá-las. Não se busca aqui argumentar que os direitos, em geral, sejam absolutos, que prevaleçam sobre todos os outros interesses; por outro lado deve-se destacar que muitas vezes os direitos encontram-se em tensão uns com os outros.

Cabe também destacar que a relação entre direitos e obrigações é mediada e não automática. Daí a adequação da proposição de Raz de que ter um direito significa ter uma boa justificativa, uma razão suficiente, para que outras pessoas estejam obrigadas, e portanto tenham deveres em relação àquela pessoa que tem um direito. Os direitos não geram obrigações diretas nas outras pessoas, mas razões para que as outras pessoas se encontrem obrigadas.<sup>7</sup>

Neste sentido um direito não se confunde com uma presunção absoluta, ou com a idéia de uma esfera intransponível e incompatível com as liberdades e direitos alheios. Se direitos só existem em sociedade<sup>8</sup> e se pressupõem uma decisão da sociedade de preservar certos valores ou interesses por intermédio do meio legal, é fundamental que eles sejam em primeiro lugar capazes de se conciliar com direitos alheios e em segundo lugar compatibilizar-se com interesses coletivos, ainda que numa posição de superioridade presumida em relação a outros interesses da sociedade. Daí a importância de se compreender os direitos como uma razão ou como uma justificativa suficientemente importante para que os outros tenham o dever de respeitá-los.

Entender os direitos desta forma nos facilita compreender de que maneira os direitos se harmonizam entre si e com outros interesses legítimos existentes em uma sociedade. Num mundo onde existe uma profusão de valores e interesses e, por que não dizer, uma profusão de valores e interesses com presunção de legitimidade, somente alguns desses valores e interes-

<sup>6</sup> Ronald DWORKIN, *Rights as Trumps*, in Jeremy WALDRON, *Theory of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 153.

<sup>7</sup> De acordo com Raz “X tem um direito se, e somente se, X pode ter um direito, e, outras coisas sendo iguais, algum aspecto do bem-estar de X (seu interesse) é uma razão suficiente para manter uma outra pessoa a ela obrigada”; Joseph Raz, *The morality of freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 166.

<sup>8</sup> Em oposição à idéia de direito de natureza em Hobbes, definido como “a liberdade que cada homem tem de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados para este fim.”, *Leviatã*, Victor CIVITA, São Paulo, Cap. XIV, 1983.



ses são reconhecidos como direitos. Desta forma, quando houver uma competição entre diversos valores e interesses, aqueles que forem protegidos por direitos têm uma boa razão para prevalecerem sobre os demais valores e interesses.

Mas mesmo valores e interesses protegidos como direitos muitas vezes podem ceder espaço para outros que se demonstram, numa determinada situação, mais relevantes. É só pensar nos limites que as democracias contemporâneas põem sobre o direito da propriedade. O direito à propriedade presume uma obrigação dos demais de respeito à propriedade, porém, razões como o bem-estar coletivo podem limitar seu uso e impor encargos à mesma. Num conflito entre valores e interesses, reivindicá-los, por intermédio da gramática dos direitos, significa estabelecer uma prioridade destes interesses e valores guardados por direitos sobre outros desprovidos de uma proteção especial.

Essa definição de direitos, além de nos auxiliar a compreender o papel dos direitos como fundamento para a ação individual e coletiva, também nos permite solucionar conflitos entre direitos. Se adotássemos uma definição mecânica, em que direitos impõem deveres diretamente, ficaria difícil explicar por que, na prática, muitas vezes os sujeitos de direitos vêem seus direitos legitimamente limitados pelos direitos dos outros. Se tenho direito à plena liberdade de expressão, como justificar que este direito possa ser restringido, se, pela minha definição mecânica, todas as outras pessoas se encontram obrigadas automaticamente a respeitar tal liberdade? Caso razões como a integridade moral de outras pessoas ou mesmo a segurança da coletividade possam ser legitimamente invocadas para restringir o meu direito à liberdade de expressão, a linguagem dos direitos como fonte geradora de deveres ficaria absolutamente destituída de sentido. Porém, se adotarmos uma definição de direito que não seja mecânica, mas que transforme as pretensões articuladas por intermédio da linguagem dos direitos em razões prioritárias, razões com pretensão de superioridade, então poderemos entender por que em face de outras razões também importantes, em determinadas circunstâncias, nossos direitos são algumas vezes obrigados a se conciliar com razões adversas.

Portanto, se é correto afirmar que o direito estabelece um conjunto de razões que cada um de nós deve levar em consideração, em conjunto com outras ordens de razões, antes de agir, deve-se ter em mente que as razões articuladas pelos direitos são sempre prioritárias, devendo se encontrar entre as primeiras a serem consideradas por cada um de nós antes de tomarmos uma decisão. Constituem, assim, razões a priori, que devem ter um peso maior do que o das demais razões.<sup>9</sup>

## **5. Fundamentos filosóficos dos direitos humanos**

Quando associamos a expressão “humanos” à idéia de “direitos”, a presunção de superioridade, inerente aos direitos em geral, torna-se ainda mais peremptória, uma vez que esses direitos buscam proteger valores e interesses indispensáveis à realização da condição de humanidade de todas as pessoas. Agrega-se, assim, força ética à idéia de direitos, passando estes direitos a servir de veículos aos princípios de justiça de uma determinada sociedade.

---

<sup>9</sup> Para uma definição do direito enquanto razão para agir, ver Joseph RAZ, *Practical reason and norms*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

Numa definição preliminar os direitos humanos poderiam ser compreendidos como razões peremptórias, pois eticamente fundadas, para que outras pessoas ou instituições estejam obrigadas, e portanto tenham deveres em relação àquelas pessoas que reivindicam a proteção ou realização de valores, interesses e necessidades essenciais à realização da dignidade, reconhecidos como direitos humanos.

Alguns destes valores, interesses e necessidades, protegidos como direitos humanos, são tão relevantes que não seria incorreto afirmar que se sobrepõem às demais ordens de valores, interesses e necessidades. O direito de não ser torturado, por exemplo, se coloca como um obstáculo absoluto face aos interesses do Estado de descobrir um crime. A liberdade de religião também é uma vedação a que o Estado determine uma religião oficial. Porém, o exercício da liberdade religiosa não pode ser utilizado de forma a infringir a liberdade das outras pessoas. Daí a necessidade de conciliação entre direitos.

A grande dificuldade, que tem monopolizado os debates entre filósofos e teóricos do direito, pelo menos nestes últimos dois milênios, é saber que direitos são estes, que se sobrepõem aos demais interesses e valores, de onde eles vêm e se precisam de alguma forma de reconhecimento positivo para que possam existir.

Exemplo desta discussão sobre a origem dos direitos humanos pode ser encontrado desde a Grécia antiga, como na tragédia *Antígona*, de Sófocles.

Morto Polícines, irmão de Antígona, numa batalha contra o reino de Tebas, o rei Creonte baixa um édito determinando que o corpo do traidor fique insepulto, para ser devorado pelos cães e abutres. Revoltada, Antígona enterra o irmão. É presa pelos soldados do rei e levada a sua presença, que indaga: “Sabias que um édito proibía aquilo?” Antígona responde que “sabia. Como ignoraria? Era notório.” O rei então indaga: “Como ousastes desobedecer às leis?”, ao que Antígona por fim responde:

*Mas Zeus não foi o arauto delas para mim,  
nem essas leis são as ditadas entre os homens pela Justiça...  
e nem me pareceu  
que tuas determinações tivessem força  
para impor aos mortais até a obrigação  
de transgredir normas divinas, não escritas,  
inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem,  
é desde os tempos mais remotos que elas vigem,  
sem que ninguém possa dizer quando surgiram.*

A resposta de Antígona, além de corajosa, tem um profundo sentido crítico, pois questiona, de forma veemente, a idéia de que é direito tudo aquilo que é colocado pelo poder constituído, limitando o fenômeno jurídico a uma mera expressão do poder, a uma questão de fato. Na linguagem de Kant, “uma teoria empírica pura do direito” que reduza o direito ao fato social, “como a cabeça de madeira na fábula de Fedrus, pode ter uma bela aparência, mas não irá infelizmente conter cérebro.”<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Kant, ob. cit., p. 132.

Porém, ao buscar dar outro fundamento de validade ao direito, que não o poder, Antígona vacila entre a transcendência divina e a Justiça, que também é uma deusa. Ao fundar os direitos na autoridade divina e colocá-los como entidades atemporais, Antígona pressupõe a crença e a própria existência de deuses. Muito embora este tipo de argumento tenha sido aceito por um longo período da história, principalmente durante aquele período em que prevaleceu no Ocidente o domínio quase que absoluto do cristianismo, este direito de origem divina perde o seu principal suporte numa sociedade dominada pelo racionalismo.

Com o fim da hegemonia cristã, há uma ruptura dos paradigmas de verdade impostos pelo pensamento dogmático. E com isto a idéia de direitos naturais decorrentes de Deus perde a sua sustentação. Já no Renascimento o pensamento de base cristã começa a ser desafiado. Os fundamentos do poder e da própria arte, que estavam diretamente submetidos ao domínio cultural da Igreja, começam a se esgarçar. Basta para isto ter em mente as figuras e as obras de Michelangelo e Maquiavel. O que une o gênio da arte ao criador da ciência política moderna é a capacidade destes dois homens, não apenas de se libertar dos paradigmas dominantes nas suas esferas de ação, mas de reencontrar o humano, separando-o do religioso. Se compararmos a arte pré-renascentista com as pinturas e esculturas produzidas por Michelangelo, podemos perceber que seus personagens são homens e mulheres que não são feitos à imagem e semelhança de um deus idealizado, mas são o resultado da sobreposição de tecidos, músculos e veias e que têm um movimento que resulta de uma vontade estritamente humana. Era o homem de carne e osso que o interessava. Basta pensar em seu Moisés, na escultura do escravo em fuga, ou mesmo no deus da capela Sistina, para reencontrarmos o humano, mesmo nas figuras divinas.

Da mesma forma Maquiavel, em *O Príncipe*, nada mais fez do que desvendar o poder. Assim como Michelangelo, ao descrever o modo como o Príncipe conquista e se mantém no poder, Maquiavel está dissecando o seu objeto de análise. Afastando as visões religiosas que fundamentavam o poder e buscando demonstrar a forma pela qual esse poder é efetivamente exercido. Como salientou o insuspeito Rousseau, ao dar lições ao Príncipe, sobre como alcançar o poder, Maquiavel estava na realidade demonstrando ao povo a forma pela qual o poder é sobre ele exercido. Qualquer que tenha sido a intenção de Maquiavel o fato é que ele nos demonstrou que o poder do Estado e a legitimidade dos reis não decorrem da vontade divina ou mesmo da tradição, senão da ação humana.

Neste contexto os jusnaturalistas modernos, Hobbes e especialmente Locke, irão fundar o direito não mais numa entidade transcendente, mas na razão humana. Utilizando-se da abstração do contrato, especialmente Locke, aponta que se seres racionais fossem submetidos a uma situação de natureza, ou seja, a ausência do Estado, certamente eles acordariam em criar uma entidade voltada a regular a vida em sociedade, desde que limitada pelo direito.<sup>11</sup> A criação do Estado e do direito, assim, passa a ser compreendida como resultante da vontade humana. Evidente que nenhum destes autores seria ingênuo o suficiente para acreditar que o estado de natureza tenha realmente existido. Mas a utilização desta abstração serve para demonstrar como a razão funcionaria caso ela fosse consultada, no vazio de instituições e

---

<sup>11</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. Parágrafo 95 e ss.

outras condições que limitam a sua liberdade.

A grande diferença entre Hobbes e Locke é o modo como cada um destes autores descreve o ser humano. Dotados de menos qualidades morais, os indivíduos hobbesianos viveriam num estado de guerra de todos contra todos, que para ser pacificado exigiria um Estado forte. Já os indivíduos descritos por Locke, que no estado de natureza sabem diferenciar o justo do injusto, mas não têm quem resolva um conflito de modo imparcial quando este aparecer, vivendo num mundo precário, optariam pelo seu ser aperfeiçoamento, através da criação de uma entidade imparcial, que auxiliasse no bom relacionamento entre os indivíduos.<sup>12</sup>

O que importa, para efeito desse ensaio, é que para ambos os autores será a razão que ditará qual o fundamento último do direito. Como explicita Locke, “*o estado de natureza tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, sendo todos iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida...*”<sup>13</sup>

Da mesma forma Kant colocará a razão como ponto central sobre sua reflexão sobre direitos. Para eles as leis da natureza não constituem algo inerente à natureza, “*mas construções da mente utilizadas para o propósito de entender a natureza*”.<sup>14</sup> O estabelecimento de regras éticas não deriva da experiência, mas de proposições lógicas a priori, que possam ser adotadas como lei universal. Esses imperativos categóricos, na linguagem de Kant, são juízos formais, que não estipulam o conteúdo dos direitos, mas a fórmula pela qual a razão humana pode descrever esferas recíprocas de autonomia para os indivíduos.

O que importa para Kant é o estabelecimento de uma lei necessária para todos os seres racionais para que estes possam julgar as suas ações “*segundo máximas tais que possam os mesmos querer que elas devam servir como leis universais*.”<sup>15</sup> Tomando os “homens com fins em si mesmos” e obedecendo a máximas construídas livremente e que possam ser universalizáveis, estaremos construindo racionalmente a esfera ética, na qual se insere o direito. Conforme Kant, o “*direito é portanto a soma total dessas condições dentro das quais a vontade de uma pessoa possa ser reconciliada com a vontade de outra pessoa de acordo com a lei universal da liberdade*”.<sup>16</sup> No sentido kantiano, os direitos são fruto dessa razão ética, daí não deverem ser confundidos com direitos transcendentais no sentido religioso, mas como construção humana, como uma decorrência do processo de emancipação da humanidade, em que os homens se utilizam do direito como instrumento de realização da liberdade ao mesmo tempo em que serve de auto-limitação dos interesses.

Esse racionalismo levado à prática impõe necessariamente que o direito seja fruto da vontade humana, como pretendia Rousseau. “*Já que nenhum homem tem autoridade sobre seu semelhante, e uma vez que a força não produz direito algum, restam então as convenções como base de toda a autoridade legítima entre os homens*.”<sup>17</sup> Sendo todos os

---

<sup>12</sup> Idem, parágrafo 6.

<sup>13</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>14</sup> Reiss, *ob. cit.*, p. 17.

<sup>15</sup> Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, Ediouro, Rio de Janeiro, 1996, p. 76

<sup>16</sup> Kant, in Reiss, *ob. cit.*, p. 133.

<sup>17</sup> Rousseau, *O Contrato Social*, Martins Fontes, São Paulo, 1996, L. I cap. IV.

homens iguais, ou seja, tendo o mesmo valor moral, para que se justifique uma regra que vincule a conduta de todos, é fundamental que todos participem de sua formulação. Desta forma passamos de um jusnaturalismo substantivo, comprometido com os conteúdos dos direitos que deveriam ser protegidos, para um jusnaturalismo racional ou formal, que se concentra na construção de procedimentos racionais que favoreçam a produção de decisões justas. Deve-se destacar, no entanto, que em nenhum momento esses autores abrem mão da idéia de dignidade humana. Pois é a igualdade e o valor moral atribuído a todos que justificam a idéia de contrato social ou o estabelecimento de leis universais.

As Revoluções Francesa e Americanas, assim como as declarações e constituições que delas derivam, são fruto dessa idéia de um homem racional, emancipado e livre para decidir seu próprio destino. Ao redigir a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, logo após a ruptura dos laços com a metrópole, Jefferson acolhe a argumentação dos jusnaturalistas ao afirmar que *“todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos de que, quando entram no estado de sociedade não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade, nomeadamente o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade e procurar e obter felicidade e segurança.”*<sup>18</sup> Da mesma forma, os franceses ao redigirem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabeleceram que todos *“os homens nascem e são livres e iguais”* e que o fim de toda a *“associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”*<sup>19</sup>, numa clara sintonia com a idéia de direitos como fruto da razão, declarada por intermédio da lei, expressão da vontade geral rousseauiana.

O Estado e os direitos são, assim, obras humanas que têm por única finalidade a preservação da esfera de dignidade das pessoas. Apesar de Jefferson se utilizar da idéia de direitos inatos, que se encontram em estado de natureza, trata-se de uma utilização retórica, que esconde uma construção ética. Evidente que os homens não são iguais, como afirmado por Jefferson, do ponto de vista de sua riqueza, poder, complexão, física, inteligência, etc., mas sim do ponto de vista moral. Como destaca Habermas, os direitos básicos não são uma dádiva transcendente, mas uma conseqüência da decisão recíproca dos cidadãos iguais e livres de *“legitimamente regular suas vidas em comum por intermédio do direito positivo”*.<sup>20</sup> O contrato social é uma metáfora dessa decisão, assim como os momentos constituintes, em que se declaram direitos, são tentativas de dar concretude aos ideais de autonomia; do livre estabelecimento das leis sob as quais a comunidade pretende viver.

## 6. Crítica à idéia de direitos humanos

Essa razão abstrata será, no entanto, intensamente criticada por autores conservadores como Edmund Burke e mesmo por progressistas como Hume, Bentham e Marx. Para Burke, as instituições decorriam de um longo processo de sedimentação histórica. O direito era algo que se herdava das gerações anteriores, a partir de um processo de erro e acertos que iria

<sup>18</sup> MIRANDA, Jorge. *Textos Constitucionais Estrangeiros*. Lisboa, 1974. p. 31.

<sup>19</sup> Idem, p. 68

<sup>20</sup> HABERMAS, Jurgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 119.

apurando a lei e o governo. Pretender que todas as instituições fossem recriadas de um só ato, como o poder constituinte, que é a materialização da vontade geral rousseauiana, é pretender que a razão de um grupo de homens, num determinado momento histórico, se sobreponha a séculos de experimentação.<sup>21</sup> Como dizia um de seus seguidores, fazer uma constituição não é como fazer um pudim, não basta que se siga uma receita para que o resultado seja bom. Por fim, afirma que a Declaração poderia levar as pessoas a crer que eles realmente tinham aqueles direitos, o que provocaria uma grande desordem se viessem a exigí-los.

A crítica progressista ou radical, embora tenha uma finalidade distinta, também desconfia desta razão abstrata, da qual os jusnaturalistas derivam direitos. Hume critica Locke e os demais contratualistas tanto em relação ao uso que fazem da racionalidade, ao dela derivarem o direito natural, quanto à idéia de contrato, que além de num haver existido, tem por única função mistificar o verdadeiro exercício do poder. Não há para Hume como derivar obrigações morais e políticas da razão abstrata proposta pelos contratualistas, pois os valores que dela derivam e que apontam como obrigatório, não passam de justificação a uma determinada forma de organização da sociedade e exercício do poder,<sup>22</sup> como um dia esses mesmos direitos naturais serviram para justificar o poder absoluto dos reis.

Bentham, por sua vez, descreve os direitos tais como expresso na Declaração Francesa como “falácias anárquicas”. Ao seu ver a natureza colocou a humanidade sob o governo de dois princípios soberanos, que são a dor e o prazer. Nesse sentido as decisões morais são aquelas que derivam da maior felicidade, ou maior prazer. Os sistemas jurídicos em vez de darem atenção aos “caprichos” de uma falsa razão, à “escuridão”, devem se fundar no princípio da utilidade, único derivado da verdadeira razão.<sup>23</sup> Para Bentham, o bem-estar da sociedade só pode ser alcançado a partir do sacrifício de todos e não pelo fortalecimento do egoísmo de cada um, como assegurado pela Declaração de 1789.

Este também será o ponto básico da crítica de Marx, ao fazer uma análise da Declaração Francesa, em sua obra *Questão Judaica*. Ao garantir direitos que separam a esfera pública da privada, a Declaração estaria apenas mantendo uma situação de natureza dentro da nova esfera privada, assegurada pelo Estado, que deve preservá-la, sem intervir. A esfera cercada por direitos burgueses tem por função básica garantir o mercado, que nada mais é do que uma extensão do estado de natureza, onde deve prevalecer o mais forte, aquele que tenha domínio sobre os meios de produção. Ao vender a sua força de trabalho, ou seja, ao realizar um contrato que é protegido pela Declaração de Direitos, como parte intrínseca do direito de propriedade, as pessoas estão indiretamente alienando também seus demais direitos. “*O direito humano à propriedade privada, portanto, é o direito de desfrutar o seu patrimônio e dele dispor arbitrariamente, sem atender aos demais homens, independentemente da sociedade...[sendo] a segurança o conceito social supremo da sociedade burguesa*”<sup>24</sup> como meio de preservação da sociedade.

<sup>21</sup> BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. P. 88 e ss.

<sup>22</sup> HUME, David. *Da Origem do Governo*, in *Escritos Políticos*, São Paulo, Abril Cultural, 1979, p. 228.

<sup>23</sup> BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. 1, in Henkin at all, *Human Rights*, New York, Foundation Press, 1999, p. 52.

<sup>24</sup> MARX, Karl. *A Questão Judaica*. São Paulo: Moraes, 1991, pp. 43 e 44.

Estas críticas à direita e à esquerda da Declaração, somadas a uma reação historicista no pensamento jurídico alemão, retiraram credibilidade desse direito racional, com pretensões universalistas. Assim, para esses autores, a legitimidade do direito deve derivar ou de sua sincronia com os valores e a herança cultural de uma determinada comunidade, do princípio da utilidade – ou felicidade para o maior número – ou de uma total reformulação da sociedade, a partir da igualização material.

Nesse contexto de diversos princípios e ideologias com pretensão de validade, mas que no entanto são auto-excludentes, surge uma espécie de descrença em verdades superiores e absolutas. O mundo que se abre com o século 20 é cético, daí a força do positivismo como método interpretativo do direito. Nesse sentido, não mais se deve indagar sobre a legitimidade ou justiça do direito, mas sobre a sua eficácia, sobre a sua fonte de produção. O que nos recoloca na posição de Antígona, ou seja, de nos vermos obrigados a um direito que tem como único título de legitimidade o fato de ser posto por aqueles que se encontram no poder.

A importante distinção, no entanto, é que a partir de Rousseau a soberania não mais é compreendida apenas da perspectiva que lhe foi atribuída por Bodin, *ex parti principe*, mas como soberania popular, ou seja, no final do século 19, início do século 20, a lei ganha validade quando produzida por um parlamento que represente a nação, e este é seu critério último de validade.

## **7. A erosão dos direitos humanos**

Embora a idéia de que as pessoas têm direitos que lhe são inerentes pelo simples fato de serem humanas possa ser rastreada desde a antigüidade, no início de nosso século o paradigma dominante era de que os direitos decorriam da vontade dos Estados, ainda que estes Estados não correspondessem mais ao modelo absoluto hobbesiano, mas a um Estado que têm no parlamento sua esfera máxima de legitimação. Há que se destacar, no entanto, que o conceito de democracia parlamentar prevalecente à época era um conceito bastante formal, que se adaptava à transição do Estado liberal para o Estado intervencionista. Mais do que isto, o ambiente intelectual e político na Europa nas primeiras décadas do século também não contribuíam para uma percepção substantiva dos direitos, enquanto uma esfera de proteção inerente ao ser humano. Há, neste sentido, uma série de eventos que precede o período da II Guerra Mundial que podem nos ajudar a compreender como puderam os direitos de milhões de pessoas ser simplesmente destruídos pelos regimes totalitários e autoritários que assolaram os diversos continentes. Max Weber escreve, no primeiro pós-guerra, sobre o processo de desencantamento por que passa o mundo. Constata que a prevalência de uma racionalidade instrumental<sup>25</sup>, tanto na esfera da ciência, como no âmbito do funcionamento da empresa, provocou uma ruptura com os parâmetros intelectuais do século 19. Ainda de acordo com Weber, num mundo desencantado, a idéia de uma verdade absoluta ou mesmo da existência de direitos naturais, inerentes a qualquer pessoa, pelo simples fato de ser humana uma pessoa, é totalmente destituída de credibilidade. A herança do direito natural passa, portanto, por um vertiginoso processo de erosão nos anos 20 e 30, não apenas na Alemanha, mas com efeitos mais catastró-

<sup>25</sup> BENDIX, Reinhard. *Max Weber*. Buenos Aires: Amorrortou, 1960, p. 64 e ss.

ficos neste país. A cultura jurídica produzida pelo positivismo jurídico sintetiza esta superação do direito natural. Para o positivismo qualquer que seja o título de legitimidade do poder, os direitos não passam de uma expressão da vontade do Estado e, portanto, podem ser colocados e retirados a qualquer momento por este. Deve-se destacar que dentro dessa idéia de que os direitos podem ser colocados e tirados a qualquer momento, Hitler, que dispunha de um corpo de “juristas” de plantão, num determinado momento vislumbra a possibilidade de realizar os fins do nazismo utilizando-se dos mecanismos formalmente estabelecidos pela Constituição de Weimar, assim como pelas instituições organizadas sob os padrões burocráticos bismarkianos. Desta forma, o direito neutro serve de instrumento para um Estado nazista.<sup>26</sup>

Após chegar ao poder em 1933, Hitler, por uma série de medidas legislativas, altera a Constituição (conquistando o quórum de dois terços) e promulga o Ato de Habilitação, que seria o embrião do sistema jurídico nazista. Por este ato constitucional, todas as medidas propostas por Hitler, que fossem incompatíveis com a Constituição, desde que obtivesse maioria parlamentar, poderiam ser transformadas em lei. Um dos primeiros atos de Hitler foi destituir diversos grupos do seu *status* de nacionais. Os judeus foram os primeiros a serem desnacionalizados. Como não mais tinham vínculos com o Estado alemão, como não havia relações jurídicas que os ligassem a qualquer outra órbita de proteção de direitos, eles encontravam-se excluídos moral e juridicamente do sistema de proteção concebido pela Constituição de Weimar e mesmo do precário sistema de proteção oferecido pela Liga das Nações. Excluídos, judeus, ciganos, comunistas, homossexuais e outras minorias ficaram totalmente vulneráveis e passaram a ser tratadas como objeto e não como sujeito de direitos, como descreve Hannah Arendt.<sup>27</sup>

A II Guerra Mundial se diferencia das demais guerras exatamente pelo fato de que as principais vítimas foram nacionais mortas pelos seus próprios Estados. No período que vai de meados dos anos 30 até o final da II Guerra morreram cerca de 45 milhões de pessoas. Mais da metade desses mortos não foram soldados vitimados em combate, mas civis mortos pelos seus próprios Estados, primordialmente na Alemanha e na União Soviética. Então, esses mais de 20 milhões de seres humanos foram vítimas da instituição que a princípio deveria protegê-las. Este é um fato absolutamente aterrorizador. Essa idéia de que o Estado se utiliza do direito, e por intermédio do direito ele consegue liquidar grupos raciais, religiosos e dissidentes políticos, numa escala assustadora, é algo peculiar ao período da II Guerra.<sup>28</sup>

## **8. Direitos humanos no mundo contemporâneo. Uma análise normativa**

### **8.1 A Carta da ONU e a Declaração Universal**

O holocausto e as outras barbáries do período, como os campos soviéticos de trabalhos forçados e mesmo a bomba atômica, causaram um profundo choque na consciência da

---

<sup>26</sup> Para uma análise detalhada do papel dos juristas nesse período ver Ingo Muller, *Hitler's Justice: the courts of the Third Reich*, Cambridge, Harvard University Press, 1991. p. 12 e ss.

<sup>27</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

<sup>28</sup> HOBBSAWM, Eric. *The Age of Extremes*, New York, Panteon, 1995.



comunidade internacional. É como reação a esta demonstração de irracionalidade e da capacidade do homem de se autodestruir que surge a idéia contemporânea de direitos humanos. Trata-se de uma reação, ainda que filosoficamente não bem resolvida, ao vazio ético deixado pelo desencantamento que favoreceu o nazismo e todas as atrocidades do período.

O primeiro passo no sentido da construção de um direito internacional dos direitos humanos foi a inclusão, na Carta das Nações Unidas, do respeito e da observância dos direitos humanos como uma das obrigações da própria ONU e dos Estados membros (artigos 1, (3), 55 (c) e 56 da Carta). Neste sentido, o Estado que se torna parte das Nações Unidas, aderindo à Carta, passa, no plano jurídico, a reconhecer os direitos humanos como uma obrigação internacional, que não mais pode ficar restrita à esfera doméstica das nações.

A Carta, no entanto, não explicitou o conteúdo dos direitos humanos. O que gera, de certa forma, um paradoxo, pois os Estados se obrigaram a respeitar direitos, sem que o seu conteúdo fosse conhecido ou sequer delimitado. Isto somente veio a acontecer três anos depois com a adoção da Declaração Universal de 1948, por intermédio de uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas.

O artigo 68 da Carta da ONU previu a criação de uma comissão voltada para a questão dos direitos humanos. Para os fundadores das Nações Unidas, a Comissão de Direitos Humanos deveria iniciar seus trabalhos propondo uma carta de direitos que pudesse servir como paradigma para o mundo pós-guerra. Conforme manifestação do presidente Truman, dos Estados Unidos, ao fechar a Conferência de São Francisco, *“nós temos boas razões para esperar a elaboração de uma carta internacional de direitos, que será tão parte da vida internacional, como a nossa (americana) Carta de Direitos é de nossa própria Constituição”*.<sup>29</sup>

Se por um lado Truman acertou ao antever a importância que a Declaração de 1948 assumiria no cenário político internacional, errou rotundamente no que se refere à força jurídica da Declaração. Muito mais tensa do que a discussão sobre o conteúdo do documento foi a decisão sobre seu status jurídico: se um tratado multilateral, um apêndice à Carta da ONU, ou uma simples resolução da Assembleia Geral, sem capacidade de vincular a conduta dos Estados, o que acabou prevalecendo. Como pretendia o bloco comunista, acompanhado pelos Estados Unidos, a Declaração não nasceu com pretensão de obrigar juridicamente os Estados. Além das divergências ideológicas, não queriam as superpotências ver suas soberanias limitadas por qualquer forma de agência internacional de fiscalização de suas práticas domésticas.

A Declaração de 1948, talvez por não ter alcançado força jurídica, recebeu um amplo reconhecimento por parte da comunidade internacional. A Declaração foi aprovada pela unanimidade dos países membros das Nações Unidas, com a abstenção de apenas oito Estados: União Soviética, Checoslováquia, Rússia Branca, Iugoslávia, Polônia, África do Sul e Arábia Saudita, sendo que apenas os dois últimos tinham problemas de ordem substantiva em relação ao documento. Para os sul-africanos a idéia de que toda a forma de discriminação seria banida era, por razões óbvias, inadmissível. Os sauditas, por sua vez, não aceitavam a liberdade para a troca de religião, o que não constituiu um problema para que os demais países islâmicos aprovassem a resolução. Hoje, todos estes países reconhecem a Declaração Universal.

<sup>29</sup> Henry TRUMAN, apud Geoffrey ROBERTSON. *Crimes against humanity*. London, Pinguin Books, 1999.

Assim é que surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o objetivo de estabelecer um novo horizonte ético, a partir do qual a relação dos Estados com seus cidadãos pudesse ser julgada por um paradigma externo ao próprio direito de Estado. A Declaração, como já se disse, não surgiu com a pretensão de transformar-se em direito internacional, como uma *hard law*, mesmo porque coincidindo com início da Guerra Fria, dificilmente seria possível alcançar um consenso mais sólido entre os dois blocos. Embora seja o principal instrumento e certamente o mais conhecido dos documentos de direitos humanos produzidos na esfera das Nações Unidas, não é um tratado internacional, mas uma simples declaração decorrente de uma resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas. Não sendo um tratado, não pôde ser ratificada e, portanto, não tinha originalmente pretensão de obrigar os Estados juridicamente. Mas, sim, de servir como paradigma moral. Apesar disso muitos juristas lhe conferem força de direito internacional público. Para uma primeira corrente, ao menos alguns dos dispositivos da Declaração transformaram-se em direito internacional costumeiro, em face do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que estabelece as fontes do Direito Internacional Público. Para outros, a força jurídica da Declaração decorre do fato desta constituir uma interpretação autêntica da Carta da ONU. Ao aderir à Carta da ONU, os Estados se obrigaram a assegurar os direitos humanos, mesmo que não houvessem acordado sobre quais direitos. Ao adotarem a Declaração de 1948, deram substância ao compromisso assumido em 1945. Portanto, tecnicamente, a Declaração deveria vincular as condutas dos que participam da comunidade internacional.<sup>30</sup>

Diferentemente do que argumentam alguns, a Declaração de 1948 não constitui um mero exercício de hegemonia ou imperialismo cultural do Ocidente. Embora fundada sobre os alicerces do racionalismo iluminista e das Declarações americana e francesa do final do século 18, a participação dos representantes de países do Extremo Oriente, muçulmanos, latino-americanos e africanos, deu à Declaração uma conformação mais pluralista. O fundamento kantiano aparece logo no preâmbulo da Declaração ao estabelecer que o “*reconhecimento da dignidade e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo*”.

Foram reconhecidos pela Declaração especialmente direitos civis. Do artigo 1º ao 20 temos aqueles direitos que foram moldados a partir dos séculos 17 e 18, pelas revoluções liberais, porém com uma nova linguagem, especialmente no que se refere a não-discriminação de qualquer natureza. No artigo 21 são reconhecidos os direitos políticos e do 23 ao 27 os direitos econômicos sociais e culturais. O artigo 28 trata da solidariedade internacional, o 29 dos deveres para com a comunidade e o 30 é uma cláusula interpretativa.

Buscando conciliar o liberalismo com o igualitarismo, a Declaração estabelece em seu artigo 1º que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e deverão agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade*”. Esta é a proposição moral que irá influenciar todo

---

<sup>30</sup> Para uma análise da formação do direito internacional costumeiro ver Louis Henkin, Pugh, Scharter e Smit, *International Law*, St Paul, West Publishing co., 1987, p. 37 e ss; ver também Theodor Meron, *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1989, p. 79 e ss.

o edifício dos direitos humanos construído no século 20. As desigualdades naturais deverão ser corrigidas por uma igualdade socialmente construída por seres racionais, capazes de agir moralmente, fraternalmente.

A Declaração reconhecerá então o direito de não ser discriminado em função de nenhuma forma de distinção, como sexo, raça, cor, língua, religião, opinião política, nacionalidade, origem social, propriedade, nascimento ou outra condição. Da mesma forma, nenhuma distinção poderá ser feita em função do status do Estado ou jurisdição à qual a pessoa esteja ligada (artigo 2°). A todos é reconhecido o direito à vida, liberdade, segurança pessoal (artigo 3°); ninguém poderá se feito escravo (artigo 4°); ninguém poderá ser submetido à tortura, ou tratamento cruel ou degradante (artigo 5°); todos devem ser reconhecidos como iguais perante a lei, assim como receber igual tratamento da lei (artigo 7°). Do artigo 8° ao 11 encontram-se as garantias básicas do processo e do estado de direito, como, a garantia a todos de remédios legais efetivos assegurados por tribunais competentes, independentes e imparciais; a proibição de prisão arbitrária; a presunção de inocência; o princípio da prévia cominação legal, para que alguém possa ser penalmente punido. Os direitos à privacidade, à liberdade de movimento, inclusive a deixar seu próprio país e procurar asilo em outro país, aparecem nos artigos 12, 13 e 14. Como reação ao processo de desnacionalização, que permitiu o surgimento de milhões de apátridas na primeira metade do século, reconhece-se, no artigo 15, o direito à nacionalidade. No artigo 16 aparece o livre direito a contrair matrimônio, em termos iguais para homens e mulheres, que também devem gozar de direitos iguais durante ou depois da dissolução do matrimônio. Este, certamente, é um dos dispositivos mais complexos, pois se choca frontalmente com preconceitos culturais, tradições religiosas e normas legais de diversos Estados, em todos os continentes. O artigo 17, que reconhece o direito à propriedade, o faz de uma forma muito distinta da Declaração Francesa de 1789, que atribuía uma posição sagrada a esse direito. De acordo com o exposto na Declaração Universal “todos têm propriedade” de forma individual ou coletiva, o que viabilizou o consenso sobre esses dispositivos entre liberais e socialistas. O artigo 18 também trouxe problemas e foi a razão pela qual a Arábia Saudita não reconheceu, num primeiro momento, a Declaração. Ao estabelecer a liberdade de pensamento, consciência e religião, a Declaração também assegurou a liberdade para que as pessoas pudessem livremente mudar de crença ou religião, de forma individual ou coletiva, o que viola os códigos religiosos muçulmanos. Nos artigos seguintes temos a liberdade de expressão, assim como o direito de receber informações imparciais por intermédio da mídia (artigo 19); e a liberdade de associação, sendo reservado o direito de não se associar (artigo 20).

No artigo 21 temos uma das deficiências da Declaração. Ao invés de falar abertamente em democracia, o que não seria aceito por diversos países do bloco socialista, naquele momento, a Declaração preferiu assegurar a “*todos o direito de tomar parte no governo de seu país, direta ou indiretamente, por meio de representantes livremente escolhidos*”, assim como estabeleceu que a vontade do povo deve ser a base para a autoridade do governo, o que deve se dar por intermédio de eleições livres e periódicas. Este, portanto, é o único artigo que fala em direitos políticos.

Os direitos sociais, culturais e econômicos têm início no artigo 22 e vão até o 27. São esses os direitos ao trabalho, a livre escolha da profissão, assim como à proteção contra o desem-

prego; todos têm direito a igual remuneração por trabalhos iguais; todos têm direito a uma remuneração adequada e compatível com uma existência digna para si e sua família, suplementado, se necessário, por outros meios de proteção social (artigo 23). O artigo 24, certamente o mais criticado, traz o direito ao descanso e ao lazer, assim como a limitação às horas de trabalho e descanso remunerado. Na verdade essas são críticas preconceituosas, pois nenhum ser humano pode viver dignamente, sem que possa gozar de esferas de liberdade fora do trabalho. Sem dúvida nenhuma a crítica de Marx ao direito de livre contratação, que permitia que pessoas fossem literalmente presas aos seus empregos por mais de 18 horas diárias, durante a Revolução Industrial, teve um impacto junto àqueles que tiveram a responsabilidade de redigir a Declaração Universal. O artigo 25 fala novamente no direito a um padrão de vida digna, que atenda às necessidades de saúde, alimentação, moradia, vestimenta e a serviços sociais, incluindo a garantia contra o desemprego, a doença, a incapacidade, viuvez, velhice e outras dificuldades que se coloquem fora do controle das pessoas. O artigo 27 refere-se à educação. Trata-se de um dos dispositivos mais felizes da Declaração. A educação é um direito de todos, deve ser gratuita, ao menos nos níveis elementar e fundamental. Devendo a educação elementar ser obrigatória. Trata ainda da educação técnica e superior. A Declaração, no entanto, não se satisfaz em estabelecer direito à educação, mas também busca estabelecer alguns princípios e diretrizes que devem informar a realização desse direito: *“A educação deve ser direcionada para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e para o fortalecimento do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. Deve promover o entendimento, tolerância e amizade entre as nações, grupos raciais e religiosos...”*. Ou seja, a educação não é apenas um instrumento voltado à formação técnica ou mesmo à transmissão de conhecimento de uma geração para a outra, mas sim um instrumento de formação moral dos indivíduos. O que significa, de acordo com a declaração, formar pessoas que sejam capazes de respeitar os demais em seus direitos e em sua condição de seres humanos. O artigo 27 trata do direito de acesso à cultura e às artes, assim como do direito às criações científicas, artísticas e intelectuais.

O artigo 28, violado desde sempre, refere-se ao direito de todos a uma ordem social e internacional em que os direitos reconhecidos na Declaração possam ser plenamente realizados. Estabelece assim o direito à solidariedade internacional, pelo qual as nações mais desenvolvidas deveriam partilhar de seus recursos, muitas vezes construídos à custa dos menos desenvolvidos, com aqueles que se encontram numa condição menos favorável.

O artigo 29 da Declaração estabelece que todos têm deveres com a comunidade, sem os quais os direitos não poderiam se realizar. Mais do que isso, estabelece que os direitos e liberdades podem ser limitados em função dos direitos e liberdades dos demais. Esta limitação, no entanto, só será possível por intermédio da lei, quando necessário para a preservação da moralidade, ordem pública e bem estar geral numa sociedade democrática. Aqui aparece então, pela única vez, o termo democracia no texto da Declaração.

Por fim há um dispositivo que estabelece que nada na Declaração deve ser interpretado de forma a autorizar qualquer Estado, grupo ou pessoa a se engajar em atividades que violem direitos humanos.

A Declaração, com esse conteúdo, passou a ocupar um papel tão importante no imaginário da comunidade internacional após a II Guerra, e serviu de respaldo ideológico no

processo de descolonização e mesmo na luta de resistência contra os regimes autoritários nas mais diversas partes do mundo, que deixou de ser um mero instrumento retórico e passou a ser incorporada pelos Estados enquanto direito em suas constituições.<sup>31</sup> Basta olharmos o exemplo da África, onde dezenas de constituições foram promulgadas a partir da concepção de direitos humanos proposta pela Declaração, o que jamais significou o respeito incondicional a estes direitos. Países na América Latina que se reconstitucionalizaram nesse período, quase todos incorporaram a estrutura e a lógica da Declaração dentro de suas constituições. Talvez a Constituição Brasileira de 1988 seja um ponto exemplar, não só de reprodução da lógica da Declaração e dos demais instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana, mas de uma ampliação e atualização de seus ideais. A nossa Constituição é generosa e criativa em termos da confecção do mapa ético segundo o qual a sociedade deve se organizar. Além de sua pormenorizada carta de direitos, por força do parágrafo 2º do artigo 5º, abre suas portas para que uma série de direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte passem a ingressar em nosso ordenamento numa posição privilegiada.<sup>32</sup>

A Declaração Universal é, porém, apenas um primeiro passo nesse processo de constitucionalismo globalizado que vem sendo propulsionado pelos direitos humanos. Há hoje diversas esferas internacionais de proteção à pessoa humana. Em nível global, temos o sistema das Nações Unidas, fundado na Carta da ONU, de 1945, na Declaração Universal de 1948 e nos diversos tratados de proteção específica, onde se inclui também a proteção dos refugiados; há também sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, sendo os mais evoluídos aqueles que se encontram em funcionamento nos continentes europeu e americano; por fim, deve-se destacar o direito internacional humanitário, estabelecido a partir das Convenções de Genebra, de 1949, que buscam dar proteção às pessoas que se encontram submetidas a conflitos armados.

## 8.2 Pactos internacionais

O sistema global de proteção aos direitos humanos passou a ter mais consistência, no entanto, com a adoção da Convenção Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais e a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambas de 1966. Estes quatro documentos formam o *International Bill of Rights*, o cerne deste processo global de constitucionalização. Com conteúdos distintos, a primeira Convenção incorpora aqueles direitos que decorrem da tradição socialista, estabelecendo obrigações positivas aos Estados. Seu grande defeito, semelhante a muitas constituições nacionais, foi dar caráter programático ou progressivo a estes direitos.<sup>33</sup> A Convenção de Direitos Civis e Político, por sua vez, abriga direitos

---

<sup>31</sup> VIEIRA, Oscar. *A Constituição Brasileira, os tratados internacionais e os mecanismos de defesa dos direitos humanos, in Direitos humanos no Brasil*. São Paulo: NEV/USP, 1993, p.13.

<sup>32</sup> Para uma interpretação deste dispositivo ver Oscar VIEIRA, *O Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 88; e o detalhado trabalho de Flávia PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 82 e ss.

<sup>33</sup> Art. 2º (Cidesc/1966) “Cada Estado-parte na presente Convenção compromete-se a adotar medidas...que visem assegurar progressivamente...o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto...”.

decorrentes do movimento liberal e democrático, já reconhecidos pelos constitucionalismos nacionais desde o século 19, dando-lhes eficácia imediata. Criou este tratado um Comitê de Direitos Humanos, que, entre outras funções, analisa relatórios preparados pelos Estados, assim como denúncias individuais de violação dos direitos estabelecidos pela Convenção.<sup>34</sup> Diversas outras convenções foram adotadas pelas Nações Unidas nestes últimos 50 anos. Cada uma delas voltada a tutelar direitos específicos ou grupos determinados de pessoas. Trazem também mecanismos próprios de fiscalização e monitoramento. O sistema da ONU, no entanto, padece de grande fragilidade, posto que a própria Carta das Nações Unidas determina que a Organização seja ciosa com a esfera de soberania dos Estados, tal como reconhecido pelo artigo 2º da Carta.

### **8.3 Outras iniciativas na esfera da ONU**

Nos anos 60, por intermédio das resoluções 1.235 e 1.503, do Conselho Econômico e Social, estabeleceu-se que a partir de denúncias que “*aparentemente revelam um padrão consistente, repulsivo e confiavelmente atestado de violações de direitos humanos...*”, ou seja, “*graves violações de direitos humanos*”, o Estado estaria violando obrigações contraídas com a Carta e poderia, assim, sofrer investigações, repreensões e mesmo sanções por parte da comunidade internacional.

Houve, nos últimos anos, bastante progresso, especialmente a partir da Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena, em 1993. Entre estes citaria a criação de um Alto Comissariado para Direitos Humanos, que tem por função articular as ações das Nações Unidas nesta esfera e do Tribunal Internacional Criminal, a partir das experiências dos Tribunais de Ruanda e da Ex-Iugoslávia. Desta forma, o sistema global, que até 1998 não contava senão com parâmetros normativos e agências fiscalizadoras (comitês e comissões), passou a poder também contar com uma instância jurisdicional, ainda que em moldes bastante distintos daqueles existentes nos sistemas regionais de direitos humanos.<sup>35</sup> Ao menos para o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, o sistema das Nações Unidas se fortaleceu neste último ano.

Os sistemas regionais europeu e interamericano, porém, são melhor estruturados e tecnicamente mais viáveis, aproximando-se ainda mais de um sistema internacional de caráter constitucional. Como o sistema ONU, estes dois sistemas regionais são fundados a partir de tratados internacionais, que não apenas dão o parâmetro normativo, criam sistemas de monitoramento, mas também estabelecem instâncias jurisdicionais de proteção dos direitos humanos, que já se encontram em funcionamento.

### **8.4 Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

No continente americano o sistema passou a se desenvolver a partir da adoção, pela

---

<sup>34</sup> Isto quando o Estado expressamente acatar a jurisdição do Comitê, por intermédio do Protocolo Adicional à Convenção.

<sup>35</sup> Para uma precisa análise ver José Francisco Sieber Luz Filho, *Perspectivas para a corte internacional permanente*, in Revista do Ilanud, nº 12, São Paulo, 1998.

Organização dos Estados Americanos, da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, em 1948. Assim como a Declaração Universal, não é a Declaração Americana um tratado internacional. Em 1959, sob os auspícios da OEA e dentro de sua estrutura constitucional, foi criada a Comissão Interamericana, com a função primordial de implementar os direitos humanos no continente. Somente em 1969 é que surgiu a Convenção Americana de Direitos Humanos, com força jurídica de tratado internacional. Esta Convenção, que só entrou em vigor em 1978, reconheceu direitos de ordem civil, política e social, estes últimos apenas de forma “progressiva”.<sup>36</sup>

A Convenção também estabeleceu uma Corte Interamericana de Direitos Humanos e deu um novo *status* à Comissão, que passou a funcionar como órgão da Carta da OEA e órgão da Convenção, para aqueles países que desta se tornarem parte. As competências comuns da Comissão, tanto como órgão da Carta como da Convenção, são bastante genéricas. Nos anos 70 isto permitiu que a Comissão de forma bastante criativa desempenhasse um papel tremendamente importante na denúncia das violações que eram cometidas pelos regimes militares então no poder. Já sob o mandato da Convenção, a Comissão passou a ter funções mais concretas, como receber denúncias individuais, representá-las junto à Corte Interamericana<sup>37</sup>, fazer investigações no local ou solicitar informações dos governos.<sup>38</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um autêntico tribunal, que pode exercer, para aqueles Estados partes que reconheçam sua jurisdição, uma prestação jurisdicional de caráter contencioso, relativa a todos os casos concernentes à interpretação e aplicação da Convenção Americana, ou outros tratados de proteção à pessoa humana, na esfera da comunidade interamericana. A Corte só poderá ser provocada em sua jurisdição contenciosa pela Comissão ou pelos Estados partes que aceitem a sua jurisdição. Suas decisões podem fazer cessar uma situação de lesão aos direitos protegidos pela Convenção, como a tortura, prisão ilegal, ou mesmo buscar a suspensão de uma norma que viole os dispositivos da Convenção, exercendo, assim, uma espécie de judicial *review* dos ordenamentos jurídicos domésticos em face da Convenção. Isto pode ser feito ainda de forma preventiva, através da jurisdição não contenciosa da Corte.<sup>39</sup> Por outro lado, a Corte também pode determinar que os Estados indenizem as vítimas ou os seus familiares. O que ocorreu pela primeira vez no caso Velasquez, onde o governo de Honduras, responsável pelo seu desaparecimento, foi condenado ao pagamento de uma indenização à família.<sup>40</sup> Neste aspecto ocorre um dos pontos de maior proximidade entre o sistema interamericano e os sistemas domésticos. De acordo com o artigo 68 da Convenção “*a parte da sentença que determinar a indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.*” Assim, a decisão da corte não tem força de sentença estrangeira, mas de uma sentença judicial como outra qualquer, numa perfeita integração com os sistemas domésticos.

---

<sup>36</sup> Artigo 26, caput (CADH/1969), *Desenvolvimento progressivo*.

<sup>37</sup> Quando os Estados expressamente consentirem com esta hipótese, conforme o artigo 62 da referida Convenção.

<sup>38</sup> Artigo 41 (CADH/1969).

<sup>39</sup> Para uma análise do papel da Corte ver Thomas Burgenthal, *The Inter-American system for the protection of human rights*, in Theodor Meron, *Human rights in international law: legal and policy issues*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 460 e ss.

<sup>40</sup> Sobre o caso Velasquez consultar Juan MENDES e Jose Miguel VIVANCO, *Disappearances and the Inter-American Court: reflexions on a litigation experiences*, Hamline Law Review, v. 13, n° 3, summer 1990.

A importância do sistema interamericano tem aumentado na medida em que os países passam voluntariamente a se submeter à sua ordem. Embora mecanicamente o sistema não apresente grandes falhas, o que o fragiliza é o fato de a maior potência do continente, os Estados Unidos da América, até o presente momento, continuar marginal ao sistema, postura, aliás, semelhante à do Brasil até há pouco. Porém, com a estabilização dos regimes democráticos no continente, a integração entre as ordens jurídicas interna e regional tem aumentado. A Constituição argentina, por exemplo, expressamente assegura status constitucional aos direitos previstos nos tratados internacionais. No Brasil, a doutrina, e uma jurisprudência embrionária, tem dado a mesma interpretação ao parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal.<sup>41</sup> Isto, portanto, caracteriza o caminho inverso, de internacionalização do direito constitucional.

### **8.5 Sistema europeu de direitos humanos**

O sistema europeu de proteção dos direitos humanos, por sua vez, tem sido um dos pilares do processo de constitucionalização da Comunidade, assegurando parâmetros que devem limitar não apenas os Estados, em suas relações com os seus cidadãos, mas também a Comunidade no embate com os nacionais de cada Estado.

O sistema europeu foi estabelecido pelo Conselho da Europa, que determina em seu estatuto que “*todos os Estados membros do Conselho da Europa devem aceitar os princípios do Estado de Direito e a fruição por todas as pessoas dentro de suas jurisdições dos direitos humanos e liberdades fundamentais...*”.<sup>42</sup> A Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, entrou em vigor três anos após a sua adoção. Reconhece basicamente direitos de ordem civil. Logo em seu preâmbulo estabelece que o objetivo do sistema europeu é dar eficácia àqueles direitos elencados na Declaração Universal de 1948, embora a Convenção deixe de lado direitos de ordem social e econômica. Esta lacuna foi parcialmente preenchida em 1961, com a adoção da Carta Social Européia. Digo parcialmente, pois, assim como os demais documentos internacionais que tratam de direitos sociais, a Carta estabelece obrigações vagas e que devem ser perseguidas nos limites dos meios existentes e como política governamental.

Três eram os órgãos responsáveis pela implementação da Convenção, até o ano de 1998, quando surge a nova e unificada Corte Européia de Direitos Humanos, por força do Protocolo nº 11. Mesmo assim é interessante compreender o funcionamento pretérito desse sistema, pois o novo modelo simplesmente buscou conjugar as atividades dos diversos órgãos em uma só Corte.<sup>43</sup>

A Comissão de Direitos Humanos, que funcionou em Estrasburgo, tinha por função básica receber denúncias de Estados e indivíduos, de acordo com o artigo 25 da Convenção. A maior parte dos Estados reconhecia a competência da Comissão para receber tais denúncias. Havia um processo bastante rigoroso que avaliava a admissibilidade das petições individuais.

---

<sup>41</sup> Flávia PIOVESAN, ob. cit., 82 e ss ; e Carlos WEIS, *Direitos humanos contemporâneos*, São Paulo, Malheiros Editor, 1999, cap. 1.

<sup>42</sup> Tomas BURGUENTHAL, *International Human Rights*, St Paul, West Publishing Co., 1988.

<sup>43</sup> Nicolas BRATZA and Michael O'BOYLE, *the Legacy of the Commission to the New Court under the Eleventh Protocol*, in Henkin et al, ob. cit., 1999, p. 554 e ss.



Sendo aceitas, iniciava-se uma nova fase em que a Comissão buscava a realização de um acordo amigável com os Estados. Caso este acordo não fosse alcançado, a Comissão poderia encaminhar o caso ao Conselho de Ministros ou à Corte de Direitos Humanos. Em geral deveriam seguir para a Corte os casos dos Estados que aceitavam sua jurisdição. Os demais devendo ser encaminhados para o Conselho de Ministros para que fosse tomada uma decisão política, ainda que balizada pelo direito. O fato porém é que a decisão de qualquer uma destas instâncias tinha força obrigatória para os Estados partes, ou seja, impunha uma obrigação internacional dos Estados em se conformarem a ela. Esse mecanismo criou um sistema paralelo de controle da compatibilidade da legislação doméstica aos parâmetros estabelecidos pela Convenção Européia de Direitos Humanos.

Com o novo formato dado pelo Protocolo nº 11, a Corte passou a concentrar todas as atividades da Comissão. Assim é a Corte hoje quem recebe as petições individuais, analisa sua admissibilidade, nomeia um de seus juízes como *rapporteur* do caso, realiza os acordos amigáveis, quando for o caso, ou finalmente julga as demandas que lhe chegam. O papel do Conselho de Ministros, por sua vez, ficou limitado a supervisionar a execução das decisões da Corte.

Por fim, deve-se destacar que na maioria dos Estados europeus a Convenção ingressa automaticamente no ordenamento jurídico, com *status* de lei ordinária, podendo ser invocada diretamente face aos tribunais nacionais. Na Holanda, o *status* da Convenção é supraconstitucional. Há alguns países<sup>44</sup>, no entanto, onde a Convenção exige atos parlamentares para que os direitos ali reconhecidos possam ser reclamados junto ao Judiciário. Paulatinamente, no entanto, os magistrados destes países têm se permitido olhar para a Convenção como direito auto-aplicável.

## 9. Conclusão

A gramática dos direitos humanos, constituída a partir das Revoluções liberais do séc. 18, colocou a pessoa humana, como ente dotado de valor moral, no centro do sistema político e social. As instituições voltadas à conjugação desta gramática vêm sendo aperfeiçoadas desde então. O processo é lento e marcado por enormes frustrações. O estado de direito e o Constitucionalismo estabelecem os pilares deste sistema, o cerne de nosso processo civilizatório. Têm, no entanto, se demonstrado insuficientes para conter a fúria de governos locais e sociedades reticentes quanto aos valores da igualdade e da dignidade humana. O sistema internacional de direitos e no nosso caso particular, o sistema interamericano, vem colaborar para que as instituições internas transformem os direitos em uma realidade universal. Seu papel, embora subsidiário, é da maior relevância não apenas na construção de parâmetros aos Estados, mas especialmente na imposição exemplar de condutas que favoreçam o pleno respeito aos direitos humanos.

---

<sup>44</sup> Basicamente a Inglaterra e os países escandinavos.



# A JUSTICIALIZAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: IMPACTO, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

*Flavia Piovesan\**

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: breves delineamentos. 3. Impacto do sistema interamericano na experiência latino-americana: a jurisdição da Corte Interamericana. 4. A justicialização do sistema interamericano: desafios e perspectivas

## 1. Introdução

O objetivo deste ensaio é propor uma reflexão a respeito das inovações, avanços e desafios contemporâneos da chamada “justicialização” do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Para tanto, preliminarmente, será focado o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, sob a perspectiva do sistema internacional de proteção, avaliando-se o seu perfil, os seus objetivos, a sua lógica e principiologia. Será examinado o modo pelo qual os direitos humanos têm se projetado, cada vez mais, como tema de legítimo interesse da comunidade internacional. Especial ênfase será dada ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, enquanto legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo, como atenta Thomas Buergenthal<sup>1</sup>.

Em um segundo momento, será estudado o impacto do sistema interamericano, em particular da jurisdição da Corte Interamericana, na qualidade de um constitucionalismo regional a impor aos Estados parâmetros protetivos mínimos no campo dos direitos humanos.

Por fim, serão lançadas considerações sobre os desafios e as perspectivas do sistema interamericano, com especial destaque às inovações introduzidas pelo novo Regulamento da Comissão Interamericana, adotado em 1º de maio de 2001, que propiciou a maior justicialização do sistema.

---

\* Flavia Piovesan é professora doutora da PUC/SP nas disciplinas de Direitos Humanos e Direito Constitucional, professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós-Graduação da PUC/SP e da PUC/PR, *Visiting fellow* do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000) e procuradora do Estado de São Paulo.

<sup>1</sup> BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo do livro de Antônio Augusto Cançado TRINDADE, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 31. No mesmo sentido, afirma Louis HENKIN: “*O Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior à II Guerra Mundial e o Direito posterior a ela. Em 1945, a vitória dos aliados introduziu uma nova ordem com importantes transformações no Direito Internacional.*” (Louis Henkin et al, *International Law: Cases and materials*, 3ª edição, Minnesota, West Publishing, 1993, p. 3)

## 2. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: breves delineamentos

No dizer de Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução<sup>2</sup>.

Tendo em vista este olhar histórico, adota-se as lições de Norberto Bobbio, que em seu livro *Era dos Direitos*, sustenta que “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”<sup>3</sup>.

O movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Se a II Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea.

Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não se deve reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta a duas importantes conseqüências:

1<sup>a</sup>) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados (transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal)<sup>4</sup>;

2<sup>a</sup>) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

<sup>2</sup> ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A respeito, ver também LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Cia. das Letras, São Paulo, 1988, p.134. No mesmo sentido, afirma Ignacy SACHS: “Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de a ascensão dos direitos ser fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos”. (Ignacy SACHS, *Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania*, In: *Direitos Humanos no Século XXI*, 1998, p.156). A título ilustrativo, basta mencionar a iniciativa do Brasil, na sessão da Comissão de Direitos Humanos de 2000, de propor resolução que considerasse o acesso a medicamentos, no caso da Aids, como um direito humano. A Resolução foi aprovada por 52 países, com uma abstenção (EUA). Em 2002, o Brasil apresentou proposta de resolução, aprovada por consenso, objetivando que o acesso a medicamentos no caso da tuberculose e malária também fosse considerado como um direito humano. Ainda propôs a criação de uma relatoria temática sobre a saúde, também aprovada por consenso. Estes exemplos refletem a expansão contínua do alcance conceitual de direitos humanos.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988, p. 30.

<sup>4</sup> Para Celso Lafer, de uma visão *ex parte príncipe*, fundada nos deveres dos súditos com relação ao Estado, passa-se a uma visão *ex parte populi*, fundada pela promoção da noção de direitos do cidadão. (*Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*, São Paulo, Paz e Terra, 1999, p.145).

Inspirada por estas concepções, em 1948 é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados.

A Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração de 1948 combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos. Neste sentido, cabe destacar que, até junho de 2001, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 147 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 145 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 124 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 157 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 168 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 191 Estados-partes<sup>5</sup>.

A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade<sup>6</sup>. Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5º, afirma: *“Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”*

Logo, a Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, revigorando o lastro de legitimidade da chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração de 1948. Note-se que, enquanto consenso do “pós-Guerra”, a Declaração de 1948 foi adotada por 48

---

<sup>5</sup> A respeito, consultar *Human Development Report 2001*, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2001.

<sup>6</sup> Note-se que a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança contemplam não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, o que vem a endossar a idéia da indivisibilidade dos direitos humanos.

Estados, com oito abstenções. Assim, a Declaração de Viena de 1993 estende, renova e amplia o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelo sistema americano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção, e, por isso, deve ser aplicada a norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No âmbito do sistema regional interamericano, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978. Somente Estados membros da Organização dos Estados Americanos podem aderir à Convenção Americana, que conta hoje com 25 Estados-partes, tendo sido o Brasil um dos Estados que mais tardiamente aderiram à Convenção, o fazendo apenas em 25 de setembro de 1992.

Na qualidade do principal instrumento do sistema interamericano, a Convenção Americana assegura substancialmente um amplo catálogo de direitos civis e políticos, incluindo: o direito à vida, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à proteção judicial, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, dentre outros direitos. A Convenção Americana não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras medidas que se mostrem apropriadas, nos termos do art. 26 da Convenção. Posteriormente, em 1988, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção, concernente aos direitos sociais, econômicos e culturais (Protocolo de San Salvador), que entrou em vigor em novembro de 1999, quando do depósito do 11º instrumento de ratificação, nos termos do art. 21 do Protocolo.

Em face deste catálogo de direitos constantes da Convenção Americana, cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício destes direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados.

Como atenta Thomas Buergenthal: “*Os Estados-partes à Convenção Americana*

*têm a obrigação não apenas de ‘respeitar’ estes direitos garantidos na Convenção, mas também de ‘assegurar’ o livre e pleno exercício destes direitos. Um governo tem, conseqüentemente, obrigações positivas e negativas relativamente à Convenção Americana. De um lado, há a obrigação de não violar direitos individuais; por exemplo, há o dever de não torturar um indivíduo ou de não privá-lo de um julgamento justo. Mas a obrigação do Estado vai além deste dever negativo, e pode requerer a adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis em determinadas circunstâncias para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção Americana. Por exemplo, o governo de um país em que há o desaparecimento de indivíduos em larga escala está a violar o Artigo 7 (1) da Convenção Americana, ainda que não possa demonstrar que seus agentes são responsáveis por tais desaparecimentos, já que o governo, embora capaz, falhou em adotar medidas razoáveis para proteger os indivíduos contra tal ilegalidade.”<sup>7</sup>*

A Convenção Americana estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia. Este aparato é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – que é o órgão jurisdicional do sistema interamericano.

Feitas estas considerações preliminares sobre o sistema interamericano, sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, transita-se à análise do impacto do sistema interamericano, especialmente da jurisdição da Corte Interamericana, tendo em vista o contexto latino-americano.

### **3. Impacto do sistema interamericano na experiência latino-americana: a jurisdição da Corte Interamericana**

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. A título de exemplo, note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. Já o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, deu-se na Argentina em 1984, no Uruguai em 1985, no Paraguai em 1993 e no Brasil em 1998. Hoje pode-se constatar que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

No que tange à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste

---

<sup>7</sup> Cf. BUERGENTHAL, Thomas. *The Inter-American System for the Protection of Human Rights*, In: Theodor Meron (ed.), *Human Rights in International Law - Legal and Policy Issues*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p.442. Enfatiza o mesmo autor: “Os Estados têm, conseqüentemente, deveres positivos e negativos, ou seja, eles têm obrigações de não violar os direitos garantidos pela Convenção e têm o dever de adotar medidas necessárias e razoáveis para assegurar o pleno exercício destes direitos.” (Thomas Buergenthal, *International Human Rights*, Minnesota, West Publishing, 1988, p.145).

sentido, merecem destaque o artigo 75, 22 da Constituição Argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos e o artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta Brasileira que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Importa ressaltar que estas Constituições, na qualidade de marcos jurídicos da transição democrática nestes países, fortaleceram extraordinariamente a gramática dos direitos humanos, ao consagrar o primado do respeito a estes direitos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Este princípio invoca a abertura das ordens jurídicas nacionais ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional, mediante a adoção de cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos.

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. Observe-se que a Convenção Americana, como um verdadeiro “código latino-americano de direitos humanos”, foi acolhida por 25 Estados<sup>8</sup>, traduzindo a força de um consenso a respeito de direitos básicos a serem garantidos na região latino-americana.

Para compreender o impacto jurídico do aparato interamericano de proteção, a primeira regra a ser fixada é a de que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados-partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram com sua adoção. Como dispõe a Convenção de Viena: “Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser observado por elas de boa-fé.” Complementa o artigo 27 da Convenção: “*Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento do tratado.*” Afirma-se assim a importância do princípio da boa-fé na esfera internacional, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado no livre e pleno exercício de sua soberania ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento, sob pena de responsabilização internacional.

Além do princípio da boa-fé, outro princípio a merecer destaque é o princípio da prevalência da norma mais benéfica. A respeito, elucidativo é o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos que, ao estabelecer regras interpretativas, determina que “nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”. Consagra, assim, o princípio da prevalência da norma mais benéfica, ou seja, a Convenção só se aplica se ampliar, fortalecer e aprimorar o grau de proteção de direitos, ficando vedada sua aplicação se resultar na restrição e limitação do exercício de direitos previstos pela ordem jurídica de um Estado-parte ou por tratados internacionais por ele ratificados.

---

<sup>8</sup> A saber, Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.



A primazia é sempre da norma mais benéfica e protetiva aos direitos humanos, seja ela do Direito Interno ou do Direito Internacional. Este princípio há de prevalecer e orientar a interpretação e aplicação da normatividade de direitos humanos, ficando afastados princípios interpretativos tradicionais, como o princípio da norma posterior que revoga a anterior com ela incompatível, ou o princípio da norma especial que revoga a geral no que apresenta de especial. A interpretação a ser adotada no campo do Direito dos Direitos Humanos é a interpretação axiológica e teleológica, que conduza sempre à prevalência da norma que melhor e mais eficazmente proteja a dignidade humana.

Nesta ótica, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. Isto é, a Convenção Americana, como a “Constituição Latino-Americana de Direitos Humanos” situa-se como um parâmetro mínimo de proteção dos direitos humanos. Constitui o piso mínimo e não o teto máximo de proteção de direitos.

Neste sentido, o sistema interamericano invoca a redefinição da cidadania no âmbito latino-americano, a partir da incorporação, ampliação e fortalecimento de direitos e garantias voltadas à proteção dos direitos humanos, a serem tutelados perante as instâncias nacionais e internacionais.

Isto é, o sistema interamericano inova o regime de proteção de direitos, na medida em que enuncia direitos passíveis de serem invocados perante as instâncias nacionais de proteção. Por isso, é fundamental a interação entre o catálogo de direitos nacionalmente previstos e o catálogo de direitos internacionais, com vistas a assegurar a mais efetiva proteção aos direitos humanos. Impõe-se ainda ao Estado o dever de harmonizar a sua ordem jurídica interna à luz dos parâmetros internacionais mínimos de proteção dos direitos humanos – parâmetros estes livremente acolhidos pelos Estados, quando da ratificação de tratados.

Cabe ainda acrescentar que, ao acolher o sistema interamericano, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território. O Estado passa, assim, a consentir no controle e na fiscalização da comunidade internacional quando, em casos de violação a direitos fundamentais, a resposta das instituições nacionais se mostra falha ou omissa. Enfatize-se que o Estado tem sempre a responsabilidade primária relativamente à proteção dos direitos humanos, constituindo a ação internacional uma ação suplementar, adicional e subsidiária, que pressupõe o esgotamento dos recursos internos para o seu acionamento. É sob esta perspectiva que se destaca a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ressalte-se que a principal função da Comissão Interamericana é promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América. Dentre as atribuições da Comissão, destaca-se a de apreciar petições que denunciem a violação a direito internacionalmente previsto.

Cabe realçar que, no caso brasileiro, uma média de 50 casos foram impetrados contra o Estado brasileiro, perante a Comissão Interamericana, no período de 1970 a 1998. Estes casos foram encaminhados, via de regra, por entidades não-governamentais de defesa dos direitos humanos, de âmbito nacional ou internacional e, por vezes, pela atuação conjunta dessas entidades. O universo dos 50 casos pode ser classificado em sete grupos: 1) casos de

detenção arbitrária e tortura cometidos durante o regime autoritário militar; 2) casos de violação dos direitos das populações indígenas; 3) casos de violência rural; 4) casos de violência da polícia militar; 5) casos de violação dos direitos de crianças e adolescentes; 6) casos de violência contra a mulher e 7) casos de discriminação racial.

Note-se que 70% dos casos referem-se à violência da polícia militar, o que demonstra que o processo de democratização foi incapaz de romper com as práticas autoritárias do regime repressivo militar, apresentando como reminiscência um padrão de violência sistemática praticada pela polícia militar, que não consegue ser controlada pelo aparelho estatal. A grande distinção entre as práticas autoritárias verificadas no regime militar e no processo de democratização está no fato de que, no primeiro caso, a violência era perpetrada direta e explicitamente por ação do regime autoritário que sustentava a manutenção de seu próprio aparato ideológico. Já no processo de democratização, a sistemática violência policial apresenta-se como resultado, não mais de uma ação, mas de uma omissão do Estado em não ser capaz de deter os abusos perpetrados por seus agentes. Tal como no regime militar, não se verifica a punição dos responsáveis. A insuficiência, ou mesmo, em alguns casos, a inexistência de resposta por parte do Estado brasileiro é o fator que – a configurar o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos – enseja a denúncia dessas violações de direitos perante a Comissão Interamericana.

Ao lado dos casos de violência da polícia militar, constata-se que os casos restantes revelam violência cometida em face de grupos socialmente vulneráveis, como as populações indígenas, a população negra, as mulheres, as crianças e os adolescentes. Observe-se ainda que, em 90% dos casos examinados, as vítimas podem ser consideradas pessoas socialmente pobres, sem qualquer liderança destacada, o que inclui tanto aqueles que viviam em favelas, nas ruas, nas estradas, nas prisões, ou mesmo, em regime de trabalho escravo no campo.

Quanto à Corte Interamericana, órgão jurisdicional do sistema, apresenta competência consultiva e contenciosa. Note-se que o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte em dezembro de 1998.

No exercício de sua competência consultiva, a Corte Interamericana tem desenvolvido análises aprofundadas a respeito do alcance e do impacto dos dispositivos da Convenção Americana. Como afirma Mônica Pinto: “(...) A Corte tem emitido opiniões consultivas que têm permitido a compreensão de aspectos substanciais da Convenção, dentre eles: o alcance de sua competência consultiva, o sistema de reservas, as restrições à adoção da pena de morte, os limites ao direito de associação, o sentido do termo ‘leis’ quando se trata de impor restrições ao exercício de determinados direitos, a exigibilidade do direito de retificação ou resposta, o habeas corpus e as garantias judiciais nos estados de exceção, a interpretação da Declaração Americana, as exceções ao esgotamento prévio dos recursos internos e a compatibilidade de leis internas em face da Convenção”.<sup>9</sup>

Dentre os pareceres emitidos pela Corte, destaca-se o parecer acerca da impossibilidade da adoção da pena de morte no Estado da Guatemala (Parecer nº 3/83, de 08 de setembro de 1983). Neste caso, a Comissão Interamericana solicitou à Corte opinião no sentido de esclarecer se a imposição da pena de morte por um Estado, em face de crimes não punidos

<sup>9</sup> Monica Pinto, op. cit., supra, p. 96.

com esta sanção quando da adoção da Convenção Americana pelo Estado, constituiria violação à Convenção, ainda que o Estado tivesse feito reservas a esta importante previsão da Convenção. No parecer, a Corte afirmou:

“A Convenção impõe uma proibição absoluta quanto à extensão da pena de morte a crimes adicionais, ainda que uma reserva a esta relevante previsão da Convenção tenha entrado em vigor ao tempo da ratificação”.<sup>10</sup>

Merece também destaque o parecer emitido pela Corte sobre a filiação obrigatória de jornalistas, por solicitação da Costa Rica (Parecer Consultivo nº 05/85, de 13 de novembro de 1985). No caso, a Corte considerou que a Lei nº 4.420 da Costa Rica violava a Convenção, ao exigir de jornalistas diploma universitário e filiação ao Conselho Profissional dos Jornalistas. A Corte entendeu que, ao se restringir a liberdade de expressão de um indivíduo, não somente o direito desse indivíduo é violado, mas também o direito de todos de receber informações<sup>11</sup>.

Em outro parecer (Parecer Consultivo nº 08/87, de 30 de janeiro de 1987), por solicitação da Comissão Interamericana, a Corte considerou que o habeas corpus é garantia de proteção judicial insuscetível de ser suspensa, ainda que em situações de emergência, em respeito ao art. 27 da Convenção Americana<sup>12</sup>.

Mencione-se, ainda, o parecer emitido, por solicitação do México (Parecer Consultivo nº 16/99, de 1º de outubro de 1999), em que a Corte considerou violado o direito ao devido processo legal, quando um Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito à assistência consular. Na hipótese, se o preso foi condenado à pena de morte, isso constituiria privação arbitrária do direito à vida. Note-se que o México embasou seu pedido de consulta nos vários casos de presos mexicanos condenados à pena de morte nos Estados Unidos<sup>13</sup>.

No plano contencioso, como já dito, a competência da Corte para o julgamento de casos é, por sua vez, limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam tal jurisdição expressamente. Reitere-se que apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana,<sup>14</sup> não estando prevista a legitimação do indivíduo,

---

<sup>10</sup> Sobre este parecer proferido pela Corte Interamericana, ver Louis HENKIN, et al, *International law: cases and materials*, op. cit., p. 670.

<sup>11</sup> A respeito, consultar RAMOS, André de Carvalho, *Direitos Humanos em Juízo*, São Paulo, ed. Max Limonad, 2001, p. 383-388. Ver também Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência*, São Paulo, Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE/SP, 2001.

<sup>12</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 400-405. Ver também Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência*, São Paulo, Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE/SP, 2001.

<sup>13</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*, São Paulo, ed. Max Limonad, 2001, p. 461-490. Ver também Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência*, São Paulo, Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE/SP, 2001.

<sup>14</sup> Como afirma Monica PINTO: “Até a presente data, somente a Comissão tem submetido casos perante a Corte: em 1987, três casos de desaparecimento forçado de pessoas em Honduras (casos Velasquez Rodriguez, Godínez Cruz, Fairen Garbi e Solís Corrales); em 1990, um caso de desaparecimento de pessoas detidas no estabelecimento penal conhecido como El Frontón no Peru (caso Neira Alegria e outros) e dois casos de execuções extrajudiciais no Suriname (caso Gangaram Panday e Aloeboetoe e outros). Em 1992 a Comissão submeteu à Corte um caso a respeito da Colômbia. Previamente, a Corte já havia se pronunciado em uma questão de conflito de competência, no caso Viviana Gallardo e outras, submetido pela Costa Rica diretamente à Corte, renunciando ao esgotamento dos recursos internos e ao procedimento ante a Comissão”. (*Derecho internacional de los derechos humanos: breve visión de los mecanismos...*, op. cit., p. 94-95).

nos termos do art. 61 da Convenção Americana. A Corte tem jurisdição para examinar casos que envolvam a denúncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção. Se reconhecer que efetivamente ocorreu a violação à Convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado. A Corte pode ainda condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima.

A respeito da competência contenciosa da Corte, afirma Antônio Augusto Cançado Trindade: “Os Tribunais internacionais de direitos humanos existentes – as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos — não “substituem” os Tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos Tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais, quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos”<sup>15</sup>.

Note-se que a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento<sup>16</sup>. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado.

Contudo, repita-se, é necessário que o Estado reconheça a jurisdição da Corte, já que tal jurisdição é apresentada sob a forma de cláusula facultativa<sup>17</sup>. Até 1999, 21 Estados haviam reconhecido a competência contenciosa da Corte<sup>18</sup>. O Estado Brasileiro finalmente reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana em dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998.<sup>19</sup>

No exercício de sua jurisdição contenciosa, a Corte já se pronunciou a respeito de 35

<sup>15</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*, p. 33.

<sup>16</sup> Na lição de Paul SIEGHART: “a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm o poder de proferir decisões juridicamente vinculantes contra Estados soberanos, condenando-os pela violação de direitos humanos e liberdades fundamentais de indivíduos, e ordenando-lhes o pagamento de justa indenização ou compensação às vítimas”. (Paul Sieghart, *International human rights law: some current problems*, op. cit., p. 35).

<sup>17</sup> Sobre a matéria, afirma Louis B. SOHN: “A Convenção Americana de Direitos Humanos também contém cláusulas opcionais, pelas quais um Estado-parte pode aceitar a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com respeito a todas as questões relacionadas à interpretação ou aplicação da Convenção. Uma vez que esta jurisdição tenha sido aceita por um Estado-parte, um caso pode ser submetido à Corte, seja pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, seja por um outro Estado-parte. Adicionalmente, a Corte tem ampla jurisdição para apresentar opiniões consultivas a pedido de qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos ou de qualquer órgão daquela Organização”. (Human rights: their implementation and supervision by the United Nations, *In: Theodor Meron, Ed., Human rights in international law: legal and policy issues*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 381).

<sup>18</sup> A saber, Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. Como observa André de Carvalho Ramos: “*Dos países que ratificaram a Convenção, apenas Barbados, Granada e Jamaica ainda não reconheceram a jurisdição obrigatória da Corte. O Peru, após uma série de condenações da Corte, denunciou seu reconhecimento da jurisdição obrigatória em 9 de julho de 1999, não sendo o mesmo, contudo, aceito.*” (op. cit. p. 60).

<sup>19</sup> O Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, aprovou a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do artigo 62 da Convenção Americana.

casos<sup>20</sup>, alguns dos quais ainda encontram-se pendentes.

No plano da jurisdição contenciosa, referência obrigatória é o famoso caso “Velasquez Rodriguez”, atinente ao desaparecimento forçado de indivíduo no Estado de Honduras. Acolhendo comunicação encaminhada pela Comissão Interamericana, a Corte condenou o Estado de Honduras ao pagamento de indenização aos familiares do desaparecido, em decisão publicada em 21 de julho de 1989. Como realça Diane F. Orentlicher: “Em 1989, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu uma decisão pioneira, ao interpretar a Convenção Americana, impondo aos Estados-partes o dever de investigar certas violações de direitos humanos e punir seus perpetradores. A decisão foi proferida no caso Velasquez Rodriguez, que foi submetido à Corte pela Comissão Interamericana, contra o Governo de Honduras, concernente ao desaparecimento de Manfredo Velasquez, em setembro de 1981.”<sup>21</sup>

A Corte conduziu séria investigação sobre o caso, que incluiu oitiva de testemunhas, exame de documentos e requisição de provas, dentre outras medidas<sup>22</sup>. Ao final concluiu que o Estado de Honduras havia violado diversos artigos da Convenção: “a) art. 4º, que confere a qualquer pessoa o direito de ter sua vida respeitada, já que ninguém pode ser arbitrariamente privado de sua própria vida; b) art. 5º, que prevê que ninguém pode ser submetido à tortura, tratamento ou punição desumana ou degradante; c) art. 7º, que atribui a todas as pessoas o direito à liberdade e segurança pessoal, proíbe a prisão e detenção arbitrária e prevê certos direitos procedimentais, como a notificação da culpa, o recurso da pessoa detida a uma Corte competente e o julgamento em tempo razoável”.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Até 1999, a Corte havia se pronunciado a respeito dos seguintes casos, dentre outros: Velásquez Rodríguez (Honduras), Godínez Cruz (Honduras), Fairen Garbí e Solís Corrales (Honduras), Cayara (Peru), Aloeboetoe (Suriname), Gangaram Panday (Suriname), Maqueda (Argentina), El Amparo (Venezuela), Neira Alegría (Peru), Caballero Delgado e Santana (Colômbia), Garrido e Baigorria (Argentina), Genie Lacayo (Nicarágua), Castillo Páez (Peru), Loayza Tamayo (Peru), Paniagua Morales (Guatemala), Blake (Guatemala), Suárez Rosero (Equador), Benavides Cevallos (Equador), Cantoral Benavides (Peru), Durand e Ugarte (Peru), Bámaca Velásquez (Guatemala). A respeito, ver Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência*, São Paulo, Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE/SP, 2001.

<sup>21</sup> ORENTLICHER, Diane F. *Addressing gross human rights abuses: punishment and victim compensation...*, op. cit., p. 430.

<sup>22</sup> “A Corte recebeu o testemunho de que ‘em média 112 a 130 indivíduos desapareceram de 1981 a 1984’. (...) A Comissão também apresentou evidências demonstrando que, de 1981 a 1984, remédios judiciais domésticos em Honduras eram inadequados para garantir a proteção dos direitos humanos. As Cortes eram ainda lentas para julgar o writ do habeas corpus e os juízes eram freqüentemente ignorados pela polícia”. (CASE, Velasquez Rodriguez. *Inter-American Court of Human Rights*, 1988, Ser. C, nº 4, *Human Rights Law Journal*, vol. 9, p. 212, 1988).

<sup>23</sup> Velasquez Rodriguez CASE, op. loc. cit. Neste sentido, afirmou a Corte: “O seqüestro de uma pessoa é uma arbitrária privação da liberdade, uma afronta ao direito de ser submetido a julgamento sem demora perante um juiz e uma afronta ao direito de invocar os procedimentos apropriados para revisão da legalidade da prisão, tudo em violação ao art. 7º da Convenção. Além disso, o isolamento prolongado e a privação da comunicação constituem, em si mesmos, formas de tratamento cruel e desumano, lesivo à integridade física e moral da pessoa e violam o direito de qualquer detento ao respeito da sua dignidade, inerente à condição humana. Este tratamento, portanto, viola o art. 5º da Convenção. (...) A prática do desaparecimento freqüentemente envolve a execução secreta, sem julgamento, seguida da eliminação do corpo, a fim de impossibilitar qualquer evidência material do crime, assegurando impunidade aos responsáveis. Esta é uma flagrante violação ao direito à vida, reconhecido no art. 4º da Convenção. (...) A prática de desaparecimentos, além de violação direta de muitas previsões da Convenção, como as acima mencionadas, constitui uma afronta radical àquele tratado, na medida em que implica negação de valores dos quais emanam a concepção de dignidade humana e a maior parte dos princípios básicos do sistema interamericano e da Convenção. (...) A Corte está convencida de que o desaparecimento do Manfredo Velasquez foi causado por agentes que agiram sob cobertura das autoridades públicas”.

Ao fundamentar a decisão, a Corte afirmou: “O desaparecimento forçado de seres humanos é uma violação múltipla e contínua de muitos direitos constantes da Convenção, que os Estados-partes são obrigados a respeitar e garantir. Esta obrigação implica dever dos Estados-partes de organizar um aparato governamental, no qual o poder público é exercido, capaz de juridicamente assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir qualquer violação de direitos enunciados na Convenção e, além disso, se possível, devem buscar a restauração de direito violado, prevendo uma compensação em virtude dos danos resultantes da violação. (...) A falha de ação do aparato estatal, que está claramente provada, reflete a falha de Honduras em satisfazer as obrigações assumidas em face do art. 1º (1) da Convenção, que obriga a garantir a Manfredo Velasquez o livre e pleno exercício de seus direitos humanos”.<sup>24</sup>

À luz desta fundamentação, a Corte, ao final, concluiu pela condenação do Estado de Honduras ao pagamento de indenização aos familiares do desaparecido: “O art. 63 (1) da Convenção estabelece que, se a Corte considerar que há uma violação do direito ou da liberdade protegida por esta Convenção, deverá determinar que seja assegurado às vítimas o exercício do direito ou da liberdade violada. Deve também determinar, se apropriado, que as consequências danosas decorrentes da afronta a direito ou liberdade sejam remediadas e que uma justa compensação seja paga às vítimas. Claramente, no presente caso, a Corte não pode ordenar que seja garantido à vítima o exercício do direito ou liberdade violada. A Corte, entretanto, pode determinar que as consequências da afronta a direitos sejam remediadas e que a compensação seja efetuada. (...) A Corte acredita que as partes podem fazer um acordo relativamente aos danos. Todavia, se um acordo não for alcançado, a Corte deverá fixar uma quantia. O caso deve, portanto, permanecer em aberto para este propósito. A Corte reserva o direito de aprovar o acordo e, se este não for alcançado, fixar a quantia e ordenar a forma de pagamento”.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> CASE, Velasquez Rodriguez. *Inter-American Court of Human Rights*, 1988, Ser. C, nº 4. Como conclui Diane F. Orentlicher: “A Corte considerou o governo de Honduras responsável pelas múltiplas violações à Convenção Americana, baseando a maior parte de sua análise na obrigação afirmativa dos Estados-partes de assegurar os direitos enunciados na Convenção. (...) A Corte considerou que os deveres dos Estados-partes persistem, mesmo que o governo haja mudado. Ainda que reconhecendo o dever de punir as sérias violações à integridade física, os órgãos que monitoram o cumprimento dos tratados de direitos humanos não haviam, até recentemente, confrontado a questão relativa à compatibilidade das leis de anistia em relação aos deveres dos Estados-partes. O Comitê de Direitos Humanos finalmente o fez, em abril de 1992, quando da adoção de um General Comment que considerou as anistias que acobertaram os atos de tortura como “geralmente incompatíveis com o dever dos Estados de investigar estes atos, garantir a inoportunidade destes atos em sua jurisdição e assegurar que eles não ocorram no futuro. (...) A Comissão Interamericana de Direitos Humanos alcançou uma conclusão similar em dois casos que atacavam a validade de leis de anistia adotadas na Argentina e no Uruguai, respectivamente. Em decisões levadas a público em outubro de 1992, a Comissão considerou que as leis de anistia, que impediam a punição de pessoas responsáveis por crimes como desaparecimento, tortura e assassinato político, eram incompatíveis com a Convenção Americana”. (Diane F. Orentlicher, *Addressing gross human rights abuses: punishment and victim compensation*, op. cit., p. 430). E adiciona ORENTLICHER, Diane F.: “Os órgãos internacionais competentes devem continuar a insistir no princípio da accountability e devem fazer grandes esforços para assegurar o cumprimento deste princípio. Seguindo o exemplo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em casos que atacavam a validade de leis de anistia adotadas no Uruguai e na Argentina, e da Corte Européia no Caso X e Y contra Países Baixos, os organismos internacionais devem considerar os danos decorrentes da falha do Estado em processar e punir os crimes de direitos humanos, como uma violação distinta da obrigação convencional do Estado em assegurar a não ocorrência de graves violações à integridade física”. (op. cit., supra, p. 459).

<sup>25</sup> CASE, Velasquez Rodriguez. *Inter-American Court of Human Rights*, 1988, Ser. C, n. 4.

Em suma, em face da violação, por parte do Estado de Honduras, dos arts. 4º, 5º e 7º da Convenção, conjugados com o art. 1º (1), a Corte, em votação unânime, decidiu que aquele Estado estava condenado a pagar uma justa indenização aos familiares da vítima.

Após o caso Velasquez Rodriguez, dois outros julgamentos foram proferidos pela Corte Interamericana, ambos envolvendo desaparecimentos no Estado de Honduras.<sup>26</sup> O caso Godinez, substancialmente similar ao caso Velasquez, permitiu à Corte alcançar também uma decisão similar, condenando o Estado de Honduras a pagar uma justa compensação, nos termos do art. 63 da Convenção.<sup>27</sup> Já o caso Fairen Garbi e Solis Corrales, a Corte o julgou improcedente, entendendo inexistir provas de que o Estado de Honduras seria responsável pelo desaparecimento dos indivíduos, já que os mesmos não estavam envolvidos em atividades consideradas “perigosas ou subversivas” na ótica governamental e nem tampouco existiam provas de que haviam sido presos ou seqüestrados no território hondurenho.

A Comissão Interamericana encaminhou ainda à Corte um caso contencioso contra o Estado de Suriname (caso Aloeboetoe), concernente ao assassinato de sete civis pela polícia do Estado. Embora no início do processo o Estado do Suriname tenha se declarado não responsável pelos assassinatos, posteriormente assumiu tal responsabilidade. Ao final, a Corte determinou o pagamento de justa e apropriada compensação aos familiares das vítimas, bem como o cumprimento de obrigação de fazer, concernente à instalação de posto médico e reabertura de escola na região dos saramacas.<sup>28</sup>

Em outro caso, atendendo a solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte ordenou a adoção de medidas provisórias no sentido de proteger 14 membros de organizações de direitos humanos no Estado da Guatemala.<sup>29</sup> Esta decisão da Corte se pautou no art. 63 (2) da Convenção, que estabelece que, em casos de extrema gravidade e urgência, e quando necessário para evitar danos irreparáveis a pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, pode adotar medidas provisórias que lhe pareçam pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não tiverem sido submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão. Note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos é o único tratado internacional de direitos humanos a dispor sobre medidas preliminares ou provisórias judicialmente aplicáveis.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> O caso Godinez (*Inter-American Court of HR*, Ser. C, nº 5, 20.01.1989) e o caso Fairen Garbi e Solis Corrales (*Inter-American Court of HR*, Ser C, nº 6, 1989).

<sup>27</sup> Como enfatiza Monica PINTO: “As ponderações judiciais da Corte Interamericana nos dois casos hondurenhos são de transcendental importância. A Corte sustentou a responsabilidade do Estado hondurenho pelo desaparecimento forçado de pessoas, em violação à Convenção Americana, e ao duplo dever de prevenção e punição”. (*Derecho internacional de los derechos humanos: breve visión...*, op. cit., p. 57). Sobre a matéria, afirma Henkin: “Honduras, em ambos os casos, foi condenado a pagar a indenização. Ele pagou a quantia requerida, contudo, apenas após uma longa demora, sem levar em conta a alta inflação acumulada desde o momento no qual a decisão da Corte foi proferida. Como consequência, as duas famílias receberam efetivamente, em média, 1/3 da quantia que lhes era devida”. (Louis Henkin et al, *International law: cases and materials*, op. cit., p. 672).

<sup>28</sup> Decisão de 4 de dezembro de 1991, 10 Annual report of the Inter-American Court of HR 57, 1991.

<sup>29</sup> August, 1991, 10 Annual Report of the Inter-American Court of HR 52, 1991.

<sup>30</sup> Sobre o tema e várias outras questões relacionadas à interpretação e aplicação do art. 63 (2) da Convenção Americana, consultar Thomas BURGENTHAL, *Medidas Provisórias na Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, dez. 1992/maio 1993, p. 11-37. Frise-se que, em qualquer fase do processo, em casos de extrema gravidade e urgência e quando necessário para evitar danos irreparáveis a pessoas, a Corte, de ofício, ou por solicitação da parte, poderá ordenar medidas provisórias que considerar pertinentes, nos termos do art. 63 (2) da Convenção e do art.25 do novo Regulamento da Corte (novembro de 2000).

Cabe também menção ao caso Villagran Morales, contra a Guatemala, em que este Estado foi condenado pela Corte, em virtude da impunidade relativa à morte de cinco meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por dois policiais nacionais da Guatemala. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte estão: o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas; a reforma no ordenamento jurídico interno visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos; e a construção de uma escola em memória das vítimas.

#### 4. A judicialização do sistema interamericano: desafios e perspectivas

Considerando a atuação da Comissão e da Corte Interamericana nestes casos destacados, resta concluir que, ainda que recente seja a jurisprudência da Corte, o sistema interamericano está se consolidando como importante e eficaz estratégia de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas.<sup>31</sup> No dizer de Dinah Shelton: “Ambas, a Comissão e a Corte, têm adotado medidas inovadoras, de modo a contribuir para a proteção dos direitos humanos nas Américas e ambos, indivíduos e organizações não-governamentais, podem encontrar um fértil espaço para futuros avanços”.<sup>32</sup>

A Comissão e a Corte Interamericana contribuem para a denúncia dos mais sérios abusos e pressionam os governos para que cessem com as violações de direitos humanos.

Como foi examinado, o sistema interamericano invoca um parâmetro de ação para os Estados, legitimando o encaminhamento de comunicações de indivíduos e entidades não-governamentais se estes *standards* internacionais são desrespeitados. Neste sentido, a sistemática internacional estabelece a tutela, a supervisão e o monitoramento do modo pelo qual os Estados garantem os direitos humanos internacionalmente assegurados.

A ação internacional tem também auxiliado a publicidade/visibilidade das violações de direitos humanos, o que oferece o risco do constrangimento político e moral ao Estado violador, o que tem permitido avanços e progressos na proteção dos direitos humanos. Vale dizer, ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos, bem como as pressões internacionais, o Estado é praticamente “compelido” a apresentar justificações a respeito de sua prática, o que tem contribuído para transformar uma prática governamental específica, no que se refere aos direitos humanos, conferindo suporte ou estímulo para reformas internas. Quando um Estado reconhece a legitimidade das intervenções internacionais na questão dos direitos humanos e, em resposta a pressões internacionais, altera sua prática com relação à matéria, fica reconstituída a relação entre Estado, cidadãos e atores internacionais.

Neste contexto, há que se destacar a extraordinária inovação decorrente do artigo 44 do novo Regulamento da Comissão, adotado em 1º de maio de 2001, que propiciou maior judicialização do sistema interamericano. Com efeito, de acordo com o aludido dispositivo, se a Comissão considerar que o Estado em questão não cumpriu as recomendações do informe aprovado nos termos do art. 50 da Convenção Americana, submeterá o caso à Corte Interame-

<sup>31</sup> Como observa Antonio CASSESE: “(...) a Comissão e a Corte Interamericana contribuem, ao menos em certa medida, para a denúncia dos mais sérios abusos e pressionam os governos para que cessem com as violações de direitos humanos”. (Human rights in a changing world, op. cit., p. 202).

<sup>32</sup> Cf. SHELTON, *The inter-american human rights system*, op. cit., p. 131.



ricana, salvo decisão fundada da maioria absoluta dos membros a Comissão. Cabe observar, contudo, que o caso só poderá ser submetido à Corte se o Estado-parte reconhecer, mediante declaração expressa e específica, a competência da Corte no tocante à interpretação e aplicação da Convenção – embora qualquer Estado-parte possa aceitar a jurisdição da Corte para um determinado caso, nos termos do art. 62 da Convenção Americana.

O novo Regulamento introduz, assim, a justicialização do sistema interamericano. Se, anteriormente, cabia à Comissão Interamericana, a partir de uma avaliação discricionária, sem parâmetros objetivos, submeter à apreciação da Corte Interamericana caso em que não se obteve solução amistosa, com o novo Regulamento, o encaminhamento à Corte se faz de forma direta e automática. O sistema ganha maior tônica de “juridicidade”, reduzindo a seletividade política que, até então, era realizada pela Comissão Interamericana.

Isto é, a regra passa a ser o envio do caso à jurisdição da Corte, salvo se houver decisão fundada da maioria absoluta dos membros da Comissão. Com isto, estima-se que, via de regra, todo caso não solucionado pela Comissão Interamericana, ou melhor, todo caso em que o Estado não tenha cumprido as recomendações por ela feitas, será apreciado pela Corte Interamericana.

Ainda que a “justicialização” do sistema signifique, por si só, um considerável avanço, faz-se ainda necessário o seu maior aprimoramento. Aponta-se, neste sentido, a quatro propostas.

A primeira proposta atém-se à exigibilidade de cumprimento das decisões da Comissão e da Corte, com a adoção pelos Estados de legislação interna relativa à implementação destas decisões internacionais. A justicialização do sistema requer, necessariamente, a observância e o cumprimento das decisões internacionais no âmbito interno. Os Estados devem garantir o cumprimento das decisões, sendo inadmissível sua indiferença e silêncio, sob pena de afronta, inclusive, ao princípio da boa-fé, que orienta a ordem internacional.

Outra proposta refere-se à previsão de sanção ao Estado que, de forma reiterada e sistemática, descumprir as decisões internacionais. A título de exemplo, poder-se-ia estabelecer a suspensão ou expulsão do Estado pela Assembléia Geral da OEA.

Uma terceira proposta compreende a demanda por maior democratização do sistema, permitindo o acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana – hoje restrito apenas à Comissão e aos Estados. Note-se que, no sistema regional europeu, mediante o Protocolo nº 11, que entrou em vigor em 1º de novembro de 1998, qualquer pessoa física, organização não-governamental ou grupo de indivíduos pode submeter diretamente à Corte Européia demanda veiculando denúncia de violação por Estado-parte de direitos reconhecidos na Convenção (conforme o artigo 34 do Protocolo)<sup>33</sup>.

Por fim, uma quarta proposta, de natureza logística, seria a instituição de funciona-

---

<sup>33</sup> Contudo, ainda é grande a resistência de muitos Estados em aceitar as cláusulas facultativas referentes aos mecanismos das petições individuais e comunicações interestatais. Basta destacar que: a) dos 147 Estados-partes do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos apenas 97 Estados aceitam o mecanismo das petições individuais (tendo ratificado o Protocolo Facultativo para este fim); b) dos 124 Estados-partes na Convenção contra a Tortura, apenas 43 Estados aceitam o mecanismo das comunicações interestatais e das petições individuais (nos termos dos artigos 21 e 22 da Convenção); c) dos 157 Estados-partes na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial apenas 34 Estados aceitam o mecanismo das petições individuais (nos termos do artigo 14 da Convenção); e, finalmente, d) dos 168 Estados-partes na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, apenas 21 Estados aceitam o mecanismo das petições individuais, tendo ratificado o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher.

mento permanente da Comissão e da Corte, com recursos financeiros, técnicos e administrativos suficientes. A justicialização do sistema aumentará significativamente o universo de casos apreciados pela Corte Interamericana.

De todo modo, a justicialização do sistema vem a responder a uma demanda crucial de efetiva garantia de direitos internacionalmente enunciados. No dizer de Norberto Bobbio, a garantia dos direitos humanos no plano internacional só seria implementada quando uma “jurisdição internacional se impusesse concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos.”<sup>34</sup>

Logo, é necessário que se avance no processo de justicialização dos direitos humanos internacionalmente enunciados. Como afirma Richard Bilder: “(...) As Cortes simbolizam e fortalecem a idéia de que o sistema internacional de direitos humanos é, de fato, um sistema de direitos legais, que envolve direitos e obrigações juridicamente vinculantes. Associa-se a idéia de estado de direito com a existência de Cortes independentes, capazes de proferir decisões obrigatórias e vinculantes.”<sup>35</sup>

As Cortes detêm especial legitimidade e constituem um dos instrumentos mais poderosos no sentido de persuadir os Estados a cumprir obrigações concernentes aos direitos humanos. No sistema regional interamericano, bem como no sistema regional europeu, as Cortes de Direitos Humanos (Cortes Européia e Interamericana) têm assumido extraordinária relevância, com especial “locus” para a proteção de direitos humanos<sup>36</sup>.

Em síntese, no que tange à justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, constitui extraordinário avanço<sup>37</sup> a exigir dos Estados o respeito a parâmetros protetivos mínimos de defesa da dignidade, de forma a impedir retrocessos e arbitrariedades, propiciando progressos no regime de proteção dos direitos humanos no âmbito interno, sob a inspiração de uma ordem que tenha a sua centralidade no valor da absoluta prevalência da dignidade humana.

---

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, op. cit. p. 25-47.

<sup>35</sup> BILDER, Richard. Possibilities for development of new international judicial mechanisms, In: Louis Henkin e HARGROVE, John Lawrence. Eds., *Human Rights: an agenda for the next century*, Washington, 1994, *Studies in Transnational Legal Policy*, n° 26, p. 326-327 e p. 334.

<sup>36</sup> Observe-se que, no sistema da ONU, não há ainda uma Corte Internacional de Direitos Humanos. Há a Corte Internacional de Justiça (principal órgão jurisdicional da ONU, cuja jurisdição só pode ser acionada por Estados); os Tribunais “ad hoc” para a Bósnia e Ruanda (criados por resolução do Conselho de Segurança da ONU) e o Tribunal Penal Internacional (para o julgamento dos mais graves crimes contra a ordem internacional, como o genocídio, o crime de guerra, os crimes contra a humanidade e os crimes de agressão). Por sua vez, no sistema regional africano, nos termos do Protocolo de 1997 à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1986, é previsto o estabelecimento de uma Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, a fim de complementar e fortalecer a atuação da Comissão Africana de Direitos do Homem e dos Povos.

<sup>37</sup> Este avanço assume relevância peculiar em vista das especificidades da região latino-americana. Com efeito, considerando que o processo de democratização na região – embora absolutamente necessário à vigência dos direitos humanos – é medida insuficiente para a plena observância destes direitos; considerando os desafios e dificuldades em se romper com a densa herança e o pesado legado dos regimes autoritários, bem como com as suas práticas; considerando a cultura da impunidade que ainda assola a região, os tantos casos de tortura, detenção arbitrária, execução sumária, julgamentos injustos, bem como o padrão de violação aos direitos de grupos socialmente vulneráveis; enfim, considerando a experiência latino-americana, pode-se afirmar que, com o intenso envolvimento da sociedade civil, o sistema interamericano constitui poderoso mecanismo para reforçar a proteção dos direitos humanos na região latino-americana.

# O IMPACTO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA RELAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO

*André de Carvalho Ramos\**

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno. 3. Como o Direito Interno vê o Direito Internacional. 4. Como o Direito Internacional vê o Direito Interno. 5. A primazia da norma mais favorável. 6. Conclusão: o que prevalece no conflito da norma internacional com a norma interna?

## **1. Introdução – A mudança do foco do debate: do Direito Interno para o Direito Internacional.**

A passagem dos dez anos da ratificação pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos é excelente oportunidade para rever as posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes sobre o impacto jurídico da Convenção no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>1</sup>

Tal análise é ainda mais necessária após o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos no final de 1998<sup>2</sup>, pois, a partir de então, o Brasil pode ser processado e condenado por uma Corte internacional por violação de direitos humanos.<sup>3</sup>

Assim, como o tema do impacto de um tratado internacional no direito interno é visto pelo prisma da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, pretendemos neste artigo tecer considerações breves sobre as correntes monistas e dualistas na doutrina e na jurisprudência brasileira, reconhecendo que tal debate é terreno já esgotado brilhantemente por outros autores.

---

\* André de Carvalho Ramos é procurador regional dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal no Estado de São Paulo, doutor em Direito pela USP, membro da International Law Association – Seção brasileira, membro do Centro de Estudos de Direito Internacional (Cedi) e professor adjunto de Direito Internacional da Universidade São Judas Tadeu.

<sup>1</sup> A adesão brasileira ao Pacto de San José foi concretizada por meio do Decreto Legislativo nº 27 de 28 de maio de 1992 e pelo Decreto Executivo nº 678 de 6 de novembro de 1992.

<sup>2</sup> A mensagem presidencial de nº 1070, encaminhada pelo Poder Executivo federal ao Congresso, solicitou a aprovação “para fazer a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do artigo 62 daquele instrumento internacional”. Mensagem 1070/98, de 8 de setembro de 1998. O Decreto Legislativo 89/98 foi publicado em 3 de novembro de 1998. O reconhecimento, então, foi feito por meio de nota transmitida ao secretário-geral da OEA no dia 10 de dezembro de 1998.

<sup>3</sup> Para análise específica do mecanismo interamericano de proteção de direitos humanos, focando comentários aos casos submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ver RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

Todavia, essas breves considerações sobre monismo e dualismo nos servirão para introduzir o tema do impacto de um tratado internacional no ordenamento jurídico pátrio na visão do Direito Internacional, trazendo a colação inúmeras passagens de decisões de tribunais internacionais<sup>4</sup>, inclusive da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, creio, irão surpreender vários leitores, pois são radicalmente diferentes do ponto de vista que tradicionalmente se discute na doutrina e nas decisões judiciais nacionais.

Após, verificaremos a possibilidade de complementaridade entre o Direito Internacional e o Direito Interno, por meio do recurso ao princípio da primazia da norma mais favorável. Assim, pretendemos demonstrar que a defesa dos direitos humanos é o que deve orientar o intérprete, não importando a origem da norma (se oriunda de fonte interna ou de fonte do Direito Internacional, como, por exemplo, um tratado internacional), devendo sempre prevalecer a norma mais favorável ao indivíduo.

Por fim, finalizaremos o presente estudo demonstrando que o debate deve fugir do seu eixo tradicional e já quase surrado. Assim, ao invés de debatermos qual é a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, ou seja, se o Egrégio Pretório é monista moderado ou não, devemos verificar qual é a visão do tema do Direito Internacional.

Logo, o presente estudo objetiva demonstrar que, após a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que realmente importa é verificarmos qual é a posição jurídica desta última Corte sobre o impacto jurídico da Convenção sobre o ordenamento jurídico brasileiro.<sup>5</sup>

## **2. A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno**

A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno é, costumeiramente, abordada pelos juristas pelo prisma único de “como o Direito interno vê o Direito Internacional”, sendo pouco abordado o outro lado da moeda, ou seja, de “como o Direito Internacional vê o Direito Interno”.

De fato, se o tema em questão trata da “relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno”, é forçoso reconhecer que, como uma verdadeira relação, há dois prismas de abordagem, ambos igualmente importantes.<sup>6</sup>

O primeiro prisma (“como o Direito interno vê o Direito Internacional”) esclarece a hierarquia normativa e o eventual processo de incorporação da norma internacional no Direito Interno.

Já o segundo prisma nos mostra qual é o valor das normas internas para o Direito Internacional, se o mesmo admite peso maior ou menor para uma norma constitucional ou para uma decisão interna transitada em julgado de uma Suprema Corte nacional, etc.

---

<sup>4</sup> Para maiores detalhes sobre os mecanismos unilaterais e coletivos de apuração de violações de direitos humanos, ver RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>5</sup> A Corte, aliás, já se pronunciou como iremos ver, em diversos casos, sobre ser essencial que o Estado cumpra seus compromissos internacionais, revendo, se necessário, sua visão sobre o impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos em seu ordenamento jurídico. Ver mais in RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

<sup>6</sup> Ver o estudo do tema da relação entre Direito Interno e Direito Internacional in SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público* – volume I. São Paulo: Atlas, 2002, em especial p. 203 e seguintes.

### 3. Como o Direito Interno vê o Direito Internacional

#### a) A necessidade de incorporação: a consagração do dualismo no Brasil

Em relação ao primeiro prisma, observo que o tema é estudado a partir de duas correntes doutrinárias, bem conhecidas no Direito Internacional, a saber, a corrente dualista e a corrente monista.

Em apertada síntese, caracteriza o monismo a possibilidade de aplicação direta e automática das normas de Direito Internacional pelos agentes do Poder estatal (autoridades administrativas, membros do Ministério Público e juízes).<sup>7</sup>

Já a corrente dualista exige uma transformação do Direito Internacional em Direito interno, através de norma legislativa interna, que incorporaria as regras de conduta expostas no instrumento internacional.<sup>8</sup> Assim, o Direito Internacional, para os defensores dessa corrente, não tem relação alguma com o nacional de um Estado, que só poderia invocá-lo após a incorporação da norma internacional, o que seria o mesmo que aplicar uma norma interna *tout court*.<sup>9</sup>

Como o prisma estudado da relação do Direito Internacional e o Direito Interno nesse momento é a visão interna do Direito Internacional (“como o Direito Interno vê o Direito Internacional”), é claro que a sede jurídica tradicional de verificação da opção entre monismo e dualismo, é, de regra, a Constituição de cada Estado (lei fundamental do Estado e regente, por conseguinte, da visão suprema interna da norma internacional).<sup>10</sup>

No Brasil, a praxe republicana de incorporação interna de tratados internacionais exige a aprovação do tratado pelo Congresso (fase do decreto legislativo) e a posterior promulgação do mesmo pelo Poder Executivo (fase do decreto executivo).<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Cite-se para a defesa do monismo, entre outras, a obra de KELSEN, Hans. “*Les rapports entre le droit interne et le droit international public*”, Recueil de Cours de L’Academie de Droit International, 1926, p. 14-231.

<sup>8</sup> Para a defesa do dualismo, cite-se TRIEPEL, Heinrich. “*Les rapports entre le droit interne et le droit international*, Recueil de Cours de L’Academie de Droit International”, 1925, p. 77-118.

<sup>9</sup> Ver in RODAS, João Grandino. *Tratados Internacionais*, São Paulo: RT, 1991, p. 17.

<sup>10</sup> Nesse sentido, sustenta o ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “*Desse modo, e para além da controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas, impõe-se reconhecer que, em nosso sistema normativo, é na Constituição da República que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao ordenamento doméstico brasileiro. Para esse efeito, a Lei Fundamental da República qualifica-se como a sedes materiae que se mostra essencial à identificação do procedimento estatal concernente à definição do momento a partir do qual as normas constantes de tratados internacionais passam a vigorar, com força executória, no plano do sistema jurídico nacional.*” Grifos do original retirados. Ver in Carta Rogatória 8.279-República Argentina. Ministro Celso de Mello, presidente.

<sup>11</sup> Nesse sentido, ensina o atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes Ferreira, então, que “*Ao contrário do sistema adotado na Alemanha, o Congresso Nacional aprova o tratado mediante a edição de decreto legislativo (CF, art. 49, I), ato que dispensa sanção ou promulgação por parte do presidente da República. Tal como observado, o decreto legislativo contém aprovação do Congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o presidente da República ratifique-o em nome da República Federativa do Brasil. Esse ato não contém, todavia, uma ordem de execução do tratado no território nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação. Com a promulgação do tratado através do decreto do chefe do Executivo recebe aquele ato a ordem de execução, passando, assim, a ser aplicado de forma geral e obrigatória*”. (grifo meu). Ver in FERREIRA, Gilmar Mendes. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 168. Ver sobre a incorporação dos tratados no Direito Brasileiro in MEDEIROS, Antonio Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

Com efeito, o Poder Judiciário brasileiro, ao interpretar a nossa lei fundamental, afirma, por meio da posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, que é necessária a incorporação interna das normas convencionais internacionais através de ato do Poder Legislativo e ato subsequente do Poder Executivo.

Como exemplo recente, cite-se que, na Carta Rogatória nº 8.279, o Supremo Tribunal Federal recusou-se a aplicar o Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, que já havia sido assinado, aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado, mas que não havia ainda sido promulgado por decreto do presidente da República.

Nos dizeres do douto relator ministro Celso de Mello, “*É que esse ato de direito internacional público, muito embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo presidente da República. Na realidade, o Protocolo de Medidas Cautelares (Mercosul) – que se qualifica como típica Convenção Internacional – não se incorporou definitivamente à ordem jurídica doméstica do Estado brasileiro, eis que ainda não se concluiu o procedimento constitucional de sua recepção pelo sistema normativo brasileiro*”.<sup>12</sup>

Com isso, acatou-se uma visão, no mínimo, próxima do dualismo, quando se exige a promulgação do tratado por decreto do Poder Executivo.

De fato, apesar de variados autores denominarem a opção do Egrégio Supremo Tribunal Federal de “monismo moderado”, defende Nádia de Araújo e Inês da Matta Andreiullo que “este sistema, de acordo com as teorias doutrinárias dominantes, só pode ser considerado dualista”.<sup>13</sup>

#### **b) A hierarquia normativa dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro**

Já em relação à hierarquia normativa (segundo ponto importante da visão do Direito Interno sobre o Direito Internacional – “como o Direito Interno vê o Direito Internacional”), observo que o estatuto normativo do tratado já incorporado internamente é de mera lei ordinária, conforme jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal.<sup>14</sup> Cabe lembrar que, con-

---

<sup>12</sup> Ainda, sustenta o douto relator, em verdadeira aula sobre monismo e dualismo: “*A questão da executoriedade dos tratados internacionais no âmbito do direito interno – analisado esse tema na perspectiva do sistema constitucional brasileiro, tal como resultou debatido no julgamento da ADI nº 1.480-DF, rel. min. Celso de Mello – supõe a prévia incorporação desses atos de Direito Internacional público ao plano da ordem normativa doméstica. Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo tenha sido qualificada por Charles Rousseau (Droit International Public Approfondi, p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), no plano do direito internacional público, como mera “discussion d’école”, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República*”. Grifos retirados do original. Ver in Carta Rogatória 8.279- República Argentina. Ministro Celso de Mello, presidente.

<sup>13</sup> Ver in ARAUJO, Nadia e ANDREIULLO, Inês da Matta. *A Internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos*, in ARAUJO, Nadia e BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *Os direitos humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.110.

<sup>14</sup> Sobre a visão do STF sobre o Direito Internacional, ver a preciosa obra de MAGALHAES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma visão crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

forme já tive a oportunidade de sustentar, “no Brasil, há patente omissão de nossa Constituição em face do status normativo interno tanto das normas internacionais convencionais, quanto das normas não-convencionais protetivas. A omissão do constituinte originário transferiu o ônus da decisão ao Poder Judiciário, que, interpretando a nossa lei fundamental, afirma, através da posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, que é necessária a incorporação interna das normas convencionais internacionais através de ato do Poder Legislativo e ato subsequente do Poder Executivo”.<sup>15</sup>

Com isso, para o Supremo Tribunal Federal “ (...) as normas previstas nos atos, tratados, convenções, ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Judiciário e promulgados pelo presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, de mesma hierarquia às leis ordinárias”.<sup>16</sup>

Logo, como conseqüência, não há a prevalência automática dos atos internacionais em face da lei ordinária, já que, para a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de conflito entre essas normas deve ser resolvida pela aplicação do critério cronológico (a normatividade posterior prevalece) ou pela aplicação do critério da especialidade.<sup>17</sup> Nesse sentido, sustentou Celso de Mello que “A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico –, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade (RTJ 70/333 - RTJ 100/1030 - RT 554/434).”<sup>18</sup>

No caso de tratados internacionais de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já houve por bem manter a posição vista acima quando analisou a Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada internamente em 1992<sup>19</sup>.

No tocante à prisão por dívida, expressamente proibida pela Convenção em seu artigo 7, item 7 com a exceção da obrigação alimentar<sup>20</sup>, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o dispositivo acima mencionado deveria ser subordinado ao texto constitucional brasileiro, que, em seu artigo 5º, inciso LXVII, menciona, além da obrigação alimentar também permitida pela

<sup>15</sup> Ver mais em RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>16</sup> Ver Adin nº 1480-3, medida liminar – rel. min. Celso de Mello, Informativo do STF, Brasília, Assessoria do STF, nº 48, 1996, p. 1.

<sup>17</sup> Na realidade, esta é a posição atual do STF, consolidada após o julgamento do recurso extraordinário nº 80.004/77. Como ensina Araminta Mercadante, “nas decisões mais recentes, o Supremo Tribunal Federal vem contrariando a doutrina dominante entre os internacionalistas brasileiros, no sentido de considerar o tratado internacional quanto aos seus efeitos equiparável à lei federal, e dentro dessa interpretação decidir que os tratados revogam as leis anteriores que lhes sejam contrárias, mas podem ser revogados pela legislação posterior.” Ver MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Processualística internacional e a Constituição de 1988* in CASELLA, Paulo Borba (coord.), *Contratos internacionais e o Direito Econômico no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1996, p.487.

<sup>18</sup> Ver in Carta Rogatória 8.279 – República Argentina. Ministro Celso de Mello, presidente, grifos do original foram retirados.

<sup>19</sup> Decreto legislativo nº 27/92 e promulgada pelo Decreto executivo 678/92.

<sup>20</sup> Art. 7, (7), “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Convenção, a hipótese do depositário infiel.<sup>21</sup>

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal comparou a Constituição Brasileira com a argentina, a qual, depois da reforma de 1994, consagrou expressamente a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos. Para a Corte Suprema brasileira, a diferença entre as duas Constituições demonstra que, quando o constituinte almeja estabelecer um *status* normativo diferenciado aos tratados de direitos humanos, ele assim o faz expressamente.<sup>22</sup>

Assim, mesmo que os atos internacionais incorporados internamente contenham disposições de proteção de direitos humanos, nada pode limitar a soberania do Estado-Nação na elaboração de sua Constituição. Tais atos devem, assim, sempre ser interpretados com as limitações impostas constitucionalmente.<sup>23</sup> Desta forma, o Supremo Tribunal Federal mantém o seu entendimento de superioridade da Constituição, mesmo diante da normatividade internacional relativa aos chamados direitos humanos.<sup>24</sup>

Todavia, tal entendimento do Supremo Tribunal Federal tem seus críticos. De fato, forte corrente doutrinária prega que a Constituição de 1988 incorporou automaticamente as normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, dotando tais normas de uma dignidade constitucional, por força do artigo 5º, parágrafo primeiro e segundo da Constituição.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Assim, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, “*Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica (“ninguém deve ser detido por dívida”, “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”), deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.*” STF, 2ª Turma, v.u., Habeas Corpus nº 73.044-2/SP - rel. Maurício Correia, julgamento de 19.03.1996

<sup>22</sup> Nos termos da decisão do excelso pretório, “Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil – à semelhança do que hoje estabelece a Constituição argentina de 1853, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, nº 22) — houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos.” Ver Supremo Tribunal Federal, RE 249.970-RS de 04 de agosto de 1999, relator min. Celso de Mello.

<sup>23</sup> STF, 2ª Turma, v.u., Habeas Corpus nº 73.044-2/SP - rel. Maurício Correa, Diário da Justiça, Seção I, publicado no dia 20 de setembro, p. 34.534, mencionado acima. Ainda, no julgamento da Adin nº 1480/DF, proposta pelo presidente da República contestando a constitucionalidade da Convenção 158 da OIT, consagrou o Supremo Tribunal Federal o entendimento da absoluta supremacia da Constituição Federal sobre todo e qualquer ato de direito internacional público celebrado pelo Estado brasileiro, sendo citados como precedentes RE 109.173-SP (RTJ 121/270). Ver Informativo do STF, Brasília, Assessoria do STF, nº 48, 1996, p. 1

<sup>24</sup> No caso da prisão civil do depositário infiel, mencione-se o julgamento do HC 72.131/RJ, *leading case* no Supremo Tribunal Federal. Concluído o julgamento do habeas corpus em que se discutia sobre a subsistência, ou não, em face do art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo...”) e da Convenção de San José da Costa Rica, da situação jurídica do devedor na alienação fiduciária em garantia e da possibilidade de ser ele preso, caso o bem alienado não seja encontrado ou não se ache na sua posse (DL 911/69, art. 4º), observamos que os ministros Marco Aurélio, relator originário, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence votaram pela concessão da ordem, ou seja, pela prevalência da Convenção Americana de Direitos Humanos; pelo indeferimento, votaram os ministros Moreira Alves, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Néri da Silveira, formando-se a maioria atual. O relator para o acórdão foi o Min. Moreira Alves. Ver HC 72.131-RJ, sessão de 22.11.95.

<sup>25</sup> No texto da Constituição: Art. 5º “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...* § 1.º *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.* § 2.º *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.*



Para essa corrente, o artigo 5º, parágrafo primeiro assegura a auto-aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que, se interpretado em consonância com o parágrafo segundo, assegura também a incorporação automática e ainda a hierarquia de norma constitucional<sup>26</sup> a dispositivos de direitos humanos inseridos em tratados ratificados pelo Brasil.<sup>27</sup>

Assim, como expõe Cançado Trindade, defensor da segunda corrente, não se pode legitimamente esperar que as disposições convencionais devam se subordinar à soluções de Direito Constitucional ou de Direito Público Interno.<sup>28</sup>

Postulamos uma compatibilização entre as duas correntes vistas acima, de modo a superar o abismo hoje existente entre os defensores da supremacia do ordenamento jurídico interno e os defensores da supremacia do ordenamento jurídico internacional auto-aplicável ou mesmo incorporado com estatuto constitucional. O ponto fulcral desta terceira corrente defendida aqui é a aceitação da compatibilidade das normas constitucionais com a normatividade internacional de proteção aos direitos humanos como presunção absoluta, em face dos princípios da Constituição de 1988. Isso porque a Constituição Brasileira atual, ao estabelecer um Estado Democrático de Direito e o apego à primazia dos direitos fundamentais da pessoa humana, não pode ser vista como obstáculo a uma maior proteção da pessoa humana, obtida em dispositivos internacionais.<sup>29</sup>

O Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, e possui como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como

---

<sup>26</sup> Ensina com rigor Flávia Piovesan que “A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais”. Ver in PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 89.

<sup>27</sup> Ver in TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. “A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos”. 182 Arquivos do Ministério da Justiça (1993), p. 27-54. No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. BASTOS, Celso e MARTINS, Yves Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989; ROCHA, Fernando Luiz Ximenez. “A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro” in 130 Revista de Informação Legislativa (1996), p. 77-81. Em sentido contrário, assinala Manoel Gonçalves Ferreira Filho a existência de duas classes de direitos e garantias fundamentais: aqueles previstos já na Constituição teriam *status* constitucional e aqueles previstos posteriormente nos tratados internacionais possuiriam *status* de mera lei ordinária. Segundo Ferreira Filho, então, “Assim sendo, as normas do Pacto de San José da Costa Rica, a que adere o Brasil, não prevalecem sobre o direito constitucional positivo brasileiro. Têm apenas a força de legislação ordinária. Em consequência, se o Brasil incorporar tratado que institua direitos ‘fundamentais’, estes não terão senão força de lei ordinária. Ora, se os direitos fundamentais outros têm a posição de normas constitucionais. Ou seja, haveria direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional, outro meramente legal.” Ver in FERREIRA FILHO, Manoel G. *Os direitos humanos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 99. Com a devida vênia, a aceitação da existência de dois tipos diferentes de direitos humanos contraria a própria posição brasileira na Conferência Mundial de Viena, na qual pregou-se a indivisibilidade dos direitos humanos.

<sup>28</sup> Em voto dissidente, o juiz Trindade estabeleceu que, “no se puede legitimamente esperar que dichas disposiciones convencionales se ‘adapten’ o se subordinen a las soluciones de derecho constitucional o de derecho público interno” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso El Amparo – Reparación, sentencia de 16 de abril de 1997. São José: Secretaría de la Corte, 1997. Voto dissidente, parágrafo 14.

<sup>29</sup> Gros Espiel esposa este entendimento salientando que, “si l’homme est l’objet et la finalité du droit, ...le droit interne et le droit international doivent obéir à cette même finalité”. GROS ESPIEL, Hector. “La Convention américaine et la convention européenne des droits de l’homme - analyse comparative.”, 218 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, (1989), p. 338.

a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A violação de direitos fundamentais da pessoa humana, antes de tudo, deve ser combatida pelo Estado brasileiro. Esse é o sentido da regra esculpida no artigo 5º, inciso XLI, pela qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Cabe ao intérprete, então, buscar a solução interpretativa que concilie o texto constitucional com a proteção maior inserida pela norma internacional.

Como exemplo de aplicação desta terceira corrente, cite-se a previsão de suspensão de garantias de direitos humanos em situações anormais ou de emergência nacional. De fato, tais situações podem pôr em perigo a continuidade do estado de direito, admitindo-se, temporariamente, restrições a direitos fundamentais da pessoa humana, permitindo a superação da crise.<sup>30</sup> A Constituição brasileira ocupa-se de tal tema no seu título V, denominado de “Da defesa do Estado e das instituições democráticas”, estipulando, neste título, as restrições a direitos da pessoa humana nas duas situações anormais admitidas, que são o estado de defesa e o estado de sítio.

No estado de defesa, admitem-se restrições a determinados direitos somente. O rol de medidas coercitivas é visto no artigo 136, inciso I e II e estipula-se nos parágrafos segundo e terceiro as limitações temporais e ainda as limitações quanto à prisão de pessoas por crimes contra o Estado. Já no tocante ao estado de sítio, a Constituição prevê um rol taxativo (tal qual no estado de defesa), quando o fundamento da medida excepcional for comoção grave de repercussão nacional ou quando constatada a ineficácia de um estado de defesa anterior. Por outro lado, quando o estado de sítio for decretado devido à declaração de guerra ou como resposta à agressão armada estrangeira, não há rol constitucional que delimite os direitos passíveis de restrições. Fica-se na dependência do conteúdo do decreto do Estado de Sítio, editado pelo presidente da República e aprovado necessariamente pelo Congresso.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, por seu turno, admite também tais restrições em seu artigo 4º, que possibilita a adoção de medidas de restrição e suspensão de direitos protegidos em face de situações excepcionais que ameacem a existência do Estado e sejam proclamadas oficialmente. Entretanto, há menção a um núcleo de direitos inderrogáveis, aos quais não se admite a aplicação das restrições típicas de situações anormais, que seria composto dos seguintes direitos fundamentais: direito à vida, direito à integridade pessoal, proibição da escravidão, direito a não ser preso por inadimplemento contratual, direito à irretroatividade da lei penal, direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu capítulo IV (“Suspensão de garantias, interpretação e aplicação”) estipula que, em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitado às exigências da situa-

---

<sup>30</sup> Ver sobre o tema, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Parecer Consultivo sobre o habeas corpus sob suspensão de garantias (arts. 27.2, 25.1 e 7.6), Parecer 8/87 de 30 de janeiro de 1987, Série A nº 8, 1987, e também Corte Interamericana de Direitos Humanos, Parecer Consultivo sobre as garantias judiciais nos estados de emergência (arts. 27.2, 25 e 8), Parecer Consultivo 9/87 de 6 de outubro de 1987, Série A nº 9, 1987.

ção, suspendam as obrigações constantes do Pacto de San José.

A Convenção, entretanto, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, estipula um núcleo de direitos inderrogáveis, sendo vedada a imposição de restrições ao mesmo. Compõem tal grupo os seguintes direitos: direito à vida, direito à integridade pessoal, proibição da escravidão, princípio da legalidade e irretroatividade da lei penal, liberdade de consciência de religião, proteção da família e do casamento, direito ao nome, direito da criança a medidas de proteção, direito à nacionalidade, direitos políticos e finalmente o importante item da impossibilidade de restrição das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu, em Parecer Consultivo, que os procedimentos de amparo e habeas corpus são garantias judiciais indispensáveis para a proteção de direitos humanos e sua suspensão está proibida pelo comando do artigo 27.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.<sup>31</sup>

Observa-se, assim, a aparente contradição entre a fixação de um núcleo inderrogável de direitos e a possibilidade constitucional de decretação de estado de sítio por guerra externa sem que haja limitações prévias de direitos a serem restringidos. A Corte Interamericana foi clara em seu parecer consultivo a respeito de um mínimo de direitos fundamentais a serem respeitados mesmo nas situações tidas como excepcionais.

Entretanto, a contradição é aparente apenas. A Constituição Brasileira, de acordo com o artigo 5º, parágrafo 2º, não exclui uma maior proteção ao indivíduo dada por tratados ou convenções internacionais.

O objetivo tanto da Constituição quanto da normatividade internacional é o mesmo: a proteção do ser humano. Destarte, a omissão do texto constitucional diante de um núcleo mínimo de direitos inderrogáveis no caso do estado de sítio fundamentado no art. 137, inciso II, não permite a interpretação de que um tratado incorporado ao nosso ordenamento que estabelecesse tal núcleo deva ser considerado inconstitucional.

Pelo contrário, a correta interpretação deve seguir o seguinte raciocínio: a Constituição não proibiu, caso fosse essa a vontade dos representantes do povo, a restrição ilimitada aos direitos da pessoa humana no caso do art. 137, II, em virtude de gravíssimo perigo ao Estado brasileiro. Mas como os representantes do povo já se manifestaram pela adesão ao Pacto de São José e ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, então, a proibição existe e é compatível com a ordem constitucional de 1988. Ou seja, não é necessário o recurso a teses de supremacia da normatividade internacional de direitos humanos diante da norma constitucional, já que ambas podem ser interpretadas em harmonia.

Outro exemplo da aplicação desta terceira corrente é o caso sempre citado da prisão civil do depositário infiel, permitido pela atual Constituição<sup>32</sup> e vedado pela Convenção America-

---

<sup>31</sup> Para o Parecer “*Por otra parte debe advertirse que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención*” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Parecer Consultivo sobre o habeas corpus sob suspensão de garantias (arts. 27.2, 25.1 e 7.6), Parecer 8/87 de 30 de janeiro de 1987, Série A nº 8, p 24.

<sup>32</sup> O texto constitucional brasileiro, em seu artigo 5º, inciso LXVII, menciona, além da obrigação alimentar também permitida pela Convenção, a possibilidade de existência da prisão civil na hipótese do depositário infiel.

na de Direitos Humanos (e bem como pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos). Os dois textos podem ser compatibilizados através da interpretação de seus comandos, apesar da opinião dissonante do Supremo Tribunal Federal que adota a primeira corrente vista acima.

Com efeito, a Constituição de 1988 não instituiu a prisão civil para o depositário infiel. Apenas possibilitou, caso o legislador assim o quisesse, o estabelecimento de tal sanção. Essa permissão constitucional não implica que necessariamente o legislador deva instituir a drástica sanção.

Tanto é que, no momento da decretação da prisão civil, o magistrado invoca os diplomas legais apropriados (anteriores mesmo à edição da Constituição) e não o texto constitucional. Só que em 1992, o legislador pátrio, ao incorporar o Pacto de San José (Convenção Americana), revogou todos esses diplomas legais anteriores. Não há necessidade de invocar possível alteração da Constituição por via da auto-aplicabilidade ou mesmo incorporação de normas de tratados internacionais. A mesma Constituição permite o aumento da carga protetiva ao indivíduo (artigo 5º, parágrafo 2º já mencionado) e a Convenção Americana de Direitos Humanos demonstra que o legislador quis revogar todas as normas legais permissivas da prisão civil do depositário infiel.

O entendimento visto acima já foi esposado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na análise das restrições à previsão da pena de morte contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos e o disposto na Constituição da Guatemala. Para a Corte, não é possível deduzir que a Constituição guatemalteca estipule a pena de morte para delitos comuns conexos aos delitos políticos, mas que unicamente não a proíbe. Logo, a Guatemala não está impedida a comprometer-se a mais perante a comunidade internacional. Segundo a Corte “*No puede deducirse de la reserva que la Constitución de Guatemala imponga la pena de muerte a delitos comunes conexos, sino únicamente que no la prohíbe. Pero nada hubiera impedido a Guatemala comprometerse a más en el orden internacional*”<sup>33</sup>

Com isso, no caso brasileiro, há verdadeira presunção absoluta de compatibilidade entre a norma internacional e a norma constitucional.

Porém, como estamos ainda analisando “como o Direito Interno vê o Direito Internacional”, em que pese as opiniões contrárias até mesmo no Supremo Tribunal Federal (vide o recente voto do ministro Sepúlveda Pertence, que adotou a tese da natureza “supralegal” do tratado de direitos humanos, o que impediria que lei posterior revogasse – *rectius*, suspendesse a eficácia – de tratado incorporado internamente anterior<sup>34</sup>), é dominante ainda na mais alta Corte do País a visão de que o tratado internacional tem estatuto normativo de lei ordinária federal e necessita de processo de incorporação.

---

<sup>33</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos, Parecer Consultivo sobre as restrições à pena de morte (art. 4.2 e 4.4), Parecer nº 3/83 de 8 de setembro de 1983, Série A nº 3, parágrafo 72, p. 42.

<sup>34</sup> Vide o voto do ministro Sepúlveda Pertence no RHC 79.78534, no qual o sustentou o preclaro ministro que: “*Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e.g., Memorial cit., ibidem, p. 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, em E. Boucault e N. Araújo (órgão), Os Direitos Humanos e o Direito Internos) – a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes*”. Ver RHC nº 79.785-RJ, Informativo do STF nº 187, acórdão pendente de publicação.

#### 4. Como o Direito Internacional vê o Direito Interno

##### a) Considerações gerais: O Direito Interno como mero fato

Quanto ao segundo prisma da relação do Direito Internacional e o Direito Interno (“como o Direito Internacional vê o Direito Interno”), observo que a prática reiterada dos Estados e das Cortes Internacionais é de considerar a norma interna um “mero fato”, que expressa a vontade do Estado.

Nesse sentido, cite-se a histórica decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional que estabeleceu que “*From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures*”.<sup>35</sup>

Ou seja, não se reconhece sequer o caráter jurídico das mesmas normas, uma vez que o Direito Internacional possui suas próprias fontes normativas e o Estado (sujeito primário do Direito Internacional, por possuir, além da personalidade jurídica, também capacidade legislativa) é considerado uno perante a comunidade internacional.

Com isso, o direito interno só será utilizado se norma internacional a ele fizer remissão, ou seja, como ensina o professor Guido Soares, “*os tribunais internacionais e os árbitros, somente aplicarão normas dos sistemas jurídicos nacionais à medida que elas sejam integrantes do sistema normativo internacional, em virtude da operação das fontes do direito internacional*”.<sup>36</sup>

Logo, para o Direito Internacional, os atos normativos internos (leis, atos administrativos e mesmo decisões judiciais) são expressões da vontade de um Estado, que devem ser compatíveis com seus engagements internacionais anteriores, sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente.

Conseqüentemente, um Estado não poderá justificar o descumprimento de uma obrigação internacional em virtude de mandamento interno, podendo ser coagido (com base na contemporânea teoria da responsabilidade internacional do Estado) a reparar os danos causados.

Tal entendimento deve estar nas mentes de todos os operadores do Direito Interno, em especial os membros dos órgãos de cúpula do Estado brasileiro.

Para ilustrar até a longevidade de tal visão no Direito Internacional, trago à colação o primeiro caso da extinta Corte Permanente de Justiça Internacional nos anos 20 do século passado. O navio Wimbledon, carregado de armas e que seriam destinadas à guerra civil polonesa, foi detido pelas autoridades alemãs do Canal de Kiel, por ofensa à neutralidade alemã estabelecida na Constituição de Weimar.

---

<sup>35</sup> Corte Permanente de Justiça Internacional. *Certain German interests in Polish Upper Silesia (Merits)*, julgamento de 25 de maio de 1926, P.C.I.J., Série A, nº 7, p. 19.

<sup>36</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público – volume I*. São Paulo: Atlas, 2002, em especial, p.203.

Ocorre que o livre-trânsito daquele Canal havia sido estabelecido por um tratado internacional, a saber, o Tratado de Paz de Versalhes. A Corte não titubeou e afirmou a necessidade do cumprimento do tratado, mesmo que isso acarretasse descumprimento de algum dispositivo normativo local. Nos termos da decisão da Corte: “*it is a generally accepted principle of international law that in the relations between Powers who are contracting Parties to a treaty, the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty*”.<sup>37</sup>

Assim, mesmo a norma constitucional de um Estado é vista não como “norma suprema”, mas como mero fato, que, caso venha a violar norma jurídica internacional, acarretará a responsabilização internacional do Estado infrator.

Outro significativo exemplo histórico de subordinação de norma constitucional a um tratado ocorreu no caso da norma do Artigo 61 (2) da Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919, que violava o Tratado de Versalhes, ao permitir a participação de delegados austríacos no Reichsrat alemão (o tratado proibia a união dos dois países). Após protestos da França, este dispositivo foi revogado pela Alemanha.

Outro caso historicamente célebre é relativo ao tratamento de nacionais poloneses e outras pessoas de origem polonesa no território de Danzig no qual a Corte Permanente de Justiça Internacional (antecessora da Corte Internacional de Justiça) afirmou que “*according to generally accepted principles, a State cannot rely, as against another State, on the provisions of the latter’s Constitution, but only on international law*”<sup>38</sup>

No caso do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cite-se o caso *Open Door and Dublin Well Woman* no qual a Corte Européia de Direitos Humanos foi obrigada a ponderar o direito à liberdade de expressão (publicidade do aborto legal inglês dirigida a irlandesas) e a proibição ao aborto previsto no artigo 40.3.3 da Constituição da Irlanda, tendo de julgar decisão da Corte Constitucional irlandesa (em favor da restrição da citada publicidade). A Corte Européia de Direitos Humanos considerou a citada decisão violatória ao direito à informação e expressão<sup>39</sup>.

A consequência de tal posicionamento para o atual estudo é que o Estado brasileiro não pode justificar o descumprimento de uma obrigação internacional de direitos humanos, alegando, para citar o caso da prisão do depositário infiel, a existência de norma constitucional ou mesmo utilizando em sua defesa a teoria da “separação dos poderes” e o respeito à posição reiterada do Supremo Tribunal Federal.

Para o Direito Internacional<sup>40</sup> tais justificativas são inócuas e desprovidas de razão.

<sup>37</sup> Corte Permanente de Justiça Internacional, S.S. Wimbledon, P.C.I.J., Serie A, nº 1, p. 29-30.

<sup>38</sup> Corte Permanente de Justiça Internacional, P.C.I.J., Series A/B, nº 44, p. 24-25.

<sup>39</sup> Tal decisão da Corte Européia suscitou polêmicas doutrinárias. Sobre o caso ver SUDRE, Frederic. “*L’interdiction de l’avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l’homme*”, 13 *Revue Française de Droit Constitutionnel* (1993), p. 216 e seguintes. Ver também COEHEN-JONATHAN, Gérard. “*Article 10*”, in PETTITI, Louis-Edmond; DECAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre. *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*. Paris: Economica, 1995, p. 367-408.

<sup>40</sup> Em relação ao nosso tema, é importante frisar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos adota essa linha de pensamento, que, como já vimos, é praticamente uniforme na prática dos Estados, dos tribunais arbitrais internacionais, etc.

As decisões judiciais internas, as normas constitucionais e todas as demais normas e atos internos são apreendidos pelo juiz internacional como meros fatos praticados pelo Estado, não importando qual foi o órgão interno realizador do mesmo (Supremo Tribunal Federal, membro do Poder Executivo, como um delegado da Polícia Federal, ou mesmo o Poder Constituinte Originário).

Em relação à jurisprudência da Corte Interamericana de Direito Humanos, cite-se o Caso Cesti Hurtado (Comissão vs. Peru). O Estado réu (Peru) alegou que o processo movido pela Comissão “desestabilizaria instituições constitucionalmente vigentes como o foro privativo militar e o foro comum”, o que chocar-se-ia com a Carta da OEA (Organização dos Estados Americanos). Aduziu ainda o Estado que um organismo integrado por pessoas estranhas à sociedade peruana não poderia questionar o ordenamento jurídico interno, reestruturado a partir de 1992.

A Corte, laconicamente, limitou-se a afirmar que tais argumentos não eram compatíveis com as obrigações internacionais contraídas pelo Peru, mostrando que as normas internas são fatos que, se ofensivos às obrigações internacionais, ensejam pronta reparação dos danos causados.<sup>41</sup>

Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi extremamente clara sobre “como o Direito Internacional vê o Direito Interno” no seu Parecer Consultivo nº 14, de 09 de dezembro de 1994, referente à interpretação dos artigos 1º e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Tal parecer é ainda mais importante porque contou, como veremos, com manifestação brasileira, marcada, infelizmente, pela visão equivocada da questão.

#### ***b) A prática internacional: o Parecer nº 14 da Corte Interamericana de Direitos Humanos***

Considero ser importante, neste momento, esmiuçar a visão do Direito Internacional sobre o Direito Interno analisando com pormenor um caso específico. Sendo assim, escolhi o parecer consultivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos de nº 14, exarado em 1994.

Escolhi tal parecer por três motivos: o primeiro, por se tratar de exercício de jurisdição consultiva, ou seja, desprovido de menções detalhadas sobre fatos e peculiaridades do caso concreto, mas eivado de considerações e explanações sobre o estágio atual do Direito Internacional. O segundo motivo é que o parecer em tela analisou a questão da violação da Convenção por norma constitucional (foi citado pela Comissão ao pedir o Parecer a violação da Convenção Americana de Direitos Humanos por norma constitucional peruana), tema que julgo ainda causar certo desconforto no Brasil. O terceiro motivo foi que se trata de posicionamento jurídico de uma Corte que irá julgar o Brasil no futuro, pois o Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos no final de 1998.

Logo, interessa saber de que modo a Corte comunga do entendimento, visto até o momento, sobre como o Direito Internacional vê o Direito Interno.

Conforme já analisamos em livro específico sobre o tema, ao qual fazemos remis-

---

<sup>41</sup> Ver *in* Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Cesti Hurtado – Exceções Preliminares, sentença de 26 de janeiro de 1999, Série C nº 49, parágrafo 37. Maiores comentários sobre o caso ver em RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

são<sup>42</sup>, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mediante comunicação datada de 08 de novembro de 1993, submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos solicitação de parecer consultivo sobre os artigos 4º, parágrafo 2, parte final e parágrafo 3 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Secretaria da Corte, mediante nota datada de 11 de novembro de 1993, e em cumprimento ao Regulamento da Corte, solicitou observações escritas sobre os temas implicados na consulta a todos os Estados Membros da Organização de Estados Americanos (OEA), assim como a todos os órgãos referidos no Capítulo X da Carta da OEA.

Obteve resposta dos governos do Peru, da Costa Rica e do Brasil (em sua primeira manifestação no âmbito consultivo), além de várias organizações não-governamentais e de professores, que se manifestaram como *amici curiae*.

A Comissão indagou à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os efeitos jurídicos de uma lei local violatória da Convenção. Além disso, perguntou quais são os deveres e responsabilidades dos agentes ou funcionários do Estado-parte da Convenção que promulga uma lei cuja aplicação por eles constitui uma manifesta violação da Convenção.

A Comissão justificou a solicitação de Parecer Consultivo pela alegação de que o artigo 140 da nova Constituição peruana constitui violação ao artigo 4º, parágrafos 2 e 3 da Convenção, por prever a aplicação da pena de morte para crimes que, sob a égide da Constituição anterior, não eram apenados dessa forma (havia permissão para que a legislação apenasse com a morte somente o crime de traição à pátria durante guerras externas, tal qual no Brasil.

Demonstrando o argumento, a Comissão citou a redação dos dispositivos respeitantes à matéria invocada: “*Artigo 235 (Constituição de 1979) – Não haverá pena de morte, exceto para a traição à pátria em caso de guerra externa*”.

Já a nova redação do dispositivo constitucional dispõe: “*Artigo 140 (nova Constituição peruana) - A pena de morte somente poderá ser aplicada ao crime de traição à pátria em caso de guerra externa, para o crime de terrorismo, de acordo com as leis e tratados em que o Peru é parte*”.

Por outro lado, o artigo 4º da Convenção Americana é claro: “*2. Nos países que não tenham abolido a pena de morte, ela somente poderá ser imposta aos crimes mais graves e em cumprimento de sentença prolatada por juízo competente e de acordo com lei que estabeleça tal punição, editada anteriormente à prática do crime. Tampouco a aplicação dessa pena será estendida para delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. A pena de morte não pode ser restabelecida nos países que tenham-na abolido*”.

O governo do Peru defendeu-se, por meio de observações escritas datadas de 29 de dezembro de 1993, com base em questões processuais<sup>43</sup> e, quanto ao mérito da solicitação, focou-se na constatação de que a Comissão, quando solicitou o parecer consultivo, em 9 de novembro de 1993, sequer tinha conhecimento do resultado do referendun que resultaria na adoção de novos

<sup>42</sup> Ver mais comentários sobre esse parecer em ver RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 439 e seguintes.

<sup>43</sup> Ver mais in RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 439 e seguintes.



preceitos sobre a pena de morte nacional (aprovando-os, diga-se de passagem...).

E também que a Comissão não atentara para a parte final do artigo 140 da nova Constituição do Peru, que estatui que a promulgação de novas normas sobre a pena de morte estaria sujeita à compatibilidade com as leis e os tratados em que o Peru é parte, fórmula que abrangeria a Convenção.

O governo do Brasil, por sua vez, manifestou que, em relação à primeira questão formulada, não houve, com a simples edição da Constituição peruana de 1993, violação de obrigações internacionais, pois, para tanto, seria necessário que as disposições fossem concretizadas. Além disso, “*o âmago do problema resolve-se pela teoria que cada Estado siga em matéria de hierarquia de leis*”.

Assim, ingressamos no tema em estudo.

A assertiva do Brasil (a solução do caso depende da visão de cada Estado “em matéria de hierarquia de leis”), com a devida vênia, demonstra uma certa incompreensão do que vem a ser a visão do Direito Internacional sobre o Direito Interno.

Conforme já sustentei em livro anterior, “*Repito aqui o que já deve ter ficado claro ao longo da explanação teórica anterior (...): não importa a visão que predomine em um Estado sobre o status normativo interno da Convenção (no Brasil, como já demonstrado, o Supremo Tribunal Federal entende que um tratado internacional tem o status normativo de lei federal ordinária). Caso uma lei interna, ou mesmo a Constituição, viole a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil será responsabilizado internacionalmente.*”<sup>44</sup>

E terá de reparar os danos causados.

Caso não o faça, alegando óbice de direito interno, o Brasil sofrerá as conseqüências negativas possíveis no estágio do Direito Internacional. E a conseqüência última dessa responsabilização deve ter ficado clara na análise do caso do Haiti: os demais membros da comunidade internacional, de acordo com prática cada vez mais freqüente, sancionam o Estado infrator.

Assim, como já afirmei: “*Os exemplos de sanções da comunidade internacional são numerosos. Algumas são oriundas de mecanismos unilaterais (por exemplo, da aferição da responsabilidade internacional do Estado por parte de outro Estado, em geral mais poderoso, como os Estados Unidos) e por isso mesmo são contestadas. Mas, outras são oriundas de mecanismos coletivos e por isso mesmo aceitas por quase todos os Estados da comunidade internacional. Os casos do Haiti, da Somália, da Líbia, da África do Sul dos tempos do apartheid, entre outros devem sensibilizar o operador do Direito brasileiro sobre a magnitude da questão que estamos tratando*”.<sup>45</sup>

Aliás, devemos sempre refletir que a lei maior brasileira, nossa Constituição, defende com ardor os direitos humanos e instituiu um Estado Democrático de Direito, que nunca poderá violar os direitos humanos internacionalmente protegidos de modo legítimo perante a nossa ordem interna. Há, como tentei demonstrar, perfeita compatibilidade entre nossa Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

---

<sup>44</sup> Ver mais in RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 444.

<sup>45</sup> Ver mais in RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 445.

Deve o operador do Direito sempre interpretar ambos os diplomas em harmonia, evitando a concretização da responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

Em relação à segunda questão apresentada, o Brasil declarou seu ponto de vista de que, sob a ótica nacional, os agentes e funcionários do Estado devem submeter-se aos ditames constitucionais, não podendo invocar convenções internacionais em que o Estado seja parte para descumpri-la. Para o Brasil, sob a ótica internacional, entretanto, a visão seria inversa.

É claro que o entendimento jurídico brasileiro adotou uma visão dualista do Direito Internacional. Ou seja, os ordenamentos jurídicos interno e internacional são estanques, podendo uma conduta legítima internamente ser considerada ilegítima internacionalmente, ou vice-versa.

De acordo com já sustentado, afirmo que *“Essa opção pela teoria dualista, que possui juristas renomados como defensores, não merece retoque. Entretanto, faltou ao entendimento brasileiro a clareza da opção pelo respeito aos compromissos internacionais na seara dos direitos humanos. Essa opção, friso novamente, já foi tomada pelo Brasil em todas as suas manifestações diplomáticas do pós-2ª Grande Guerra. A ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e o recente reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte demonstram isso.”*<sup>46</sup>

Ora, ao assim proceder, o Brasil, além de demonstrar seu desejo pelo alargamento da proteção a todos os indivíduos sob sua jurisdição, obteve também para si a garantia da imparcialidade e não-seletividade que só os mecanismos coletivos de apuração da responsabilidade internacional do Estado podem fornecer.<sup>47</sup>

Logo, é contraproducente tanto ao indivíduo quanto ao Estado brasileiro, que não haja a clara opção pelo respeito aos engajamentos internacionais.

Continuando a análise da manifestação brasileira, destaco que, além disso, alegando-se peculiaridades do caso peruano, salientou o Brasil a complexidade do problema, fonte de perplexidades, em duas indagações: *“Quem e como responderia no Peru, se esse país, sem denunciar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, viesse a condenar e executar alguém em virtude de terrorismo? Os constituintes que estabeleceram o artigo 140 da Constituição vigente (lembre-se que a mesma acabou por ser aprovada em referendo popular), os juízes que pronunciaram a sentença ou quem efetivamente a executou?”*

Novamente, faço remissão ao já exposto em obra anterior, na qual sustentei que, com isso, *“renegou-se a peculiar natureza da responsabilidade internacional do Estado a ser apurada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esses dois órgãos internacionais analisam a conduta do Estado, não sendo relevante qual de seus entes internos ou Poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário) foi o agente causador do dano. A resposta ao questionamento brasileiro é simples, então. Quer sejam os constituintes peruanos ou os juízes causadores do dano, será o Estado peruano tout court responsabilizado internacionalmente.”*<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Ver mais in RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 446.

<sup>47</sup> Para maiores detalhes sobre os mecanismos unilaterais e coletivos de apuração de violações de direitos humanos, ver RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>48</sup> Ver mais in RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 447.

Face ao exposto, o pronunciamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no citado Parecer foi devastador.

Em primeiro lugar, cabe salientar que, conforme já exposto por mim em livro anterior, “a Corte precisou que a questão formulada concernia aos efeitos jurídicos da lei no plano internacional, descabendo-lhe pronunciar sobre os efeitos no plano nacional, por tratar-se de matéria reservada ao direito nacional e, por conseguinte, afeta à jurisdição dos tribunais nacionais”.<sup>49</sup>

Ou seja, para a Corte, o que importa é o impacto jurídico da lei em face dos compromissos internacionais daquele Estado, para saber se o Estado cumpriu ou não seus engajamentos internacionais. Assim, a Corte estabeleceu que, de acordo com o Direito Internacional, todas os deveres assumidos devem ser cumpridos de boa-fé, e que a legislação nacional não pode ser invocada para justificar o descumprimento.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, aliás, enfatizou que essas regras constituem princípios gerais de Direito Internacional, tendo sido aplicadas pela Corte Permanente de Justiça Internacional e pela Corte Internacional de Justiça, mesmo em casos envolvendo disposições constitucionais.<sup>50</sup>

Conforme já expus anteriormente em obra específica, “a Corte concluiu que a promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar a Convenção constitui uma violação desta e, na hipótese de violar direitos e liberdades de titularidade de indivíduos determinados, gera a responsabilidade do Estado”.<sup>51</sup>

Assim, caso, por exemplo, o Brasil venha a descumprir o comando de uma sentença definitiva da Corte Interamericana em virtude de decisão de nosso Supremo Tribunal Federal, o Estado brasileiro será responsabilizado internacionalmente pela violação da obrigação de cumprir em boa-fé seus compromissos internos (no caso, o compromisso estabelecido no artigo 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos de cumprir as sentenças da Corte). Logo, nessa hipótese, resta saber qual seria a conseqüência de tal responsabilização.

Brevemente, para não fugir ao escopo do estudo, observo que há vários mecanismos sancionatórios e coercitivos à disposição da sociedade internacional para fazer um Estado infrator cumprir seus engajamentos internacionais (para lembrar caso recente nas Américas, é bom citar que o Haiti foi duramente sancionado pela ONU e pela OEA na ocasião do golpe contra o presidente Aristides em 1996).<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Ver mais in RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 448.

<sup>50</sup> A jurisprudência internacional é farta. Cito, entre outras decisões já mencionadas: Greco-Bulgarian “Communities”, Parecer Consultivo, 1930, P.C.I.J., Série B, n. 17, p. 32; Treatment of Polish Nationals and Other Persons, of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Parecer Consultivo, 1932, P.C.I.J., Série A/B, n° 44, p.24; Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Sentença, 1932, P.C.I.J., Série A/B, n° 46, p. 1676; e I.C.J. Pleadings, Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 de junho de 1947 (Case of the PLO Mission) (1988), parágrafo 47.

<sup>51</sup> Ver mais in RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 449.

<sup>52</sup> Vide Resolução 02/91, “Support of the Democratic Government of Haiti”, de 8 de outubro de 1991, e Resolução 3/92, “Restoration of Democracy in Haiti”, de 17 de maio de 1992. Além de todas essas medidas, é importante assinalar a criação de um Comitê ad hoc da OEA, que foi concebido para acompanhar a situação do Haiti e o cumprimento das suas resoluções.

## 5. A primazia da norma mais favorável

A análise da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno exige, agora, a sua contextualização em face da proteção internacional dos direitos humanos.

Nesse ponto, observo que o Direito Internacional dos Direitos Humanos desenvolveu um princípio para buscar solucionar eventual conflito entre a norma interna e a norma internacional: o princípio da primazia da norma mais favorável.

A chamada primazia da norma mais favorável significa que deve ser aplicada pelo intérprete necessariamente a norma que mais favoreça o indivíduo. Assim, a primazia da norma mais favorável nos leva a aplicar quer a norma internacional, quer a norma interna, a depender de qual seja mais favorável ao indivíduo.

Cabe lembrar que tal princípio é verdadeiro dispositivo convencional internacional, ou seja, é cláusula prevista em tratado internacional. Com efeito, o princípio da norma mais favorável é cláusula tradicional insculpida nos tratados internacionais de direitos humanos a impossibilidade de se invocar uma norma internacional para reduzir direitos já garantidos em outros tratados ou mesmo na legislação interna.

Para Cançado Trindade, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, encontra-se, então, superada a polêmica clássica entre monistas e dualistas.

Nas palavras do mestre, *“no presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do Direito Internacional ou do Direito Interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de Direito Internacional ou de Direito Interno”*<sup>53</sup>

Concordo com o mestre da Universidade de Brasília e atual presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, adicionando, apenas, que a polêmica “monista ou dualista” é típica da visão de “como o Direito Interno vê o Direito Internacional”, e como já abordado, interessa ao Direito Internacional Geral e também ao Direito Internacional dos Direitos Humanos justamente o oposto, ou seja, “como o Direito Internacional vê o Direito Interno”.

Para o Direito Internacional, então, não importa se o ordenamento local (leia-se Constituição) é dualista ou monista. Como já exposto, para o Direito Internacional deve o Estado sempre cumprir a norma internacional.

Ou seja, como já vimos, importa ao Direito Internacional apenas suas próprias fontes normativas. O Direito Interno só será utilizado se norma internacional a ele fizer remissão, conforme já visto acima.

E é isso o que ocorre no chamado princípio da primazia da norma mais favorável.

É o próprio Direito Internacional, por meio de cláusulas previstas em tratados internacionais, que possibilita a aplicação de norma interna, desde que mais favorável ao indivíduo.

De fato, essa cláusula de “primazia da norma mais favorável” é assaz comum em tratados de direitos humanos, nos quais firma-se, em geral, que as disposições da referida

<sup>53</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, vol. I, p. 434.

convenção não poderão ser utilizadas como justificativa para a diminuição ou eliminação de maior proteção oferecida por outro tratado.

Como exemplo, lembro que tal cláusula é encontrada no art. 5. 2 do Pacto das Nações Unidas sobre direitos civis e políticos, no art. 5º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no art. 60 da Convenção Européia de Direitos Humanos e no art. 29, b da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Artigo 29 b, da Convenção Americana de Direitos Humanos é bem ilustrativo: *“Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”*.

Com isso, concluo que a primazia da norma mais favorável em nada altera o panorama acima descrito. O Direito Internacional é quem estipula a possibilidade de se invocar norma interna mais protetiva. Usa-se, então, a norma interna, porque a norma internacional fez-lhe clara remissão, com visto no artigo 29 b, da Convenção Americana de Direitos Humanos, acima transcrito.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o princípio da norma mais favorável no parecer consultivo relativo à filiação compulsória de jornalistas em uma Associação. Nesse parecer, solicitado pela Costa Rica, estabeleceu-se que *“En consecuencia, si a una misma situación son aplicables al Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”*.<sup>54</sup>

Assim, conforme já expus anteriormente em livro sobre os mecanismos de apuração de violação de direitos humanos, *“A règle d’or de interpretação das normas de proteção internacional dos direitos humanos é a primazia da norma mais favorável ao indivíduo. Esta busca da maior proteção possível consta explicitamente dos tratados, na medida em que nos mesmos é mencionada a impossibilidade de interpretação do próprio tratado que exclua ou revogue proteção normativa maior já alcançada.”*<sup>55</sup>

## **6. Conclusão: o que prevalece no conflito da norma internacional com a norma interna?**

Ante o exposto, deve ter ficado claro que é o Direito Internacional quem determina a prevalência da norma, que, no caso da proteção de direitos humanos, é a norma mais favorável ao indivíduo.

Registro, sem me aprofundar por fugir ao escopo do estudo em tela, minha posição pessoal, ventilada em parte no livro sobre processo internacional de direitos humanos, da necessidade de uma releitura do princípio da primazia da norma mais favorável.<sup>56</sup>

De fato, há uma importante pergunta, muitas vezes olvidada: a norma é mais favorável a quem? Ao indivíduo, mas e se em determinado caso concreto – comum, diga-se –, dois

<sup>54</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos, Parecer Consultivo sobre a filiação obrigatória de jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), Parecer nº 5/85 de 13 de novembro de 1985, Série A nº 5, parágrafo 52, p. 31.

<sup>55</sup> Ver RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>56</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

direitos pertencentes a indivíduos distintos entram em colisão? Qual norma deve prevalecer? O princípio da primazia da norma mais favorável emudece.

Sendo assim, infelizmente, observo a insuficiência do princípio da primazia da norma mais favorável, justamente nos *hard cases*, nos quais dois direitos entram em colisão aparente. Como exemplo, fica extremamente penosa a aplicação do princípio da norma mais favorável, no caso de choque entre a liberdade de expressão e o direito à vida privada e intimidade.<sup>57</sup>

Ou ainda, como visto em recente feito perante o Supremo Tribunal Federal na análise de caso envolvendo a realização forçada (*manu militari*) do exame do DNA em ação de paternidade, quando foi necessário decidir entre o direito à integridade física do suposto pai e o direito da criança ao conhecimento seguro de sua própria ascendência, ambos os direitos já reconhecidos em diversos tratados internacionais.<sup>58</sup>

Não devemos considerar, contudo, tal conflito aparente como insuperável. Em face da insuficiência do princípio da norma mais favorável, entra em cena o princípio da ponderação de interesses, sabendo que a certeza da relatividade dos direitos fundamentais diante da necessária coexistência entre os mesmos devem servir de guia para o intérprete no momento da estipulação dos limites da proteção estipulada pelos direitos em concreto.

O que entendo essencial é esclarecer o dever do Estado brasileiro em respeitar seus compromissos perante a Convenção Americana de Direitos Humanos, sabendo que não poderá alegar, de modo lícito, qualquer óbice de Direito Interno (mesmo que constitucional) para cumprir os comandos daquele tratado, isso tudo no momento da comemoração dos dez anos da ratificação dessa Convenção pelo Brasil e com o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O cumprimento, então, em boa-fé, da Convenção Americana de Direitos Humanos, sem qualquer confusão sobre como o “direito interno vê o Direito Internacional” (que não importa, como visto) é a maior homenagem que o Estado brasileiro pode dar a esse diploma normativo internacional.

## **Bibliografia**

- ARAÚJO, Nadia e ANDREIULLO, Inês da Matta. *A Internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos*, in ARAÚJO, Nadia e BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *Os direitos humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BASTOS, Celso e MARTINS, Yves Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. vol. I.
- \_\_\_\_\_. *A interação entre direito internacional e o*

---

<sup>57</sup> Como exemplo, cite-se a proteção da vida privada e o direito à informação, já que o artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos amplia a proteção da vida privada para atingir a proteção da honra e da reputação, em face do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Entretanto, reduz a esfera da liberdade de expressão de outrem.

<sup>58</sup> Ver HC 71.374-4, in Informativo do STF, nº 207.

- direito interno na proteção dos direitos humanos*. 182 Arquivos do Ministério da Justiça (1993), p. 27-54.
- COEHEN-JONATHAN, Gérard. "Article 10", in PETTITI, Louis-Edmond; DECAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre. *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*. Paris: Economica, 1995, p. 367-408.
- FERREIRA FILHO, Manoel G. *Os direitos humanos fundamentais*. 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERREIRA, Gilmar Mendes. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GROS ESPIEL, Hector. *La Convention américaine et la convention européenne des droits de l'homme - analyse comparative*. 218 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, (1989), p. 338.
- KELSEN, Hans. *Les rapports entre le droit interne et le droit international public*, *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International*, 1926, p. 14-231.
- MAGALHAES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma visão crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MEDEIROS, Antonio Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Processualística internacional e a Constituição de 1988* in CASELLA, Paulo Borba (coord.), *Contratos internacionais e o Direito Econômico no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1996.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Processo internacional de direitos humanos. Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenez. *A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro* in 130 *Revista de Informação Legislativa* (1996), p. 77-81
- RODAS, João Grandino. *Tratados Internacionais*. São Paulo: RT, 1991.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público – volume I*. São Paulo: Atlas, 2002.
- SUDRE, Frederic. *L'interdiction de l'avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme*, 13 *Revue Française de Droit Constitutionnel* (1993), p. 216 e seguintes.
- TRIEPEL, Heinrich. *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International*, 1925, p. 77-118.





# A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

*Walter Claudius Rothenburg*

**Sumário:** 1. A necessária inserção no contexto internacional. 2. A nacionalidade e a cidadania. 3. A situação dos tratados no Direito Interno. 4. A prisão civil por dívida em face da Convenção Americana de Direitos Humanos. 5. Tribunal Penal Internacional: extradição, prescrição e penas de caráter perpétuo. 6. Conclusão

## **1. A necessária inserção no contexto internacional**

Uma análise parcial do reflexo do chamado “sistema (jurídico) interamericano” de direitos fundamentais no cenário constitucional brasileiro revela que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, insere-se em um paradoxo e, de certo modo, o reproduz: paradoxo relativo ao relevo do Direito Internacional no domínio dos direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira é uma típica Constituição nacional, tributária de uma visão clássica da soberania como atributo de um poder autóctone que se impõe como incontestável no plano interno e independente no plano internacional. Dificilmente se compreenderia o sentido e a dimensão de uma Constituição – e do próprio Estado – fora desse contexto. Ocorre que a realidade vem mudando sensivelmente nos últimos tempos: a tessitura dos relacionamentos internacionais adquiriu tamanho desenvolvimento e complexidade, que se estabeleceu uma inegável interdependência não apenas dos países (e de todos os demais sujeitos de Direito Internacional, desde empresas multinacionais a organizações internacionais e blocos regionais) entre si, mas deles com o próprio contexto internacional.

Eis uma faceta desse paradoxo: uma Constituição gerada sob inspiração de uma visão clássica de soberania, que, aos 14 anos de idade, gere um país continental e promissor num ambiente de intenso relacionamento internacional, onde se constrói e se utiliza uma idéia reformulada da soberania.

Mas que idéia é essa? Soberania é uma noção de algum modo – e inegavelmente, para países dependentes – relativizada. Não pode significar uma autonomia inquestionável, pois os Estados já não têm como optar entre participar ou não da rede de relações internacionais. O comércio (desde alimentos e medicamentos à tecnologia militar), o mercado financeiro, a circulação de informações, o turismo, etc. aparecem não como convites, mas como injunções. Curiosamente, entre o segundo e o terceiro milênios da era cristã (referências temporais que, também elas, relativizam-se, pois não são referências utilizadas por significa-

---

\* Walter Claudius Rothenburg é procurador da República. Professor de Direito Constitucional, mestre e doutor em Direito pela UFPR, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II.

tiva parcela do mundo, como a numerosa comunidade muçulmana, por exemplo), os Estados “independentes” recebem os termos de muitos “acordos” internacionais<sup>1</sup> como a um “contrato de adesão” levado ao paroxismo: não apenas as cláusulas são prefixadas, a própria adesão é compulsória.

Alguns desses acordos revivem alianças parciais, em que é preciso compor-se com aliados, tendo em vista que os outros Estados também realizam suas composições. O paradigma da comunicação internacional passa a ser o grupo e não mais o Estado individualizado, que, muito mais grave do que ser visto como “inimigo” (e seria um frágil inimigo), seria visto como um estranho, bizarro, avis rara. Existem, por outro lado, acordos de pretensões universalizantes. Acordos há, ainda, que não se pautam pela lógica da parcialidade e da oposição, ainda que firmados em âmbito regional (e não mundial), pois reproduzem documentos e perspectivas de outros congêneres; é este o caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (1969).

Tocante aos direitos fundamentais, essa cogência vem bem a calhar, na medida em que assimila a idéia de pautas mínimas que devem ser observadas por qualquer Estado para que seja reconhecido como tal. A limitação do poder constituinte originário é aqui ainda mais evidente.

## 2. A nacionalidade e a cidadania

Em um ponto clássico, a Constituição de 1988 mantém-se em horizontes limitados. Trata-se da cidadania, tão prestigiada no âmbito interno, mas que configura – na eloqüente perspectiva de Luigi Ferrajoli – o último bastião do preconceito, da flagrante violação à isonomia: “Na atualidade, ... a desigualdade passa essencialmente através do molde estatalista da cidadania, cuja definição com fundamento em pertinências nacionais e territoriais representa a última grande limitação normativa do princípio de igualdade jurídica”<sup>2</sup>. Os direitos fundamentais do cidadão norte-americano ou do europeu comunitário desfrutam de um reconhecimento e de uma implementação incomparáveis em relação ao cidadão africano, indiano, sul-americano, por exemplo: levar a sério os direitos fundamentais quer dizer ter coragem de dissociá-los da cidadania: tomar consciência de que a cidadania de nossos países ricos representa o último privilégio de status, o último resíduo pré-moderno das diferenciações pessoais, o último fator de exclusão e de discriminação, e não – como aconteceu na origem dos Estados modernos – de inclusão e igualação, a última contradição incompatível com a proclamada universalidade dos direitos fundamentais<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002, considerando décimo; Caso Gallardo Rodríguez, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de fevereiro de 2002, considerando sexto; e Caso Gallardo Rodríguez, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de fevereiro de 2002, considerando sétimo.

<sup>2</sup> Cfr. Caso de Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiano na República Dominicana, Medidas Provisórias. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de setembro de 2000. Série E nº 3, considerando quarto; e Caso de Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiano na República Dominicana, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de agosto de 2000. Série E nº 3, considerando oitavo.

<sup>3</sup> Nações Unidas, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. Regras mínimas para o tratamento dos reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, celebrado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social em suas resoluções 663C (XXIV) de 31 de julho de 1957 e 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977, regra número 7.1).

O pórtico do capítulo sobre os direitos e deveres individuais e coletivos da Constituição Brasileira refere-se “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País” (artigo 5º, caput), excluindo do texto os estrangeiros de passagem, que não são passageiros da condição humana, mas portadores definitivos de idêntica dignidade<sup>4</sup>. Ignora-se, ademais, tanto o passado de colonização (que muito deve ao imigrante) quanto a vocação turística de nosso belo e colorido País. Felizmente, a mesquinhez do texto é tão gritante que a interpretação cedo encarregou-se de remediá-lo<sup>5</sup>.

O direito de eleger é exclusivo dos brasileiros, pois é expressamente vedado o alistamento eleitoral dos estrangeiros (artigo 14, § 2º). Se o direito a ser eleito talvez se justifique – assim como o acesso a determinados cargos, o desempenho de determinadas atividades e o direito de propriedade em certas situações<sup>6</sup> – como patrimônio cultural e jurídico da brasilidade, o simples direito de participar das escolhas político-administrativas já não tolera restrição que tal. Note-se que a União Européia defere aos estrangeiros residentes (aos nacionais dos Estados da União Européia residentes em outro Estado da União), desde o Tratado de Maastricht (1992), o direito de votar nas eleições locais (municipais)<sup>7</sup>. É preciso alterar o texto da Constituição Brasileira nessa parte<sup>8</sup>. Temos sustentado que o plebiscito e o referendo permitem a participação dos estrangeiros residentes, à falta de proibição expressa em sentido contrário (Lei 9.709/1998)<sup>9</sup>, presumindo-se o direito de cidade.

A extradição em face do Tribunal Penal Internacional – aparentemente vedada em relação aos nacionais (artigo 5º, LI) – será abordada especificamente mais adiante.

### 3. A situação dos tratados no Direito Interno

E mais um paradoxo suscita a Constituição Brasileira. Antiquada na questão da assimilação e da estatura dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno, a Constituição estabelece que os tratados precisam, depois de firmados pelo Poder Executivo, ser aprovados pelo Legislativo com um procedimento semelhante ao das leis ordinárias (por meio de um decreto legislativo) e, novamente, remetidos ao Executivo para a edição de decreto de promulgação. Valerão, então, os tratados, como leis ordinárias, revogando as anteriores incompatíveis e podendo, a qualquer tempo, ser revogados por leis ordinárias supervenientes. Apenas aqui residiria um contra-senso: como suportar que o tratado internacional, portador de sérios e intrincados compromissos multilaterais no âmbito internacional, possua a mesma posi-

---

<sup>4</sup> Cfr. Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002, considerando quarto; Caso Gallardo Rodríguez, Medidas Provisórias. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de fevereiro de 2002, considerando quinto; Caso do Journal *La Nación*, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 6 de dezembro de 2001, considerando quarto; e Caso do Journal Periódico *La Nación*, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de setembro de 2001, considerando quarto.

<sup>5</sup> Celso Ribeiro BASTOS, por exemplo, estende a proteção dos direitos fundamentais a “*todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira*” (*Curso de direito constitucional*, p. 281).

<sup>6</sup> Veja-se a relação dos “direitos reduzidos para os estrangeiros” em André Ramos TAVARES, *Curso de direito constitucional*, p. 534-535. Observe-se que a Emenda Constitucional 36, de 28 de maio de 2002, diminuiu a restrição de propriedade de empresas jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, permitindo que também sejam proprietárias “pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País” (nova redação do artigo 222 da Constituição).

<sup>7</sup> Louis FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, p. 490-491.

<sup>8</sup> Como se deu com a Constituição francesa de 1.958: Louis FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, p. 490-491.

<sup>9</sup> É essa também a opinião de Hely Lopes MEIRELLES (*Direito municipal brasileiro*, 1994, p. 63), para quem a qualificação dos votantes não se confunde com a eleitoral e “a consulta plebiscitária não decorre do direito de cidadania, razão pela qual podem votar até estrangeiros residentes na área interessada”.

ção hierárquica da lei ordinária, produzida, às mais das vezes, com muito menor relevo, comprometimento e complexidade, no ambiente político-partidário doméstico?

Estabelece a mesma Constituição, todavia, que os “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” podem incluir direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, § 2º). Estes, como é usual, beneficiam-se de um regime e de uma doutrina de reforço (por exemplo: imunes de amesquinamento por reforma constitucional, fazendo parte das “cláusulas pétreas”: artigo 60, § 4º, IV; interpretados de modo a evitar que sofram retrocesso<sup>10</sup>). Como poderiam normas (de origem internacional) que estabelecem direitos fundamentais estar em plano idêntico ao de qualquer lei ordinária?

É conhecida a avançada tese que sustenta possuírem tais tratados valor de normas constitucionais e serem automaticamente incorporados ao Direito Interno, distinguindo-se dos demais tratados internacionais (Flávia Piovesan<sup>11</sup>). Eventual modificação do regime jurídico dado por esses tratados somente seria possível por via de emenda constitucional e ainda assim de modo bastante limitado, é dizer, não tolerando amesquinamento posterior.

Sustentamos que a incorporação desses tratados ao ordenamento pátrio ocorre de modo usual, tal como previsto para qualquer outro tratado (aprovação pelo Legislativo nos moldes da lei ordinária e promulgação pelo Executivo). Essa tese preocupa-se com a legitimidade (interna) das normas oriundas do Direito Internacional, tendo em vista que os tratados são firmados pelo Poder Executivo, mas a repercussão é própria de atos normativos. Cria-se, assim, uma assimetria em relação à forma de modificação de tais normas sobre direitos fundamentais, sempre mais gravosa, nos moldes de reforma constitucional. A virtude dessa proposta está em facilitar o aperfeiçoamento do leque de direitos fundamentais, os quais, uma vez assimilados, não poderiam ser diminuídos mais tarde.

Uma interpretação mais contida prefere a simetria e exige desde logo, para a incorporação dos tratados sobre direitos fundamentais, um procedimento semelhante ao da reforma constitucional, que garante desde logo uma posição hierárquica superior às normas internas de conversão. À vantagem da garantia contrapõe-se o problema da dificuldade procedimental.

#### **4. A prisão civil por dívida em face da Convenção Americana de Direitos Humanos**

A tese avançada da equiparação dos tratados internacionais sobre direitos humanos às normas constitucionais foi suscitada por ocasião da discussão acerca da prisão civil por dívida (com base na Convenção Americana de Direitos Humanos) e poderá voltar a sê-lo ao se discutir a extradição de brasileiro em face do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma, 1998).

A Constituição Brasileira veda a prisão civil por dívida, com duas exceções: o devedor de alimentos e o depositário infiel (artigo 5º, LXVII). Ocorre que a Convenção Americana, devidamente internalizada no Direito brasileiro, admite apenas a prisão civil do devedor de alimentos (artigo 7º.7). O Judiciário começava a repelir a possibilidade de prisão civil de depositário infiel, especialmente em casos de arrendamento mercantil (leasing). Aparentava tratar-se de um conflito entre normas constitucionais – a norma constitucional originária e aquela oriunda da Convenção Americana (tratado sobre direitos fundamentais) – que evoca a temida situação de “norma constitucional inconstitucional” e desafia o princípio hermenêutico da uni-

<sup>10</sup> Walter Claudius ROTHENBURG, *Direitos fundamentais e suas características*, p. 156-157.

<sup>11</sup> *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, pp. 82-83 e 110-111.

dade hierárquico-normativa da Constituição<sup>12</sup>.

Há quem situe a questão no plano infraconstitucional, para chegar a idêntico resultado em prol dos direitos fundamentais. Essa tese defende que a Constituição abre duas possibilidades de prisão civil, como o máximo admissível, devendo a legislação infraconstitucional regulamentar o tema. Na festejada tipologia de José Afonso da Silva, estar-se-ia diante de norma constitucional de eficácia limitada, definidora de princípio institutivo.<sup>13</sup> Cronologicamente, a autorização para a prisão civil do depositário infiel (prevista no artigo 1º do Decreto-Lei Nº 911, de 1º de outubro de 1969, sobre alienação fiduciária) teria sido revogada pelo Decreto Legislativo Nº 27, de 26 de maio de 1992 (que aprovou a Convenção Americana), tudo em nível de lei ordinária: “*Quando o Pacto de São José ingressou no sistema brasileiro, após ratificação pelo Congresso Nacional e publicação pelo Presidente da República, o decreto legislativo operou alteração na lei ordinária, não na Constituição Federal. Houve revogação da norma infraconstitucional que permitia a prisão do depositário infiel por dívida.*” (Luiz Alberto David Araujo<sup>14</sup>).

A primeira solução é cercada de maiores garantias, na medida em que oferece uma solução no altiplano das normas constitucionais, evitando retrocessos. A perigosa tese das “normas constitucionais inconstitucionais” é superada pela invocação do singelo fenômeno da substituição de uma norma constitucional originária por outra oriunda de tratado, mas com valor constitucional, porque relativa a direito fundamental (ou seja: conflito cronológico resolvido por revogação, a favor do direito fundamental, pelo que não há atentado à cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, IV).

Lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal deu à questão uma solução tradicional, patrimonialista, conferindo à Convenção Americana valor de mera lei ordinária, que não pode sobrepor-se à clareza do texto constitucional:

A ordem constitucional vigente no Brasil – que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) – não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. Precedentes.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de subordinar-se, no plano hierárquico-normativo, à autoridade da Constituição da República, não podendo, por isso mesmo, contrariar o que dispõe o art. 5º, LXVII, da Carta Política, também não derogou – por tratar-se de norma infraconstitucional de caráter geral (*lex generalis*) – a legislação doméstica de natureza especial (*lex specialis*), que, no plano interno, disciplina a prisão civil do depositário infiel. (RHC 80.035-SC, Rel. min. Celso de Mello, DJ de 17 de agosto de 2001)

## **5. Tribunal Penal Internacional: extradição, prescrição e penas de caráter perpétuo**

A discussão pode voltar à tona com a adesão do Brasil ao Tratado de Roma, que

---

<sup>12</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional*, pp. 226-227 e 234-236; Luís Roberto BARROSO, *Interpretação e aplicação da constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 187-198.

<sup>13</sup> Aplicabilidade das normas constitucionais, especialmente p. 110 e s.

<sup>14</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 149-150.

instituiu o Tribunal Penal Internacional. Isso porque o Tribunal tem competência para julgar perpetradores de crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão (além dos crimes contra sua própria administração de justiça<sup>15</sup>), independentemente da nacionalidade, e a Constituição Brasileira veda peremptoriamente a extradição de nacionais (artigo 5º, LI: “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”).

Novo conflito (aparente), que envolve não apenas a norma constitucional e a oriunda de tratado, mas entre normas constitucionais originárias: o artigo 5º, LI, e o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabelece: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.” A interpretação que aqui se sugere a este dispositivo é generosa: ao referir-se metonimicamente ao órgão, ele está a significar a jurisdição, e não uma única (exclusiva) – visto que, à época da promulgação da Constituição de 1988, já se sabia da existência de diversos tribunais internacionais que apreciavam questões de direitos fundamentais, como a Corte Internacional de Justiça, em Haia, da Organização das Nações Unidas, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em São José, instituída pela Convenção Americana de Direitos Humanos –, mas no sentido da plena proteção jurisdicional dos direitos fundamentais:

a persecução penal é considerada um dever fundamental do Estado especialmente necessária para a prevenção de crimes contra os direitos humanos, na medida em que os violadores de direitos humanos não mais terão a certeza da impunidade.

A investigação de fatos e a persecução criminal dos responsáveis por violações de direitos humanos é considerada essencial para cumprir tal tarefa, como decorrência da obrigação de assegurar o respeito aos direitos humanos. (André de Carvalho Ramos<sup>16</sup>)

Já a interpretação que se prefere ao artigo 5º, LI, da Constituição, é no sentido de que a noção de extradição é forjada no contexto das jurisdições estatais, enquanto o Tribunal Penal Internacional é órgão supranacional, conciliador das diversas soberanias. O Brasil não poderia entregar um nacional para que fosse julgado por outro Estado, em desconformidade com o artigo 5º, LI – isso seria extradição; mas poderia encaminhar um nacional para ser julgado por um órgão (supra-estatal) do qual o próprio Brasil faz parte – trata-se do instituto da entrega. Como preleciona André de Carvalho Ramos:

A extradição é termo reservado ao ato de cooperação judicial entre Estados soberanos. Já o surrender (ato de entrega) é utilizado no caso específico de cumprimento de ordem de organização internacional de proteção de direitos humanos, como é o caso do Tribunal Penal Internacional.

... Como o brasileiro não estaria sendo remetido a outro Estado, mas sim a uma organização internacional (o Tribunal Penal Internacional) que representa a comunidade dos Estados, não haveria impedimento algum<sup>17</sup>.

Supera-se, assim, o conflito entre normas constitucionais, em prol dos direitos funda-

<sup>15</sup> André de Carvalho RAMOS, *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, p. 254.

<sup>16</sup> *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, p. 258-259.

<sup>17</sup> *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, p. 270.

mentais (inclusive os das vítimas).

O paradoxo assume, aqui, os contornos da “soberania delegada”.

Há, porém, dispositivos do Estatuto do Tribunal Penal Internacional que efetivamente não se coadunam com a Constituição Brasileira. Os crimes de competência desse tribunal são tidos por imprescritíveis. A Constituição Brasileira, por sua vez, adota o princípio – corrente no Direito Criminal – da prescritibilidade dos crimes<sup>18</sup>. Com efeito, a imprescritibilidade é excepcional e expressamente indicada, do que dão exemplos os artigos referentes ao crime de racismo (artigo 5º, XLII) e à ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, XLIV), bem como – e agora no âmbito extracriminal inclusive – ao ressarcimento decorrente de ilícitos que causem prejuízos ao erário (artigo 37, § 5º)<sup>19</sup>.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional também prevê, dentre as sanções, a prisão perpétua, que é abominada explicitamente no artigo 5º, XLVII, “b”, da Constituição Brasileira: (não haverá penas) “de caráter perpétuo”. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada antes da Constituição de 1988, no sentido de não exigir do Estado requerente, para efeito de extradição, a comutação da pena de caráter perpétuo<sup>20</sup> (ao contrário do que se dá com a pena de morte ou corporal, que deve – nos termos da Lei 6.815/1980 – ser comutada em pena privativa de liberdade), não se sustenta.

A Constituição não restringe essas garantias à jurisdição estatal, pelo que não se trata de obstáculo vinculado à extradição e, assim, superável com a invocação do instituto da entrega. Trata-se, isto sim, de garantias de direitos fundamentais, que contemplam o indivíduo em face de qualquer jurisdição. Como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional não admite a adesão sob reserva (artigo 120), o comprometimento do Brasil na órbita internacional somente poderá corresponder a uma vinculação limitada, prevalecendo o dito constitucional.

A lógica da interpretação está em que o tratado, nesses pontos, acaba por atingir insuportavelmente os direitos fundamentais dos acusados e condenados. O paradoxo está em, a pretexto de promover a proteção (internacional) dos direitos fundamentais, atingi-los (por via reflexa) além do razoável. É ferido o mito do bom tratado, que supõe normas de Direito Internacional mais favoráveis aos direitos fundamentais – o que nem sempre se verifica. Importa manter atenção: o que se prestigia não é a norma de Direito Internacional, pelo simples fato de representar um (mais uma vez suposto) consenso da comunidade dos Estados; o que se tem em vista é a promoção dos direitos fundamentais, que costuma ser mais avançada no âmbito internacional, mas que pode, eventualmente, ser aviltada em detrimento da proteção conferido pelo Direito interno. Como assevera Flávia Piovesan, “no plano de proteção dos direitos humanos interagem o Direito Internacional e o Direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana”<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Vejam-se os artigos 107 e seguintes do Código Penal brasileiro. Na doutrina: Luiz Regis PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*, p. 568; Claude LOMBOIS, *Droit penal general*, p. 148.

<sup>19</sup> Emerson GARCIA e Rogério Alves PACHECO, *Improbidade administrativa*, p. 420-421.

<sup>20</sup> Extradição 426 (EUA), rel. Min. Rafael Meyer, DATA 1.985; Extradição 693 (Alemanha), rel. Min. Maurício Corrêa, DATA. Referências parcialmente colhidas de André de Carvalho RAMOS, *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, p. 273-274.

<sup>21</sup> *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 122. A autora, contudo, parece ser partidária da primazia do Direito Internacional. Em outras passagens, a construção utilizada é no sentido da “prevalência da norma mais favorável à vítima” (exemplo: ob. cit., p. 123; destacamos).

## 6. Conclusão

Este aniversário de dez anos da internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos oferece ocasião para refletirmos sobre a repercussão do Direito Internacional relativo aos direitos fundamentais no Direito interno, à luz da Constituição Brasileira de 1988. Importa é a promoção dos direitos fundamentais, que costuma ser avançada pelos tratados específicos, mas que pode estar melhor assegurada na própria Constituição. Supera-se, portanto, a discussão acerca da prevalência da norma internacional sobre a interna (ou vice-versa) – que é uma discussão de continente – pela promoção dos direitos fundamentais – que é uma discussão de conteúdo.

## Bibliografia

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Júnior, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- FAVOREU, Louis (Coord.). *Droit constitutionnel*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- LOMBOIS, Claude. *Droit penal general*. Paris: Hachette, 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 245-289.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos em juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Processo internacional de direitos humanos. Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais e suas características*. Revista de direito constitucional e internacional, n. 30, São Paulo, jan./mar. 2000, p. 146-158.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- WEIL, Prosper. *O direito internacional no pensamento judaico*. São Paulo: Perspectiva, 1985.



# O BRASIL ANTES E DEPOIS DO PACTO DE SAN JOSÉ

*Luciano Mariz Maia\**

**Sumário:** 1ª Parte. O surgimento do direito internacional dos direitos humanos. Origens e bases do sistema interamericano de direitos humanos. Funções principais de sistemas internacionais de direitos humanos: definição de parâmetros mínimos; monitoramento de sua implementação (relatórios, investigação em visitas *in loco*, exame de petições e comunicados); funções educativas. 2ª Parte. O Brasil e o sistema interamericano. Os militares no banco dos réus. Influência do DIDH e do Pacto de San José na restauração democrática: a Constituição cidadã. Ratificação do pacto: adesão na lei, violação nos fatos – os civis no banco dos réus. Nova postura democrática: aceitação da jurisdição da Corte Interamericana; reconhecimento e conciliação nos casos de violação. Criação de “Comissão de Tutela”, para busca de soluções amistosas, e eficaz cumprimento das decisões da Corte. O pacto e o impacto no Judiciário. Conclusões

## **1ª Parte. O surgimento do direito internacional dos direitos humanos**

1. Os horrores da 2ª Guerra Mundial são ordinariamente lembrados para explicar a tomada de consciência das sociedades democráticas em instituir mecanismos que servissem para prevenir a repetição de acontecimentos tão funestos, causadores de gravíssimas violações aos direitos dos povos. Se toda guerra, por si mesma, causa destruição, o conflito armado que se travou entre os países do Eixo e os países Aliados evidenciou a inexcedível capacidade humana de destruição, sendo o holocausto o exemplo acabado disto. Milhões de judeus, ciganos, homossexuais e outros grupos foram dizimados pelos nazistas e fascistas. Mas para além dos números, o modo como se deu a destruição em massa revelou a torpeza de autoridades públicas, quando disponibilizados em seu favor instrumentos de poder.

2. A Liga das Nações demonstrou pouca eficiência na prevenção de conflitos. Para dizer o mínimo, as grandes potências sequer aderiram a seu instrumento de constituição.

As Nações Unidas, criadas em 1945, tinham precisamente a função de promover e preservar as relações harmônicas entre as Nações, sendo incluída entre as suas funções o papel de promover e proteger os direitos humanos.

Como a Carta das Nações Unidas – tratado multilateral – não continha nenhuma definição do que fossem os mencionados direitos humanos, coube à própria Organização das Nações Unidas (ONU) cuidar de aprovar uma declaração, que explicitasse seu significado.

---

\* Luciano Mariz Maia é procurador regional da República. Mestre em Direito Público pela Universidade de Londres (Concentração em Direitos Humanos), doutorando pela UFPE e professor de Direitos Humanos na Universidade Federal da Paraíba.

Isto se deu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Assembléia Geral em 10 de Dezembro de 1948.

A Declaração Universal é da mais absoluta relevância, posto que estabeleceu de modo definitivo o processo de internacionalização dos direitos humanos, além de articular os direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais. Mas a Declaração não era um tratado, e não tinha força vinculante, ao momento de sua adoção. Daí a necessidade de adoção de atos internacionais com força normativa, de modo a gerar obrigações para os Estados partes, conduzindo a maior observância dos preceitos referidos na Declaração Universal.

### **Origens e bases do sistema interamericano de direitos humanos**

3. Contemporânea da idéia de formação de uma organização internacional, que cuidasse das relações harmônicas entre todos os países do mundo, e também da causa dos direitos humanos, floresceu a idéia de formação de organizações de cunho regional, aproveitando as experiências históricas comuns, e, de certo modo, uma maior aproximação política, econômica, social e cultural, de modo a tornar mais efetivos os preceitos previstos em atos internacionais de que fizessem parte os Estados integrantes da região.

Aliás, havia mesmo um certo temor, entre os países latino-americanos, que a ONU tentasse abafar e sufocar suas iniciativas coletivas regionais, sobrepondo-se inteiramente aos laços históricos e tradicionais já mantidos no continente americano, desde a conferência de Washington, de 1889 a 1890<sup>1</sup>.

Assim, na Nona Conferência Internacional Americana, realizada em abril de 1948, em Bogotá, os Estados ali representados assinaram a Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA, em 1948, a qual entrou em vigor em 1951.

Nesse tratado internacional, entre os princípios constantes do artigo 3º foram consagrados a justiça e a segurança sociais como base de uma paz duradoura; a cooperação econômica como essencial para o bem-estar e prosperidade comum dos povos; sendo ainda proclamados os direitos fundamentais da pessoa humana, sem distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo.

Nos direitos fundamentais dos Estados há o reconhecimento de cada um deles poder desenvolver, livremente, sua vida cultural, política e econômica, com o dever de respeitar os direitos da pessoa humana e os princípios da moral universal (artigo 16).

O artigo 33 da Carta da OEA, inserido no Capítulo VII (Desenvolvimento Integral), que faz referência aos princípios de solidariedade e cooperação interamericanos, reconhece que “a igualdade de oportunidades, a distribuição equitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral. E deita como metas o aumento substancial e auto-sustentado do produto nacional per capita; da distribuição equitativa de rendas, da modernização da vida rural e reformas agrárias que conduzam a regimes equitativos e eficazes de posse da terra; salários justos; erradicação do analfabetismo e ampliação das oportunidades de educação; alimentação adequada; habitação adequada; condições urbanas que proporcionem oportunidades de vida sadia, produtiva e digna.

A Carta da OEA estava aberta à ratificação por todos os Estados do continente americano.

---

<sup>1</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2ª Ed. 2002. P. 446.

4. Na mesma oportunidade em que foi aprovada a Carta da OEA, Resolução dessa Conferência de Bogotá adotou uma Declaração Americana de Direitos Humanos. O fato de terem sido escolhidos instrumentos distintos – tratado internacional para a criação da OEA e Resolução de Conferência para adoção da Declaração – indica que a Declaração Americana de Direitos Humanos não foi concebida, de início, como um instrumento jurídico vinculante e obrigatório.

Segundo observa Scott Davidson<sup>2</sup>, é com o passar do tempo que o status jurídico da Declaração se modifica. E o fenômeno de transformação é melhor compreendido quando se identificam as razões e o modo como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos surgiu e evoluiu.

Na Quinta Reunião de consulta de Ministros de Relações Exteriores (Santiago de Chile, 1959), a Comissão Jurídica Interamericana foi solicitada a minutar uma convenção em direitos humanos, em que fosse prevista a criação de uma corte interamericana de direitos humanos, e outras instituições apropriadas. Essa Reunião de Ministros – contra o voto do representante do Brasil – também pediu ao Conselho Permanente da OEA que criasse uma comissão interamericana de direitos humanos.

O conselho aprovou o Estatuto da Comissão em 25 de maio de 1960 e elegeu seus sete membros em junho seguinte. De acordo com o Estatuto, a Comissão Interamericana era uma entidade autônoma, com funções consultivas e de recomendação.

Em 1965, no Rio de Janeiro, na 2ª Conferência Interamericana Especial, foram ampliados os poderes da Comissão, a qual passou a ter, também, poderes de receber e investigar casos individuais<sup>3</sup>.

Posteriormente, em 27 de fevereiro 1967, agora em Buenos Aires, Argentina, se subscreveu o Protocolo de Reforma da Carta da OEA, quando o Artigo 112 passou a contemplar uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cuja função principal seria de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria. Ainda, a comissão passou à hierarquia de órgão principal da Organização (Art. 51), sendo que sua estrutura, competência e procedimentos ficariam subordinados aos termos de uma futura Convenção sobre direitos humanos (Art. 112, parte final). Mais relevante ainda, determinou-se que durante o lapso que mediará entre a entrada em vigor do Protocolo e a entrada em vigor da aludida Convenção, a CIDH, criada pela Quinta Reunião de Consulta, velaria pela observância de tais direitos (Art. 150)<sup>4</sup>.

5. A Declaração Americana de Direitos Humanos, promulgada em abril de 1948 (anterior, portanto, à Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU), na Nona Conferência Interamericana, reconheceu os direitos à vida, liberdade, segurança, igualdade e não-discriminação, liberdade de credo e de expressão e opinião; proteção da honra; à família; residência; inviolabilidade de correspondência; saúde; educação, inclusive profissional; participação na vida cultural e política; ao trabalho e salário justo; lazer; previdência social; ser reconhecida como pessoa e ter julgamento justo; reunião e associação; de ser presumido inocente, enquanto não condenado; de ser ouvido por um tribunal imparcial, quando acusado; procurar e receber asilo. Também reconheceu existência de deveres, como os de conviver com os de-

<sup>2</sup> DAVIDSON, Scott [1997]: *The Inter-american Human Rights System*. Aldershot (UK): Dartmouth. P. 13.

<sup>3</sup> DAVIDSON, Op. cit., p. 17.

<sup>4</sup> *Informe anual de la comisión interamericana de derechos humanos 1985-1986*; OEA/Ser.L; Doc. 8 rev. 1; 26 septiembre 1986; Original: español.

mais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente a sua personalidade; de auxiliar, alimentar, educar e amparar os seus filhos menores de idade, e os filhos têm o dever de honrar sempre os seus pais e de os auxiliar, alimentar e amparar sempre que precisarem; de adquirir, pelo menos, a instrução primária; de votar nas eleições; cooperar com o Estado e com a coletividade na assistência e previdência sociais, de acordo com as suas possibilidades e com as circunstâncias; de pagar os impostos estabelecidos pela lei para a manutenção dos serviços públicos; de trabalhar, dentro das suas capacidades e possibilidades.

Por fim, em 22 de novembro de 1969 assina-se em San José de Costa Rica a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (que passa a ser conhecida, também, pelo nome de “Pacto de San José”), a qual entra em vigor em 18 de julho de 1978, quando Grenada deposita o undécimo instrumento de ratificação.

Recentemente, a essa Convenção foi acrescentado o Protocolo Facultativo Nº 1, de dezembro de 1988, que trata de direitos econômicos e sociais de modo mais específico e em maior detalhe.

O Brasil, parte da Organização dos Estados Americanos desde a sua constituição, esteve obrigado ao cumprimento da Carta da OEA e ao respeito dos direitos humanos previstos na Declaração Americana, desde aquele primeiro momento.

### **Funções principais de sistemas internacionais de direitos humanos: definição de parâmetros mínimos; monitoramento de sua implementação (relatórios, investigação em visitas *in loco*, exame de petições e comunicados); promoção de atividades educacionais**

6. Os sistemas internacionais funcionam baseados fortemente na cooperação recíproca entre os membros da sociedade internacional – Estados, organizações internacionais, etc. E o sistema interamericano, tido como regional quando comparado ao da ONU, dito universal, é internacional pelo fato de basear-se em tratados bi ou multilaterais, envolvendo Estados partes. Esses sistemas cumprem como funções principais as de definir parâmetros mínimos de direitos humanos a serem observados pelos Estados, e de realizar o monitoramento da observância daqueles parâmetros. Além disso, cumprem a função educativa de difundir tais parâmetros, mediante realização de conferências, seminários e promoção de cursos.

A definição de parâmetros se dá mediante a adoção de tratados e convenções internacionais. No âmbito interamericano, os documentos mais relevantes são A Declaração Americana de Direitos Humanos (1948); o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos) (1968), e seu Protocolo de San Salvador sobre direitos econômicos, sociais e culturais (1988); a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994); a Convenção Interamericana para a Eliminação de discriminação contra as pessoas portadoras de Deficiência; Convenção Interamericana sobre a concessão dos Direitos políticos à Mulher (1948); a Convenção Interamericana sobre a concessão dos Direitos Civis à Mulher (1952); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994); a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985) e o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à abolição da pena de morte (1990).

Os constituintes brasileiros de 1988 foram muito influenciados pelo conteúdo normativo desses instrumentos, e de outros tantos, produzidos no âmbito das Nações Unidas, de modo que, em sua maioria, as disposições neles previstas já fazem parte do nosso ordenamento

constitucional. E o que não foi expressamente incorporado passou a integrar nosso ordenamento jurídico pela via especial do art. 5º da Constituição, segundo o qual os direitos expressos nesta Constituição não excluem outros previstos em tratados internacionais de direitos humanos.

Quanto ao monitoramento dos direitos previstos nestes instrumentos, a verificação de sua observância se dá pela atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que acompanha sua implementação através de informes contidos em seus relatórios anuais, bem assim a partir de relatórios decorrentes de visitas in loco, de investigação de casos concretos e do exame de petições e comunicados.

A competência da Corte Interamericana não será examinada nesse artigo, sendo suficiente dizer que é o órgão judicial mais relevante do sistema, perante o qual, entretanto, indivíduos não têm legitimidade processual. A Corte só examina casos apresentados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ou pelos Estados partes.

## **2ª Parte. O Brasil e o sistema interamericano. Situação anterior ao Pacto de San José: os militares no banco dos réus**

7. Que impacto terão tido esses instrumentos internacionais nos países da América Latina, e mais especificamente no Brasil?

A Guerra Fria produziu efeitos devastadores sobre a América Latina. O temor do comunismo fez com que os Estados Unidos estimulassem ou apoiassem golpes militares em todo o continente, produzindo ditaduras em cadeia, com severa repressão política, durante os anos 60 e 70.

Durante todo esse período a maioria dos países latino-americanos, tendo governos ditatoriais, não aderiu aos tratados internacionais de direitos humanos. O que só veio a ocorrer com a redemocratização.

O Brasil vivenciou de março de 1964 a março de 1985 o regime militar, grande parte do qual caracterizado por ser um “regime de exceção”. Instalado pela força das armas, o regime militar derrubou um presidente democraticamente eleito e interveio na sociedade civil. Usou de instrumentos jurídicos intitulados “atos institucionais”, através dos quais procurou-se legalizar e legitimar o novo regime. A sombra mais negra veio com a prática disseminada da tortura, utilizada como instrumento político para arrancar informações e confissões de estudantes, jornalistas, políticos, advogados, cidadãos, enfim, todos que ousavam discordar do regime de força então vigente. A praga a ser vencida, na ótica dos militares, era o comunismo, e subversivos seriam todos os que ousassem discordar. Foi mais intensamente aplicada de 1968 a 1973 sem, contudo, deixar de estar presente em outros momentos.

A ditadura não inventou a tortura, mas exacerbou-a. E adotou essa prática de modo intenso, “aprimorando” os mecanismos já utilizados nos períodos anteriores à sua instalação.

A ditadura utilizou-se de vários instrumentos jurídicos e políticos para calar as resistências à opressão. Esses instrumentos, vistos em conjunto – a prisão administrativa e incommunicável; a atribuição de competência a uma justiça militar, formada por militares e condicionada ao princípio da subordinação hierárquica e aos conceitos de “segurança nacional”, para julgar os suspeitos de prática de crimes políticos contra a segurança nacional (ausência de julgamento justo, por um órgão judicial independente); a proibição do uso do habeas-corpus (ausência de remédio processual); a indenidade dos “atos revolucionários” (ausência de controle judicial); a censura sobre os meios de comunicação e sobre as atividades públicas em geral e o processo generalizado de cassação e perseguição a políticos de oposição, professores, estudantes, líde-

res sindicais, etc. –, tiveram como efeito prático impedir que, internamente, pudessem haver caminhos jurídicos para denunciar a prática da tortura, ou impedi-la. Por outro lado, no contexto jurídico em que se materializava a prática da tortura, os torturadores se julgavam fazendo o que deveria ser feito contra quem merecia fosse feito. Os atingidos não eram pessoas boas, normais, iguais aos cidadãos comuns: eram subversivos. Inimigos do regime. Traidores da Pátria. Contra eles não podia haver clemência. Seus atos não mereciam perdão. Contra a Pátria subversivos não tinham direitos.

Os abusos e violações aos direitos humanos não ocorreram sem resistência e sem denúncias. No cenário nacional a Igreja Católica, a OAB, a ABI e alguns outros segmentos mais progressistas da sociedade civil exerciam pressão sobre os militares e sobre a opinião pública. Um documento marcante do período é o produzido pela Arquidiocese de São Paulo, dom Paulo Evaristo Arns à frente: *Brasil Nunca Mais*.

No âmbito internacional, a Anistia Internacional e outras entidades formulavam denúncias e levavam à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos os casos brasileiros.

No Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1970, 40 denúncias tinham sido dirigidas àquele órgão internacional de monitoramento, referindo-se a nove casos concretos ocorridos no Brasil.

A primeira “condenação” do Brasil perante a Comissão Interamericana, por atos de tortura ocorridos no período da ditadura militar, foi no Caso 1683, referente ao sindicalista Olavo Hansen.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu, em 9 de junho de 1970, denúncia nos seguintes termos:

*“Queremos denunciar al Gobierno brasileño por el asesinato del dirigente sindical Olavo Hansen, dirigente de los trabajadores textiles de São Paulo”.*

*“Este compañero dirigente sindical fue detenido junto con otros 16 compañeros que participaban en las conmemoraciones pacíficas del 1º de mayo de este año en el campo deportivo denominado María Zélia y Sito en São Paulo”. Fue trasladado al DOPS (policía política y gremial del régimen). En la noche fue sometido a largos interrogatorios, volviendo después a su celda en condiciones físicas lastimosas, sin poderse siquiera mantener en pie. Durante algunos días quedó tirado en su camastro sin poderse levantar, sin hablar y sin poder siquiera orinar.*

*“Pocos días después fue encontrado su cadáver cerca del Museo de Ipiranga con el cuerpo lleno de grandes contusiones y hematomas, producto de las brutales torturas a que fuera sometido. Su muerte fue registrada legalmente el día 9 de mayo pero a su familia se le comunicó recién el día 13 de mayo, fecha en que se encontró su cadáver en el sitio ya señalado”.*

A Comissão Interamericana solicitou do governo brasileiro informações e pediu autorização para visitar o Brasil. A autorização foi negada. Quanto às informações, o governo afirmou que o sindicalista havia se suicidado. Disse-o nos seguintes termos:

*“i) Que el señor Hansen, de 25 años, había sido detenido por la policía militar del Estado de São Paulo cuando distribuía panfletos subversivos en el campo de deportes de “Villa María Zélia”, durante una concentración de trabajadores, habiendo conducido a la llamada “Operación Bandeirantes”*

*de la propia ciudad.*

- ii) Que al día siguiente fue conducido al cuartel de la Policía Política y Gremial (DOPS), en donde el detenido se sintió mal, por lo cual fue internado en el Hospital Militar del Ejercido en donde falleció.*
- iii) Que sometido el cadáver a la autopsia correspondiente en el Instituto de Medicina Legal se emitió dictamen médico forense en el sentido de que la causa de la muerte era indeterminada.*
- iv) Que se había designado un delegado para presidir la investigación policial (“inquerito”) bajo la directa conducción del procurador Dr. José Verissimo del Mello.*
- v) Que como resultado de dicha investigación se había concluido que Olavo Hansen se había suicidado ingiriendo “Paration”, sustancia usada en la fabricación de abonos e insecticidas y producto manipulado en la industria donde trabajaba el occiso hasta el 30 de abril de 1970, es decir, un día antes de haber sido detenido en el Dops.*
- vi) Que sometida la investigación (“inquerito”) al Poder judicial el magistrado que había conocido del caso había ordenado el archivo del asunto, entre otras bases por no “encontrar elementos objetivos de convicción de que la muerte hubiera sido causada criminalmente”*
- vii) Que la investigación presentaba todas las pruebas “necesarias para demostrara que la muerte de Olavo Hansen no fue ocasionada por acto arbitrario cometido por los funcionarios que lo custodiaban.*

*Con base en los documentos e informaciones suministradas por el gobierno del Brasil el relator preparó un informe (doc. 7-25 res.) que fue sometido a la consideración de la Comisión en el vigesimoquinto período de sesiones (marzo de 1971)”.*

Decidindo a matéria, a Comissão não acolheu os argumentos do governo brasileiro e considerou ter havido violação ao direito à vida, em razão de ter o sindicalista sido morto, enquanto em custódia, e em decorrência de tortura. A Resolução da Comissão tem o seguinte teor:

*(OEA/Ser. L/V/II,28, doc.15, de 3 de mayo de 1972):*

*La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

*Visto el informe y recomendaciones del relator designado para examinar las violaciones de los derechos humanos en el caso de las alegadas torturas y muerte de Olavo Hansen (caso 1683) y*

*Considerando:*

*Que de conformidad con el Artículo 9 (bis), inciso b) de su Estatuto que la faculta para formular recomendaciones al gobierno de cualquier Estado americano “con el fin de hacer mas efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales”,*

*Resuelve:*

*Aprobar el “Quinto informe sobre el caso 1683 (Brasil)” preparado por el relator, y Acuerda:*

*1. Hacer saber al Gobierno del Brasil que en virtud de la información de la cual la Comisión ha dispuesto, los hechos relacionados en este expediente constituyen “prima facie”, en opinión de la misma, un caso gravísimo de violación de derecho a la vida.*

*2. Solicitar a dicho ilustrado Gobierno que se imponga a quienes resulten*

*culpables de esta muerte las sanciones previstas por la ley para tal caso y se ofrezca a los deudos de Olavo Hansen la reparación que por derechos les corresponda.*

*3. Transmitir al Gobierno del Brasil el texto del informe del relator, así como la presente resolución; y comunicar esta resolución a las entidades denunciantes.*

*Dicha resolución fue puesta en conocimiento del Gobierno del Brasil en nota de 5 de mayo de 1972 y de los reclamantes el 12 del propio mes y año.*

O Brasil nunca aceitou punir os culpados – alegando a “indenidade” dos atos praticados pelos agentes públicos e a impossibilidade de o Judiciário processar e julgar os responsáveis –, nem, como consequência daquela condenação, indenizou a família da vítima.

8. O Brasil iniciou, a partir do final da década de 70, começo da década de 80, um lento e gradual processo de liberalização política, com o retorno paulatino das liberdades públicas, notadamente a capacidade de organizar livremente partidos políticos, e de votar e escolher, diretamente, os governantes.

A transição do governo militar para um governo civil começou com a “abertura”, lenta e gradual, em 1979, e completou-se em 1985, com a posse de José Sarney, vice-presidente eleito com Tancredo Neves, através de eleições indiretas por um Colégio Eleitoral, formado pelos congressistas e por representantes das assembleias legislativas estaduais.

Com Sarney, presidente civil, inicia o Brasil sua adesão aos pactos e convenções internacionais de proteção, promoção e defesa dos direitos humanos, os quais, muito embora não fizessem ainda parte do nosso ordenamento jurídico, influenciaram o legislador constituinte de 1987/1988.

Mas 1979 carrega uma conta ainda não liquidada: a auto-anistia, concedida pelos militares, isentando todos os perpetradores dos mais terríveis abusos aos direitos humanos de responderem, civil e criminalmente, por suas condutas.

A Lei Nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, que concedeu anistia, o fez nos seguintes termos:

*Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (Vetado).*

§ 1º. Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Ao estenderem aos crimes conexos inseriram uma cláusula de perdão a todos os crimes comuns contra os direitos humanos, praticados pelos militares e agentes da repressão. Que permaneceram e permanecem impunes.

Precisamente em razão da impunidade que geram, têm a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerado que tais leis de anistia violam a Declaração Americana de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, porque negam às vítimas o direito à punição dos culpados e à reparação de suas faltas.

A matéria veio tratada pela primeira vez no Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1985/1986, onde se dizia que “*a difficult problem that recent democracies have had to face has been the investigation of human rights violations*



*under previous governments and the possibility of sanctions against those responsible for such violations. (...) The commission considers that only the appropriate democratic institutions – usually the legislature – with the participation of all the representative sectors, are the only ones called upon to determine whether or not to decree an amnesty [or] the scope thereof, while amnesties decreed previously by those responsible for the violations have no juridical validity”<sup>5</sup>.*

Ainda recentemente, examinando o Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre Y otros vs. El Peru), a Corte decidiu:

*“Al referirse a la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana, la Corte, en la Sentencia de fondo en el presente caso,*

*[...] consider[ó] 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 Humanos[;]*

*[... señaló que,] conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma[;]*

*[...] estim[ó] necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. [... Por ello,] los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la*

<sup>5</sup> Annual Report, parágrafos 192 e 193.

*Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente[; y]*

*[...señaló que, c]omo consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú<sup>6</sup>.*

A questão interessa não apenas por razão histórica, mas de modo prático. Examinando o Relatório do Brasil ao Comitê Contra a Tortura, da ONU, em Maio de 2001, o presidente do Comitê, mr. Peter Burns, ficou sem resposta para a seguinte pergunta:

*“the former military regime had amnestied itself from all acts of torture committed while it was in power. Was the modern and democratic regime of the present Brazil bound by the past acts committed by the military? What measures had the Government taken to prosecute those who still enjoyed impunity?”<sup>7</sup>*

A resposta é mesmo o silêncio: nada a declarar. Ninguém a processar!

**Situação depois do pacto: os civis no banco dos réus. Nova postura democrática: aceitação da jurisdição da Corte Interamericana; reconhecimento e conciliação nos casos de violação. Criação de “Comissão de Tutela”, para busca de soluções amistosas, e eficaz cumprimento das decisões da Corte.**

9. Se, como visto, o sistema não começou a funcionar apenas em 1992, a ratificação do Pacto de San José nesse ano produziu uma intensa utilização desse instrumento no plano interno e também intensificou o uso do sistema de petições à Comissão Interamericana, especialmente quando, a partir de 1998, houve a aceitação da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, consolidando definitivamente o dever do Estado brasileiro de prestar contas àqueles órgãos de monitoramento.

Aliás, quando o Centro Santo Dias, da Arquidiocese de São Paulo, trouxe alegações de violação aos direitos humanos por parte da Polícia Militar de São Paulo, o Brasil argumentou que a Comissão não poderia apreciá-los porque os fatos teriam ocorrido antes de 25 de setembro de 1992, data da ratificação da convenção.

Apreciando conjuntamente os casos 11.286 (Aluísio Cavalcanti et al), 11.407 (Clarival Xavier Coutrim), 11.406 (Celso Bonfim de Lima), 11.416 (Marcos Alameida Ferreira), 11.413 (Delton Gomes da Mota), 11.417 (Marcos de Assis Ruben), 11.412 (Wanderlei Galati), e 11.415 (Carlos Eduardo Gomes Ribeiro), a Comissão decidiu:

*“the fact that Brazil had ratified the Convention on September 25,*

<sup>6</sup> Cfr. Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44.

<sup>7</sup> UN CAT 26th session 8 May 2001 Morning. Press Release. Site www.unhchr.ch

*1992, does not exempt it from responsibility for violations of rights that occurred prior to that ratification that are guaranteed by the Declaration, which is binding. It recalled in this regard recognition of the binding nature of the Declaration by the Inter-American Court of Human Rights.”*

Muitos outros casos foram submetidos à Comissão e posteriormente por esta encaminhados à Corte Interamericana. A apreciação detalhada desses casos está sendo examinada por outros colaboradores, na presente publicação.

Aqui se fará apenas referência à Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 18 de junho de 2002, em que foram concedidas Medidas Provisórias solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a respeito do Caso da Penitenciária Urso Branco<sup>8</sup>, em Rondônia.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos pedido de medidas provisórias em favor dos internos da Casa de Detenção José Mario Alves – conhecida como “Penitenciária Urso Branco” –, localizada na cidade de Porto Velho, Estado de Rondônia, com o “objetivo [de] evitar que continuem a morrer internos” na penitenciária. A Comissão expôs que alguns detentos, que tinham sido acusados da prática de alguns delitos considerados “imorais” pelos demais presos, foram mantidos em celas especiais, separados dos prisioneiros em geral, por medida de segurança.

Em 1º de janeiro de 2002 as autoridades da Penitenciária Urso Branco realizaram um remanejamento geral dos internos desse estabelecimento, sendo que os aproximadamente 60 internos que se encontravam isolados em celas de “segurança” foram transferidos para as celas da população geral, colocando cinco em cada cela. O procedimento para determinar os detentos potencialmente agressores foi pouco rigoroso, de maneira que muitos deles foram colocados com a população geral.

Após a retirada das forças especiais que participaram da transferência de cela dos internos, foi iniciado um “homicídio sistemático” dos internos que provinham das celas de “segurança”. Esses internos “gritaram pedindo ajuda aos agentes penitenciários, os quais não intervieram para evitar essas mortes”.

No dia 2 de janeiro de 2002 um “grupo de choque” da polícia de Rondônia entrou na penitenciária. O relatório da pessoa encarregada desta operação salientava que haviam sido encontrados 45 corpos de internos, “alguns deles decapitados e com os braços e as pernas mutilados pelo uso de armas cortantes, e que outros haviam morrido em consequência de golpes desferidos com ‘chunchos’ (armas cortantes penetrantes fabricadas pelos reféns presos)”. Por outro lado, o governo do Estado de Rondônia emitiu uma nota à imprensa na qual indicou que haviam falecido 27 pessoas. Após esses acontecimentos, continuaram as mortes de vários detentos, sem que as autoridades penitenciárias fizessem qualquer esforço mais consistente para conter a escalada de violência.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos entendeu existirem suficientes elementos probatórios que permitiam presumir que se encontrava em grave risco a vida e a integridade dos internos da Penitenciária Urso Branco. Para ilustrar, informou que desde o dia 1º de janeiro de 2002 até o dia 5 de junho do mesmo ano foram brutalmente assassinadas ao

---

<sup>8</sup> A narrativa a seguir observa, de modo resumido, a redação oficial da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso da Penitenciária Urso Branco, como ficou registrado.

menos 37 pessoas no interior da Penitenciária Urso Branco. Além do mais, estava demonstrado que o Estado não tinha recobrado o controle necessário para poder garantir a vida dos internos.

A Comissão entendeu que o Estado estava descumprindo a obrigação positiva de prevenir os atentados à vida e à integridade física dos internos da Penitenciária Urso Branco, não tendo adotado as medidas de segurança adequadas para evitar os homicídios no interior do recinto penitenciário. As vítimas dos homicídios se encontravam privadas de liberdade sob a custódia do Estado, e as condições de vida e detenção dos internos dependiam das decisões que tomassem as autoridades estatais.

Para completar o quadro, no dia 1º de junho de 2002, foi ferido gravemente o interno Evandro Mota de Paula [...], quando o agente penitenciário, ao passar a escopeta a um colega, teria acionado acidentalmente o gatilho, ferindo o interno.

Diante desse quadro, a Corte Interamericana de Direitos Humanos expediu resolução, invocando o artigo 63.2 da Convenção Americana, segundo o qual em “casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas”, a Corte poderá, nos assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes à solicitação da Comissão.

A Corte entendeu que as provas apresentadas pela Comissão em sua solicitação de medidas provisórias, relativas aos acontecimentos ocorridos na Penitenciária Urso Branco, demonstravam *prima facie* uma situação de extrema gravidade e urgência quanto aos direitos à vida e à integridade pessoal dos reclusos. E resolveu:

*1. Requerer ao Estado que adote todas as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as pessoas reclusas na Penitenciária Urso Branco, sendo uma delas a apreensão das armas que se encontram em poder dos internos.*

*2. Requerer ao Estado que investigue os acontecimentos que motivam a adoção destas medidas provisórias com o objetivo de identificar aos responsáveis e impor-lhes as sanções correspondentes.*

*3. Requerer ao Estado que, dentro do prazo de 15 dias contando a partir da notificação da presente Resolução, informe à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as medidas que tenha adotado em cumprimento da mesma e apresente uma lista completa de todas as pessoas que se encontram reclusas na Penitenciária Urso Branco; e ademais, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresente suas observações a dito relatório dentro do prazo de 15 dias a partir de seu recebimento.*

Foi a primeira vez em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão – ainda que cautelar – contra o Brasil, embora tendo o cuidado de esclarecer que, assim fazendo, não antecipava o julgamento de mérito.

### **A nova postura do governo democrático. A constituição de “Comissão de Tutela dos Direitos Humanos”**

10. O passo mais recente dado pelo governo federal para sistematizar o processo de busca de solução amigável para casos apresentados ao sistema interamericano, notadamente no que se refere à violação a direitos humanos praticada do âmbito dos Estados membros (Estados federados) foi a edição do Decreto nº 4.433, de 18 de Outubro de 2002, que Institui a Comissão de Tutela dos Direitos Humanos da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos.

Tal Comissão tem competência para acompanhar a negociação entre os entes federados envolvidos e os petionários de soluções amistosas para casos em exame pelos

órgãos do sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos; objetivando promover, fiscalizar e adotar todas as medidas necessárias ao fiel cumprimento da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão também tem a incumbência de acompanhar a defesa do Brasil nos casos de violação de direitos humanos submetidos à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, gerindo as dotações orçamentárias alocadas anualmente pelo Tesouro Nacional com vistas à implementação de tais acordos amigáveis, ou das decisões condenatórias.

### **O pacto e o impacto sobre o Judiciário**

11. E o Judiciário? Que impacto teve, no Poder Judiciário, o conjunto de normas de direitos humanos do sistema interamericano?

Já há um número considerável de julgados invocando dispositivos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. É possível catalogar sua incidência nas seguintes matérias: proibição de prisão civil do depositário infiel, por dívida; proibição de prisão por não recolhimento de contribuição previdenciária; revogação da obrigatoriedade de recolhimento à prisão, para apelar da decisão condenatória; proibição de criminalização da conduta de fazer funcionar rádio comunitária, ausente autorização administrativa; revogação da lei de crimes hediondos.

### **O Pacto de San José e o depositário infiel**

12. O Supremo Tribunal Federal examinou a questão da compatibilidade da prisão civil por dívida, prevista em inúmeras normas infraconstitucionais, com dispositivo do Pacto de San José da Costa Rica, que só a admite nas hipóteses de prisão por dívida alimentar.

Um dos primeiros casos foi relatado pelo ministro Maurício Corrêa, e veio assim ementado:

*1. A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2. Os arts. 1º (art. 66 da Lei nº 4.728/65) e 4º do Decreto-lei nº 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3. A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4. Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, (ninguém deve ser detido por dívida: este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. (STF – HC 73.044 – SP – 2ª T. – Rel. min. Maurício Corrêa – DJU 20.09.1996)*

O debate sobre o tema apenas se iniciava. Logo surgiu a oportunidade de a 2ª Turma,

em caso relatado pelo ministro Marco Aurélio, apreciar novamente a questão. E o pronunciamento foi nos seguintes termos:

*“(...) 2. A regra constitucional é no sentido de não haver prisão civil por dívida. As exceções, compreendidas em preceito estrito e exaustivo, correm à conta do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e da figura do depositário infiel inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal. Supremacia da realidade, da organicidade do Direito e glosa do aspecto formal, no que o legislador ordinário, no campo da ficção jurídica, emprestou a certos devedores inadimplentes a qualificação, de todo imprópria, de depositário infiel. 3. O fato de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, resultou na derrogação desta no que extrapolava a hipótese de prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia. (STF – HC 74.383 – MG – 2ª T. – Rel. p/ Ac. Marco Aurélio – DJU 27.06.1997)*

A 1ª Turma também se manifesta e contrapõe-se a esta segunda conclusão da 2ª Turma, afirmando:

*Alienação Fiduciária – Prisão Civil – Depositário Infiel – Constitucionalidade – Pacto de São José da Costa Rica que, além de não poder se contrapor à permissão do art. 5º, LXVII, da CF, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais que regem a matéria. Tratando-se de alienação fiduciária, é constitucional a possibilidade de decretar-se a prisão civil do depositário infiel, uma vez que as disposições contidas no Pacto de São José da Costa Rica, além de não poderem contrapor-se à permissão do art. 5º, LXVII, da CF, não derogaram, por serem normas infraconstitucionais gerais, as normas infraconstitucionais especiais que regem a matéria. (STF – RE 225.386-3 – GO – 1ª T. – Rel. min. Moreira Alves – J. 02.06.1998)*

Consolida-se esse entendimento, tanto nos julgados da 2ª Turma (e.g., STF – HC 77.942-1 – RJ – 2ª T. – Rel. min. Maurício Corrêa – DJU 11.12.1998). quanto da 1ª Turma (e.g. STF – HC 79870 – 1ª T. – Rel. min. Moreira Alves – DJU 20.10.2000 – p. 00112 e STF – RHC – 80035 – SC – 2ª T. – Rel. min. Celso de Mello – DJU 17.08.2001 – p. 00053).

No STJ, a matéria também suscitou intensos debates. E o entendimento do Supremo Tribunal Federal não foi seguido, mas aquele manifestado pelo Ministro Marco Aurélio, em julgado singular. Assim é que, mesmo quando o Supremo já tinha tido diversos pronunciamentos, o Superior Tribunal decidiu:

*Alienação Fiduciária – Prisão Civil – Não cabe a prisão civil do devedor fiduciante como depositário infiel – O Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Brasil e introduzido no nosso ordenamento no nível de eficácia da lei ordinária, revogou a norma geral do art. 1287 do Código Civil, que previa a prisão do depositário. Recurso conhecido, pelo dissídio, mas improvido. (STJ – Resp 173181 – GO – 4ª T. – Rel. min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 31.05.1999 – p. 152)*

Esse entendimento foi acompanhado pela 3ª Turma (STJ – RESP 238372 – (199901033519) – RS – 3ª T. – Rel. min. Eduardo Ribeiro – DJU 15.05.2000 – p. 00160),

reiterado pela 4ª Turma (STJ – Ac. 199900707249 – RESP 226063 – MG – 4ª T. – Rel. min. Aldir Passarinho Júnior – DJU 03.04.2000 – p. 00156), e mantido pela 2ª Turma (STJ – RHC 10609 – RS – 2ª T. – Relª minª Eliana Calmon – DJU 12.03.2001 – p. 00115).

### **Proibição de prisão por não recolhimento de contribuição previdenciária**

13. O Supremo não teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão. Mas o STJ, que, como visto, não admitia a prisão civil por dívida do depositário infiel, invocando disposições do Pacto de San José, entendeu que o mesmo raciocínio não se aplicava à situação de quem deixasse de recolher contribuição previdenciária arrecadada:

*Em tema de crime decorrente de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, inaplicável é o Pacto de São José da Costa Rica, visto que não se cuida de prisão civil, cuja finalidade é compelir o devedor de dívida alimentar ou o depositário infiel a cumprir a sua obrigação, mas sim de prisão de caráter penal, que objetiva a prevenção e repressão do delito. (STJ – HC 14404 – CE – 5ª T. – Rel. min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 02.04.2001 – p. 00315)*

*O crime decorrente da omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não se equivale à prisão por dívida, daí porque se afigura inaplicável o Pacto de São José da Costa Rica. 5 – Recurso especial não conhecido. (STJ – RESP 208527 – SC – 6ª T. – Rel. min. Fernando Gonçalves – DJU 04.02.2002 – p. 00578)*

### **Direito de apelar em liberdade de decisão condenatória**

14. Se houve divergência entre a Suprema Corte e o Superior Tribunal de Justiça, no que se refere à aplicação da regra do Pacto de San José, proibindo a prisão civil por dívida, o mesmo não se deu quanto à questão do direito de apelar em liberdade. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça manifestaram entendimento de que não há um direito incondicionado de, sempre, apelar em liberdade. São ilustrativos os seguintes pronunciamentos:

*Habeas Corpus – Esta Corte já firmou o entendimento de que o benefício da apelação em liberdade não se aplica com relação aos recursos extraordinário e especial que não tem efeito suspensivo, o que não é incompatível com a presunção de não-culpabilidade prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. O Plenário do STF já salientou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) não assegura, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade, ressalvando o disposto na Constituição e nas leis dos Estados-partes. Sursis negado fundamentalmente. Procedência da impetração no tocante a fixação da fiança. Precedentes do STF Habeas Corpus deferido, em parte, para que o Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro competente para o julgamento da apelação do ora paciente, arbitrando em favor dele a fiança a fim de que possa ele, se prestada a fiança arbitrada, defender-se solto até o trânsito em julgado da sentença condenatória. (STF – HC 73.151 – RJ – 1ª T. – Rel. min. Moreira Alves – DJU 19.04.1996)*

*O Pacto de San José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, não impede – em tema de proteção ao status libertatis do réu (artigo 7º, nº 2) –, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedente: HC nº 72.366-SP, Rel. min. Néri da Silveira, Pleno. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade. (STF – HC 72.610 – MG – 1ª T. – Rel. min. Celso de Mello – DJU 06.09.1996)*

Já o Superior Tribunal de Justiça decidiu, invocando precisamente os acórdãos acima relacionados:

#### **Proibição de criminalização da conduta de fazer funcionar rádio comunitária, ausente autorização administrativa**

15. O Superior Tribunal de Justiça também teve oportunidade de se pronunciar quanto à validade das normas referentes tanto à apreensão administrativa quanto à criminalização da conduta de fazer funcionar radiodifusão, mesmo de baixa potência (as chamadas “rádios comunitárias”). E entendeu compatível a legislação brasileira com a legislação interamericana, afirmando-o nos seguintes termos:



*define punições de natureza administrativa, a segunda prevê sanções penais.*  
*3. Habeas Corpus conhecido, pedido indeferido. (STJ – HC 14356 – SP –*  
*5ª T. – Rel. min. Edson Vidigal – DJU 19.03.2001 – p. 00126)*

### **Revogação da lei de crimes hediondos**

16. Por fim, merece referência o pronunciamento do STJ, no que pertine à compatibilidade entre a chamada Lei dos Crimes Hediondos – que restringe o modo de cumprimento da pena, impondo, necessariamente, o regime fechado –, e as disposições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Sustentando a compatibilidade, o STJ decidiu:

*Consoante entendimento desta Corte, o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, não revogou a Lei dos Crimes Hediondos, sendo assim, é vedada a progressão de regime a condenado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, a teor do art. 2º do mencionado diploma legal. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – Resp. 263940 – SP – 6ª T. – Rel. min. Fernando Gonçalves – DJU 16.04.2001 – p. 00119)*

### **Conclusões**

17. Há razões para celebrar os dez anos de ratificação do Pacto de San José da Costa Rica. Há razões para celebrar a existência de um sistema regional de proteção dos direitos humanos, que tem servido à democracia e à causa da dignidade essencial da pessoa humana. Muitos foram os avanços obtidos a partir da atuação dos órgãos do sistema.

Não se pode perder de vista, contudo, que os instrumentos internacionais, como as constituições e as leis, são instrumentos vivos, sujeitos a novas interpretações e necessitando de cooperação recíproca entre os vários atores sociais, que não são apenas os Estados e os governos.

São as experiências positivas nas várias sociedades concretas que inspiram interpretações novas de como implementar e dar maior eficácia aos conceitos gerais e abstratos das normas. Não se deve perder de vista que, quando se fala em direitos humanos, se fala sobre pessoas concretas, muitas das quais se encontram com suas vida ou liberdade em risco. O povo, visto na sua totalidade, mas visto na sua individualidade e singularidade, é sujeito de direito, no direito internacional dos direitos humanos.

Muito se tem avançado no continente americano na promoção dos direitos civis e políticos. Mas ainda há um déficit de reconhecimento e implementação dos direitos econômicos e sociais.

Muito se caminhou no continente. Mas ainda há muito mais por caminhar. E caminho se faz ao andar!



# A VELHA PERSPECTIVA MODERNA DO DIREITO: ANÁLISE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

*Denise Neves Abade\**

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Garantias processuais penais previstas na Convenção. 3. Garantias judiciais da Convenção: garantia de acesso à Justiça. 4. Garantias judiciais da Convenção: garantia do juiz natural. 5. Garantias judiciais da Convenção: presunção de inocência. 6. Garantias judiciais da Convenção: garantias do duplo grau de jurisdição e ampla defesa. 7. Conclusões

*“Você não sente e não vê  
Mas eu não posso deixar de dizer, meu amigo  
Que uma nova mudança em breve vai acontecer  
O que há algum tempo era novo e jovem  
Hoje é antigo  
E precisamos todos rejuvenescer”*

*(“Velha Roupa Colorida” – Belchior)*

## 1. Introdução

O período pós-guerra pode ser considerado verdadeiro marco na história da humanidade. As cicatrizes que se formaram depois da Segunda Guerra Mundial foram tais que, especialmente nas ciências e nas artes, houve uma necessidade de rompimento com os modelos anteriores. Um grande movimento de transformação passou a concretamente imbuir-se no esforço de afastamento dos símbolos mais marcantes desse período. A civilização pós-industrial passou a caminhar, assim, a passos cada vez mais distantes da sociedade industrial.

Convencionalmente, atribuiu-se o nome de “pós-modernismo” às mudanças ocorridas nas ciências, nas artes e nas sociedades a partir de 1950 – em contraposição ao “modernismo”, movimento que dominava o globo desde os fins do século 19 até então.

No Direito, a visão pós-moderna levou à reorientação do conceito de direitos humanos, agora universais, indivisíveis e protegidos por um sistema normativo internacional<sup>1</sup>. No rol

\* Denise Neves Abade é procuradora da República. Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo.

<sup>1</sup> Flávia PIOVESAN afirma que a concepção contemporânea de direitos humanos é caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. “Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. (...) Fortalece-se, assim, a idéia de que a proteção dos direitos humanos não se deve reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não se deve restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional.” Ver em PIOVESAN, Flávia et GOMES, Luiz Flávio (coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18-19.

dos direitos humanos que passaram a ser reavaliados nesta nova concepção estão as garantias processuais penais.

Nada do que foi afirmado até agora é filosofia ou conjectura. São fatos. Contudo, o Estado brasileiro – e particularmente nossos tribunais<sup>2</sup> – parece viver em uma realidade paralela, na qual essas transformações ainda não aconteceram. Na “realidade ficcional” criada, a era moderna ainda não acabou. São ignorados os ícones contemporâneos que insistem em “perturbar” o cotidiano do País e segue-se discutindo teorias do século retrasado como se fossem vanguarda. Para problemas pós-modernos, apresentamos soluções modernas<sup>3</sup>. Com mais de 50 anos de atraso, o que se verifica hoje na jurisprudência, quando da interpretação de garantias penais e processuais penais previstas no sistema internacional, é a predominância de teses há muito já superadas.

Passados dez anos da adesão brasileira à Convenção Americana de Direitos Humanos, e 33 de sua assinatura<sup>4</sup>, nossos tribunais permanecem alheios às suas inovações – o que se mostra particularmente preocupante no campo processual penal<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Conforme observa André de Carvalho Ramos, o Estado pode ser responsabilizado pela violação de direitos humanos ocasionado tanto por ato judicial, legislativo ou ato do Poder Executivo, já que “*não é o Poder Executivo o ente responsabilizado por violação de obrigação internacional, mas sim o Estado como um todo, no qual se inclui, por certo, o Poder Judiciário (...) Para o Direito Internacional, há a constatação da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos por qualquer fato imputável ao Estado, quer judicial ou não, devendo o Estado implementar a reparação porventura acordada*”. Logo, a decisão judicial brasileira é atacada não como um ato judicial, sujeito a impugnação e revisão, mas sim, como mero fato, que será examinado à luz dos tratados internacionais para posterior responsabilização do Estado brasileiro. Ver em RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 505-510.

<sup>3</sup> José Eduardo Faria, ao analisar o fenômeno da globalização econômica e as conseqüentes rupturas institucionais nas estruturas jurídicas concebidas pelo Estado liberal no século 19 e pelo Estado social no século 20, observa o paradoxo do fenômeno de internacionalização de alguns direitos, como os direitos humanos: “*Incapazes de assegurar uma efetiva regulação social, no âmbito de uma economia globalizada, despreparados para administrar conflitos coletivos pluridimensionais por meio de sua engenharia jurídico-positiva concebida para lidar basicamente com conflitos unidimensionais e inter-individuais, impotentes diante da multiplicação de fontes materiais de direito e sem condições de deter a diluição de sua ordem normativa gerada pelo advento de um efetivo pluralismo jurídico, os Estados nacionais encontram-se, assim, em crise de identidade*”. Ver em FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 11-12.

<sup>4</sup> O Brasil foi o antepenúltimo país, dentre os 26 signatários da Convenção, a ratificá-la, em 25 de setembro de 1992, na frente apenas dos Estados Unidos e de Trinidad e Tobago (que ainda não ratificaram a Convenção). Lembra CANÇADO TRINDADE que, não obstante a demora de o Brasil aderir à Convenção Americana, e maior relutância ainda em reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos – o que se deu somente em 3 de dezembro de 1998 –, foi a Delegação brasileira quem propôs a criação de uma Corte Interamericana, na IX Conferência Internacional Americana (Bogotá, 1948) para “tornar adequada e eficaz a proteção jurídica dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos”. O projeto apresentado pela Delegação brasileira anos depois na II Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965) serviu de base à Resolução XXIV da Conferência Relativa ao Projeto de Convenção Americana sobre Direitos Humanos. CANÇADO TRINDADE, Antônio A. *Proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Editora UnB, 1998, p.33-43.

<sup>5</sup> A questão ganha ainda maior realce em razão da omissão da nossa Constituição Federal com relação ao status normativo interno dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e em vigor, como acentua André de Carvalho Ramos. Na falta de norma constitucional expressa a respeito, o Poder Judiciário é quem, por meio de interpretação da Constituição, acaba por decidir, na prática, como as normas internacionais irão se incorporar ao Direito interno – e a posição do Supremo Tribunal Federal, adotando a chamada corrente dualista da doutrina, é de que é necessária a incorporação interna das normas internacionais por meio de ato do Poder Legislativo e ato subsequente do Poder Executivo. Contudo, conforme observa o autor, o Direito Internacional possui regra própria para determinar a necessidade ou não de normas internas incorporarem a obrigação internacional no Direito interno: normas internacionais self-executing e normas not self-executing. No primeiro caso, pelo conteúdo da norma internacional, não há necessidade de intermediação legislativa ou administrativa interna para a aplicabilidade da norma. Aponta RAMOS que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no parecer consultivo 07/86, estabeleceu que a Convenção Americana de Direitos Humanos é auto-aplicável. Ver em RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 325-329.

O que se verifica é que, nos casos em que nossos Tribunais entendem que a Convenção Americana não entra em conflito com a Constituição e/ou legislação ordinária, seus preceitos são mencionados e invocados ao lado das normas nacionais, mas como um reforço da legislação interna – e não o contrário, como deveria ser.

Quando as normas da Convenção são conflitantes com nossa legislação, o consenso jurisprudencial, partindo-se do posicionamento do próprio Supremo Tribunal Federal, é de que os artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos devem ser interpretados “com as limitações impostas pelo artigo 5º, LXVII, da Constituição”, pois “os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição”<sup>6</sup>.

## 2. Garantias processuais penais previstas na Convenção

Como bem observa Julio Maier, no pós-modernismo, o avance colossal das ciências empíricas – em especial das ciências que versam sobre o comportamento humano – serviu de base e fundamento a um duplo fenômeno que necessariamente impõe novos rumos ao direito penal: de um lado, a crítica aos instrumentos que o direito penal utiliza para cumprir certos fins proclamados e, de outro, a proposição de instrumentos mais eficientes para cumprir os mesmos fins, agora renovados em seu conteúdo<sup>7</sup>.

Assim, conclui o jurista argentino, historicamente, no campo do processo penal, desde o pós-guerra constata-se a consolidação cultural e jurídica dos princípios que estruturaram a reforma do sistema inquisitivo e aproximaram formalmente as garantias processuais penais do sistema acusatório<sup>8</sup>.

Diante desse quadro, não é por outro motivo que, como afirma Sylvia de Figueiredo Steiner, a Convenção Americana destaca a maior parte de seus preceitos para afirmar garantias dos indivíduos submetidos à repressão estatal por meio do processo penal<sup>9</sup>.

A maior parte das garantias processuais penais disciplinadas pela Convenção Ame-

---

<sup>6</sup> Ver STF – HC 73.044-2 – Rel. Maurício Corrêa – DJU 20.9.96, P. 35.534. Desde então, o entendimento vem sendo repetido em nossa Corte Constitucional, na expressão de Fauzi Hassan CHOUKR, “mecanicamente” (por exemplo, nos RHC 6.034 – Rel. José Arnaldo – DJU 17.3.97, p. 7.528; HC 76.197-0 – Rel. Ilmar Galvão – DJU 13.2.1998, p. 5; HC 74.381-1 – Rel. Moreira Alves – DJU 26.9.1997, p. 47.476; HC 76.406-8 – Rel. Sidney Sanches – DJU 3.4.1998, p. 6), com ecos pelos vários Tribunais do País (v.g. RT 733/254; 731/316; 731/503; 730/462; 712/168; 708/121; 699/92; STJ RHC 4.545 – Rel. Assis Toledo; HC 4.363 – Rel. Cid Fláquer Scartezini; RHC 5.583 – Rel. José Dantas). Ver em CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro – bases para sua compreensão*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 29.

<sup>7</sup> Ver em MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 1999, p. 456.

<sup>8</sup> Ressalta Julio Maier que a política criminal contemporânea traz consigo como um dos temas principais a postulação a um “regresso às formas acusatórias do procedimento penal”. Ou seja, mesmo sem se prescindir da persecução penal pública, caminha-se para um modelo processual penal no qual “os papéis dos sujeitos que atuam no processo são definidos de maneira mais ortodoxa”, o que necessariamente “implica em uma diminuição dos poderes dos tribunais para investigar a verdade” e uma “redefinição de seu papel, mais semelhante ao de um árbitro de uma disputa que a de um inquisidor; ao tribunal corresponde, basicamente, a responsabilidade pelo respeito e garantias individuais por parte dos órgãos de persecução penal. Ao mesmo tempo, se define o papel do Ministério Público, o qual, em vez de figurar como mero controlador das decisões judiciais, assume o papel de inquisidor, de condutor da persecução penal e de responsável por sua eficiência”. Ob. cit., p. 460.

<sup>9</sup> Ver em STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 23.

ricana de Direitos Humanos está concentrada no artigo 8º, sob o título “garantias judiciais”.

Antes disso, porém, a Convenção prevê especificamente sobre a legalidade das prisões em seu artigo 7º (“direito à liberdade pessoal”), em disposições que também repercutem no direito processual penal. Contudo, este trabalho não tem a pretensão de esgotar o debate sobre o tema, visando apenas demonstrar, por meio de alguns exemplos, o descompasso entre as normas da Convenção, especificamente referentes a garantias processuais penais, e o entendimento do Judiciário brasileiro.

Como iremos analisar algumas das garantias processuais penais dispostas na Convenção, vale a transcrição do texto do artigo 8º mencionado:

*“Artigo 8º – Garantias judiciais*

*1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de outra natureza.*

*2. Toda pessoa acusada de praticar um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do Juízo ou do tribunal;*
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;*
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;*
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;*
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender por ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;*
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;*
- g) direitos de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e*
- h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*

*3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.*

*4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo julgamento pelos mesmos fatos.*

*5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da Justiça.”*

### 3. Garantias judiciais da Convenção: garantia de acesso à Justiça

O artigo 8º, 1 dispõe que toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável.

Trata-se do direito à tutela jurisdicional, também abraçado pela Constituição Federal no art. 5º, XXXV. A Convenção, contudo, ao disciplinar tal direito, foi mais detalhista do que o texto constitucional e explicitou o direito ao processo de duração razoável.

Contudo, o Estado tem se revelado incapaz não só de garantir de fato o acesso e a igualdade de todos à Justiça e ao Direito, como também de dotar o sistema judicial de meios e mecanismos que permitam processar de forma célere e eficaz a procura de tutela judicial que lhe é dirigida<sup>10</sup>.

Nossos tribunais, porém, não se têm debruçado sobre a questão como deveriam. Não é por outro motivo que há quase que um consenso de que a duração excessiva dos processos – particularmente dos processos criminais – é a grande responsável pelo crescente desprestígio dos tribunais pátrios e pela impunidade<sup>11</sup>.

Paradoxalmente, os tribunais pronunciam-se a respeito da duração do processo quase que exclusivamente nos casos em que houve excesso de prazo na prisão dos acusados. A determinação, assim, é pela soltura dos réus – mas não pela observância à necessidade de celeridade do procedimento, tida como matéria de menor relevância e que “perde todo o interesse” se a questão do acusado preso estiver resolvida<sup>12</sup>.

Embora os prazos, por exemplo, para proferimento de decisões estabelecidos expressamente no Código de Processo Penal (ainda que de forma bastante tímida, dirigida aos

<sup>10</sup> O processo de duração razoável, como preceito indissociável da garantia de acesso à Justiça, configura-se direito a ser aplicado integralmente no processo penal. Volta-se tanto aos interesses do acusado – o que é evidente caso seja decidido que ele é inocente – como aos da parte acusadora de ver punidos em tempo adequado crimes que afetaram a coletividade. Interessante é o pensamento do jurista Evandro Lins e Silva que, ao avaliar a estratégia da defesa no processo de impeachment de Fernando Collor de Mello, afirmou que “*interessava enormemente à defesa o retardamento do julgamento. Nos julgamentos, que demoram muito, o que é que acontece? Há um esquecimento, há um amortecimento das acusações. Isso era importante, e essa era uma tática de defesa perfeitamente compreensível. Mas não teve êxito. O Senado a repeliu. E o julgamento, afinal, se realizou. Mas digo que os advogados agiram como entenderam que deviam agir. Exerceram o direito universal de defesa, assegurado na Constituição em todos os países livres*”. Ver em LINS E SILVA, Evandro. *O Salão dos Passos Perdidos – depoimento ao CPDOC. Entrevista – Marly Motta e Verena Alberti*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 445.

<sup>11</sup> Nesse sentido, cite-se as palavras de Paulo Sérgio Pinheiro, professor de Ciência Política, diretor do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, atual secretário nacional de Direitos Humanos, ao comentar a provável impunidade de criminosos responsáveis pelos delitos no que ficou conhecido como o “massacre do Carandiru” e a repercussão no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: “*A longínqua perspectiva de punição para os responsáveis pelo massacre do Carandiru confirma os termos da denúncia que a Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos, a Human Rights Watch e o Cejil (Centro pela Justiça e o Direito Internacional) apresentaram em fevereiro de 1994 contra o Estado brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ano passado, a Comissão acolheu a denúncia e condenou o “fracasso” (do Estado brasileiro) em investigar, levar a julgamento e punir seriamente e efetivamente aqueles responsáveis. Os legisladores são diretamente responsáveis por esse descabro: melhor fariam se votassem, antes de cuidar de suas reeleições, as reformas do Código Penal e do Código de Processo Penal emperradas no Congresso. Urge impor um limite de tempo para o inquérito policial, diminuir o número e as possibilidades de recursos, reduzir o número de audiências e encurtar o tempo médio do processo judicial*”. Ver em PINHEIRO, Paulo Sérgio. *A impunidade e o teatro de horrores*. Folha de S. Paulo, 11 de julho de 2001.

<sup>12</sup> A expressão é de um acórdão do Tacrim-SP, que assim decidiu: “*Excesso de prazo implica em constrangimento ilegal e não em nulidade. E a matéria perde todo o interesse, desde que a prisão passe a resultar de sentença condenatória*” (Tacrim-P – AP – Rel. Papaterra Limongi – Jutacrim-P 56/266. Grifo nosso). Somente a título de ilustração, nos casos citados nas notas anteriores – caso Collor e caso do Carandiru – não houve uma única menção do Judiciário pátrio sobre a duração irrazoável dos processos, não obstante a existência, inclusive, de advertência específica pela Comissão Interamericana no caso do Carandiru.

“juízes singulares”) sejam rotineiramente desrespeitados, em todas as instâncias (não sendo praxe sequer a justificativa do excesso de prazo), os tribunais se calam a respeito<sup>13</sup>.

Assim, ao mesmo tempo em que se decide que “o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do ‘due process of law’”, com menção expressa à Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>14</sup> e que “vigora no nosso sistema legal, por força e compromisso internacional a que o Brasil está obrigado a cumprir, o mandamento segundo o qual todo acusado tem o direito de obter, num prazo razoável, pronunciamento judicial que defina sua situação perante a lei”<sup>15</sup>, entende-se que “toda pessoa tem direito a ter um julgamento com defesa dentro dos prazos estabelecidos em lei. No entanto, isso nem sempre é possível. Quer dizer, a observância dos prazos para a realização ou conclusão de todos os atos processuais. Para isso concorrem fatores humanos ou da natureza”<sup>16</sup>.

À luz do Pacto de San José da Costa Rica, portanto, essas posições devem ser revistas.

#### 4. Garantias judiciais da Convenção: garantia do juiz natural

O mesmo art. 8º, I da Convenção prevê que toda pessoa tem o direito de ser ouvida por um “juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei”.

Por esse motivo, não há como se concluir, como bem observa Sylvia Steiner<sup>17</sup>, que o artigo 567 CPP foi recepcionado pela nova ordem. O artigo não é compatível com a disposição da Convenção, nem com a correta interpretação da nossa norma constitucional prevista no artigo 5º, LIII. A mera ratificação de atos processuais emanados de autoridades incompetentes não sana o vício, que acarreta nulidade absoluta<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Cabe transcrever o quase desconhecido artigo 800 CPP – desconhecido, quem sabe, pela disposição física do Código, que delegou o tema aos últimos dispositivos do diploma...

*“Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos:*

*I. de dez dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista;*

*II. de cinco dias, se for interlocutória simples;*

*III. de um dia, se se tratar de despacho de expediente;*

*§ 1º Os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição de recurso (art. 798, § 5º).*

*§ 2º Em qualquer instância, declarando motivo justo, poderá o juiz exceder por igual tempo os prazos a ele fixados no Código.*

*§ 3º O escrivão que não enviar os autos ao juiz ou ao órgão do Ministério Público no dia em que assinar termo de conclusão ou de vista estará sujeito à sanção estabelecida no art. 799.”*

<sup>14</sup> STF, HC80379/SP, Relator: Celso de Mello, DJ 25-05-01, p. 00011. Assim dispõe o acórdão: “(...) Julgamento sem dilações indevidas constitui projeção do princípio do devido processo legal. – O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do “due process of law”. O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. – O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu –, traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional”. Ver também, no mesmo sentido, RTJ-63/410; RTJ-138/829; HC-59223; HC-72412 e HC-74106.

<sup>15</sup> STJ, 5ª T., HC 5284 – Rel. Edson Vidigal.

<sup>16</sup> STJ – HC – Rel. Costa Lima – RT 679/376).

<sup>17</sup> A Convenção Americana... cit., p. 121.

<sup>18</sup> Na lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, qualquer ato de afronta a garantias constitucionais acarreta, no mínimo, em nulidade absoluta (quando não inexistência) desse ato: “não há como aplicar-se a regra do art. 567 do CPP aos casos de incompetência constitucional: não poderá haver aproveitamento dos atos não decisórios, quando se tratar de competência de jurisdição, como também de competência funcional (hierárquica e recursal), ou de qualquer outra estabelecida na Lei Maior”. Ver em As nulidades no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 45-46.



Não é essa, contudo, a posição majoritária da jurisprudência. O entendimento praticamente pacífico é no sentido de que os atos emanados por autoridades incompetentes não precisam ser refeitos, bastando para tanto sua ratificação<sup>19</sup>.

O dispositivo da Convenção garante também a toda pessoa o direito de ser processada por um juiz independente e imparcial.

A garantia à imparcialidade de julgamento vem sendo construída, nas normas internacionais de proteção aos direitos humanos, num progressivo detalhamento, o qual se faz necessário para assegurar a efetividade desta norma garantia no plano interno, interpretando-se a legislação ordinária de acordo com os ditames dos tratados internacionais de direitos fundamentais e as normas constitucionais.

Não é uma simples diretriz ou a expectativa abstrata de proteção futura de bens. Ao contrário, há um direito público subjetivo, vigente, eficaz, materializado na pretensão de paridade de tratamento e de armas entre acusação e defesa, como pressuposto de justiça na equação processual.

A violação da garantia da imparcialidade do Juízo verifica-se sempre que haja uma participação ativa do juiz na investigação pré-processual ou, na instrução do processo, houver manifestação de circunstâncias especiais que revelem a possibilidade de ter sido formada uma intensa convicção de culpabilidade pelo futuro juiz de julgamento.

Sobre este tema, escreve Figueiredo Dias que “a imparcialidade e objetividade” são, “conjuntamente com a Independência”, “condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial” e que elas “só estarão asseguradas quando a entidade julgadora não tenha funções de investigação preliminar e acusação das infrações, mas antes possa apenas investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado (em regra o Ministério Público ou um juiz de instrução)”, afirmando ainda: “É precisamente com este conteúdo que modernamente se afirma o princípio da acusação<sup>20</sup>.”

Ao consagrar a garantia do processo criminal de tipo acusatório, a Convenção Americana de Direitos Humanos como também a Constituição Brasileira pretendem assegurar que a entidade que julga não tenha funções de investigação e acusação: esta última tarefa há de ser levada a efeito por uma outra entidade – em regra, o Ministério Público. No julgamento do feito penal, o juiz deve mover-se dentro dos limites postos pela acusação. Com isto, pretende-se que os acusados da prática de uma infração criminal tenham um julgamento independente e imparcial.

Retirou-se, assim, o juiz da apuração das infrações penais, criando-se um procedimento, o inquérito policial, que é presidido por autoridade vinculada ao Poder Executivo – e que, por isso mesmo, tem natureza administrativa, não se apresentando como fase processual, mas como investigação prévia destinada à formação da convicção do titular da ação penal, o Ministério Público.

---

<sup>19</sup> Assim decidiu o STF: “Se a denúncia, inicialmente apresentada pelo Ministério Público do Estado, perante juiz estadual, foi, posteriormente, ratificada pelo Ministério Público federal, perante juiz federal, que, com jurisdição penal, no caso, procedeu a citação e a instrução e proferiu a sentença condenatória, não é de ser esta anulada, sob alegação de invalidade da ratificação da denúncia. 3. Nessa ratificação, não há necessidade de o Ministério Público competente reproduzir os termos da denúncia apresentada pelo Ministério Público incompetente, bastando que a eles se reporte” (HC 70541/SP, Relator: Sydney Sanches, DJ 18-03-94, p. 05151. Ver no mesmo sentido: HC-54619, RTJ-79/436, HC-58327, RTJ-95/1095, HC-62239, HC-63819, RTJ-122/532, HC-68202, RTJ-134/777).

<sup>20</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*, I volume, Coimbra: Coimbra Ed., 1984, p. 136 e 137.

Tal constatação, contudo, ainda não está arraigada no Estado brasileiro. Mesmo após a promulgação da Constituição e da ratificação da Convenção Americana entrou em vigor a Lei Nº 9.034, de 3 de maio de 1995, a qual, em seu artigo 3º<sup>21</sup>, naquele considerado pela doutrina como o “pior dos erros” dessa lei<sup>22</sup>, prevê o juiz como sujeito ativo na colheita de prova. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, “o legislador, a pretexto de resguardar o sigilo probatório (sigilo este decorrente da tutela da privacidade das pessoas), acabou criando – e dizemos isto com a devida vênia – uma monstruosidade, qual seja, a figura do juiz inquisidor, nascido na era do Império Romano, mas com protagonismo acentuado na Idade Média, isto é, época da Inquisição<sup>23</sup>”.

Seguindo o caminho já adotado pelo Legislativo, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a lei, por maioria de votos considerou que o magistrado tem poderes instrutórios e que a coleta de provas não desvirtua a função do juiz nem lhe compromete a imparcialidade<sup>24</sup>.

##### **5. Garantias judiciais da Convenção: presunção de inocência**

A Convenção Americana prevê que “toda pessoa acusada de praticar um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade”.

Dessa forma, de acordo com o texto da norma, nenhuma sanção criminal poderá ser imposta antes de comprovada a culpabilidade do acusado, nem qualquer efeito jurídico condenatório poderá ocorrer. Assim, por exemplo, o fato de alguém ter contra si inquérito policial ou mesmo ação criminal, enquanto não for comprovada sua culpabilidade, não pode acarretar, per se, efeito sancionador. Ou seja, isoladamente, a existência de ações penais em curso ou inquéritos não pode ser considerada “maus antecedentes”, como elemento de exacerbação da pena ou justificativa para a prisão preventiva.

Não obstante o princípio da presunção da inocência já tenha sido assimilado em alguns julgamentos de nossos tribunais – embora não cheguem a afirmar categoricamente a

---

<sup>21</sup> Dispõe o art. 3º da Lei Nº 9.034: “*Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por Lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. §1º – Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo. §2º – O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc. §3º – O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação. §4º – Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz. §5º – Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao Juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinete, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado.*”

<sup>22</sup> Ver GOMES, Luiz Flávio et CERVINI, Raúl. *Crime Organizado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 103.

<sup>23</sup> GOMES, Luiz Flávio et CERVINI, Raúl. *Crime Organizado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 105.

<sup>24</sup> ADIN 1569 e 1570-2. Por maioria de votos, o plenário do Tribunal indeferiu os pedidos de medida liminar, seguindo-se o voto do relator, ministro Maurício Corrêa. Vencidos os ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e o presidente (ministro Sepúlveda Pertence). Ausentes os ministros Nelson Jobim e Sydney Sanches. Data de julgamento das liminares: Adin 1569 – 30.04.1997; Adin 1570-2 – 15.05.1997.

equiparação das garantias previstas na Convenção às garantias constitucionais –, ainda encontramos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, para citar nossas Cortes Superiores, interpretações frontalmente colidentes com a garantia preconizada na Convenção.

Assim, o STJ decidiu pela obrigatoriedade, para apelar, de recolhimento à prisão dos réus portadores de maus antecedentes<sup>25</sup>. Com relação ao tema, o entendimento atual do STF é de que “*ambas as turmas desta Corte (assim, a título explicativo, nos Habeas Corpus 72.093, 72.643 e 72.840) têm entendimento, já na vigência da atual Constituição, de que devem ser tidos como maus antecedentes os decorrentes da existência de processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em Juízo e até indiciamento em inquéritos policiais*”<sup>26</sup>.

## **6. Garantias judiciais da Convenção: garantias do duplo grau de jurisdição e ampla defesa**

O art. 594 do Código Penal Brasileiro prevê que “*o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livra solto*”. Mais adiante, no artigo 595, dispõe o CPP que “*se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação*”.

Como se vê, a norma processual impõe condição para que o acusado apele, para que ele tenha acesso ao duplo grau de jurisdição. E ainda, há uma exigência legal de o réu permanecer preso até o julgamento da apelação, caso contrário a apelação por ele interposta não será conhecida nem julgada<sup>27</sup>.

No entanto, o texto da Convenção Americana é claro: todo acusado de crime tem direito, em plena igualdade, de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Assim, o texto da Convenção colide com os artigos nominados.

Também contraria o texto da Convenção a determinação do art. 27, § 2º da Lei 8.038/90, segundo o qual “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. Não há como entender que a interposição de recurso extraordinário não suspende a execução da sentença condenatória, se esta sentença não transitou em julgado.

O STF, porém, mantém posição no qual reconhece a validade dos arts. 594 e 595 CPP<sup>28</sup>. Segundo a Corte, ambos os artigos foram recepcionados pela Constituição.

<sup>25</sup> STJ – REsp 139.924. DJU 2.3.1998, p. 134.

<sup>26</sup> STF – RE – Rel. Moreira Alves – DJU 6.3.1998, p. 23.

<sup>27</sup> Luiz Flávio GOMES lembra, ainda, que “*em nenhuma hipótese o direito de apelar e a prisão podem estar atrelados. A decretação da prisão ou a própria prisão (que só pode acontecer por motivos excepcionais, motivadamente) de modo algum pode ‘condicionar’ o recurso de apelação, que foi garantido de modo irrestrito na Convenção Americana de Direitos Humanos – esta, como vimos, fala em recurso ‘efetivo’*”. Mais adiante, prossegue o autor: “*O princípio da presunção da inocência, como vimos, não obsta a decretação de prisão cautelar, desde que existam motivos relevantes. Proíbe, isso sim, prisão automática ou obrigatória ou ‘por força de lei’ ou mesmo execução provisória da pena*”. Ver GOMES, Luiz Flávio. *Direito de Apelar em Liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 62 e 86.

<sup>28</sup> No RHC nº 82.007/SP, Primeira Turma, Relatora Ellen Gracie, foi decidido que “*A jurisprudência desta Corte tem fixado o entendimento de que, uma vez empreendida a fuga do sentenciado após a interposição do recurso de apelação, este deve ser julgado deserto, à luz do que dispõem os arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal (HC nº 71.701, min. Sydney Sanches e RHC nº 81.742, min. Maurício Corrêa)*”. No RHC nº 81.946/SP, Primeira Turma, Relator Moreira Alves, determinou a Corte Suprema “*Aplicação, no caso, do artigo 594 do Código de Processo Penal, que, conforme o entendimento de ambas as Turmas desta Corte, não foi revogado pelo princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes do STF. Recurso a que se nega provimento*”.

Especificamente com relação à norma da Convenção e a possibilidade de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial, o entendimento é de que “a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)* não assegura, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade, ressalvando o disposto na Constituição e nas leis dos Estados partes<sup>29</sup>”.

A Corte Constitucional afirma que a legislação interna pode restringir o direito de recorrer em liberdade e, portanto, tem o condão de limitar o disposto na Convenção.

Possivelmente, a decisão visa a evitar que os recursos extraordinário e especial sejam utilizados como estratégia da Defesa para postergar eventual detenção ou procrastinar o feito e assim obter a extinção da punibilidade por conta do decurso de lapso temporal que acarreta a prescrição.

No entanto, se os prazos de duração dos feitos são irrazoáveis e o trânsito em julgado das decisões ocorrem muitos anos após o cometimento dos delitos, é evidente que o problema não pode ser minimizado por meio de decisão de não-aplicação de direito fundamental. Mesmo porque, conforme já foi afirmado neste trabalho, também o direito à duração razoável do processo é garantia fundamental que deve ser respeitada pelo Estado brasileiro e por seus tribunais.

## 7. Conclusões

1. A concepção pós-moderna do Direito levou à reorientação do conceito de direitos humanos, agora universais, indivisíveis e protegidos por um sistema normativo internacional. As garantias processuais penais fazem parte desse rol.

2. Contudo, dez anos após a adesão brasileira à Convenção Americana de Direitos Humanos e 33 anos depois de sua assinatura, no Judiciário brasileiro há predominância de teses superadas no meio jurídico com relação à matéria.

3. Verifica-se que, nos casos em que nossos tribunais não vêem conflito entre a Convenção Americana e a legislação interna, seus preceitos são mencionados e invocados ao lado das normas nacionais, mas como um reforço da legislação interna – e não o contrário, como deveria ser.

4. Quando as normas da Convenção são conflitantes com nossa legislação, o consenso jurisprudencial é de que os artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos não foram recepcionados pela legislação interna, considerando “o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição”.

5. Ao prever a garantia de acesso à Justiça, a Convenção Americana de Direitos Humanos explicitamente preconiza o direito ao processo de duração razoável. Contudo, o Estado brasileiro tem se revelado incapaz não só de garantir de fato o acesso e a igualdade de todos à Justiça e ao Direito, como também de dotar o sistema judicial de meios e mecanismos que permitam processar de forma célere e eficaz a procura de tutela judicial que lhe é dirigida. Nossos tribunais, porém, não se têm debruçado sobre a questão como deveriam,

---

<sup>29</sup> STF – HC nº 73.151-1/RJ, Primeira Turma, Relator MOREIRA ALVES.

muito embora o problema acarrete ao País e aos seus tribunais, externamente, imagem de desprestígio e de impunidade.

6. A garantia à imparcialidade de julgamento vem sendo construída, nas normas internacionais de proteção aos direitos humanos, num progressivo detalhamento, o qual se faz necessário para assegurar a efetividade desta norma garantia no plano interno, interpretando-se a legislação ordinária de acordo com os ditames dos tratados internacionais de direitos fundamentais e as normas constitucionais.

7. A violação da garantia da imparcialidade do Juízo verifica-se sempre que haja uma participação ativa do juiz na investigação pré-processual ou, na instrução do processo, houver manifestação de circunstâncias especiais que revelem a possibilidade de ter sido formada uma intensa convicção de culpabilidade pelo futuro juiz de julgamento. Ao consagrar a garantia do processo criminal de tipo acusatório, a Convenção Americana de Direitos Humanos como também a Constituição Brasileira pretendem assegurar que a entidade que julga não tenha funções de investigação e acusação: esta última tarefa há de ser levada a efeito por uma outra entidade – em regra, o Ministério Público.

8. Além disso, em virtude do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como na Constituição Brasileira, a mera ratificação de atos processuais emanados de autoridades incompetentes não basta para sanar a nulidade absoluta. Como toda pessoa tem direito a ser processada e julgada por um juiz competente, os atos emanados de autoridades incompetentes precisam ser refeitos.

9. A Convenção Americana prevê que “toda pessoa acusada de praticar um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade”. De acordo com o texto da norma, nenhuma sanção criminal poderá ser imposta antes de comprovada a culpabilidade do acusado, nem qualquer efeito jurídico condenatório poderá ocorrer. Assim, o fato de alguém ter contra si inquérito policial ou mesmo ação criminal, enquanto não for comprovada sua culpabilidade, não pode acarretar, per si, efeito sancionador.

10. Os arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal, que impõem condição para que o acusado tenha acesso ao duplo grau de jurisdição e ainda cominam exigência legal de o réu permanecer preso até o julgamento da apelação, caso contrário a apelação por ele interposta não será conhecida nem julgada, colidem frontalmente com o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo a Convenção, todo acusado de crime tem direito, em plena igualdade, de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Da mesma forma, também contraria o texto da Convenção a determinação do art. 27, § 2º da Lei 8.038/90, segundo o qual “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. Não há como entender que a interposição de recurso extraordinário não suspende a execução da sentença condenatória, se esta sentença não transitou em julgado. Se os prazos de duração dos feitos são irrazoáveis e o trânsito em julgado das decisões ocorrem muitos anos após o cometimento dos delitos, é evidente que o problema não pode ser minimizado por meio de decisão de não-aplicação de direito fundamental. Mesmo porque, também o direito à duração razoável do processo é garantia fundamental que deve ser respeitada pelo Estado brasileiro e por seus tribunais.

## 8. Bibliografia

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Editora UnB, 1998.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro – bases para sua compreensão*. São Paulo: Edipro, 2001.
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. I volume. Coimbra: Coimbra, 1984.
- GOMES, Luiz Flávio et CERVINI, Raúl. *Crime Organizado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- GOMES, LUIZ FLÁVIO. *Direito de Apelar em Liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- LINS E SILVA, Evandro. *O Salão dos Passos Perdidos – depoimento ao CPDOC*. Entrevista – Marly Motta e Verena Alberti. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. *A impunidade e o teatro de horrores*. Folha de S. Paulo, 11 de julho de 2001.
- PIOVESAN, Flávia et GOMES, Luiz Flávio (coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RAMOS\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

# A INFLUÊNCIA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Avaliação no seu décimo aniversário de entrada em vigor no Direito brasileiro

*Fauzi Hassan Choukr\**

**Sumário:** 1. Itinerário de Pasárgada. 2. Influência da CADH no processo de conhecimento. 3. Influência da CADH no processo cautelar. 4. Influência da CADH na execução penal. 5. Sísifo (des)consolidado

## 1. Itinerário de Pasárgada

Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) possui uma relação com o Direito brasileiro que pode ser seccionada, para fins meramente didáticos, em duas faces: uma, o corte normativo, que implicará no reconhecimento de sua posição jurídica ante o cenário positivo brasileiro, com as implicações que traz em termos de seu status e o conflito normativo que surgirá, inevitavelmente, com outras normas; uma segunda face diz respeito aos valores culturais que a Convenção porta e como esses primados influenciam os operadores do Direito no plano jurisprudencial e doutrinário.

Embora passíveis da segmentação para fins expositivos, a dicotomia ora apresentada não é excludente, senão complementar, no melhor sentido “bobbiano” da expressão e, diante da riqueza temática que a Convenção acarreta, o presente texto ficará restrito às suas implicações no campo processual penal.

Agregue-se, ainda, para fins de compreensão do desenvolvimento das idéias, que a Convenção possui três momentos distintos em face do Direito brasileiro e da cultura que ela traduz, levando-se em conta na tripartição o próprio itinerário jurídico-político do texto. Assim, pode-se identificar o período que vai da assinatura da Convenção, em 1969, até a sua entronização no sistema pátrio, em 1992; depois, o período que vai de 1992 até 1998, quando foi aceita a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seguindo-se, desde então, a inserção definitiva, ao menos do ponto de vista normativo, do Brasil ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

---

\* Fauzi Hassan Choukr é promotor de Justiça/SP desde 1989. Mestre e doutor em Direito Processual Penal/USP. Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford (New College). Pesquisador convidado do Instituto Max Planck para Direito Penal Estrangeiro e Internacional Freiburg im Breisgau. Membro da Associação Internacional de Direito Penal, membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e membro conselheiro do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária/SP 1998-2000/2001-2002.

Esse itinerário tem colorações distintas de acordo com o próprio momento político do Estado brasileiro, quer no plano normativo, quer no plano cultural da aceitação da CADH. No primeiro período, que vai de 1969 a 1992, é imperioso notar o regime de exceção ao estado de direito e suas implicações no campo repressivo pátrio<sup>1</sup>. Inegavelmente é de ser justificada a assinatura da Convenção no auge do regime militar apenas como uma demonstração de respeito de fachada aos direitos humanos e uma tentativa de demonstrar para o público externo a obediência ao primado da lei. Do ponto de vista do discurso oficial de então, a proteção dos direitos fundamentais é de essencial importância retórica para a legitimação do sistema, numa aproximação quase “habermasiana”<sup>2</sup>.

Como sabido à exaustão, os anos que imediatamente se seguiriam à assinatura seriam rotulados como os “anos de chumbo”, exaurindo-se no rótulo o conteúdo de seu significado<sup>3</sup>. O período caracterizou-se pelo ápice do regime de exceção à democracia, quando o sistema legal existente era largamente usado para oprimir politicamente os “inimigos do regime” e no qual se utilizou amplamente a primeira LSN imposta com o Decreto-Lei Nº 314 – de 13 de março de 1967.

Ao tomar posse, em 15 de março de 1967, Costa e Silva distribuiu seus ministérios militares para os membros da linha-dura, “o que significava, ao lado da consolidação de meios mais enérgicos de ação (Lei de Segurança Nacional), a formação de um escalão de poder que saberia aproveitar os mecanismos jurídicos repressivos herdados de Castello Branco”<sup>4</sup>. E todo este aparato foi empregado contra as vozes políticas de oposição que ainda restavam, bem como contra o movimento estudantil, particularmente hostil ao movimento militar que teve no movimento de 1968, ocorrido na Europa, um incentivo a mais nos seus protestos, somando-se a tudo isto a insatisfação da classe trabalhadora.

O que adveio deste cenário foi a edição do mais drástico dos Atos Institucionais, o de número 5, “apto a permitir a intensificação da violência oficial”. Juntamente, surgiu o Ato Complementar Nº 38, que fechava o Congresso por tempo indeterminado<sup>5</sup>. A partir daí, o Ministério da Guerra invocou para si o controle de todo o aparato policial dos Estados, endurecendo a censura, que agora era assunto de competência militar, e proibição de qualquer crítica aos Atos Institucionais. Professores universitários foram afastados compulsoriamente de seus cargos e alterou-se a competência e a composição dos tribunais superiores, aumentando as

---

<sup>1</sup> Para uma ampla visão do contexto e suas implicações no direito e no processo penal brasileiros, veja-se CHOUKR, F. H. *O papel do Direito Penal na transição dos Estados autoritários para a democracia. Relatório brasileiro* (coordenador). Inédito no Brasil. Projeto de pesquisa do Max Plack Institute – Freiburg im Breisgau – 1999.

<sup>2</sup> Cabe lembrar que, para Habermas, “o sistema jurídico, para ele, necessita de instituições básicas capazes de legitimá-lo. E esse é justamente o papel desempenhado pelos Direitos Fundamentais (Direitos Humanos) e pelo princípio da Soberania Popular, consolidados nas Constituições do moderno Estado de Direito. Portanto, são precisamente tais instâncias que garantem a simbiose entre o sistema jurídico eticamente neutro, reduzido à heteronomia, e a moralidade, reduzida à esfera interna, ou seja à autonomia. Em outras palavras, é isso que garante a comunicação entre o Direito público e o Direito privado. Entre minha intimidade, esfera da Direito privado, e minha vida social, esfera do Direito público.” MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos Livraria e Editora, 1.999, p. 49.

<sup>3</sup> PONTES, Evandro F. de & PONTES, José Antonio S. de. *In*, Relatório, op. cit, especialmente capítulo 1.

<sup>4</sup> Relatório, op.cit.

<sup>5</sup> O Congresso voltaria a funcionar apenas em outubro de 1969, após as eleições presidenciais daquele ano.



funções dos tribunais militares. Suspendeu-se o habeas corpus para os crimes contra a segurança nacional, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal havia concedido liberdade a muitos presos políticos até então. Suas medidas em geral seguiam o que já havia sido imposto pelos Atos Institucionais anteriores, mas com uma diferença fundamental: não tinha prazo de vigência. Seguiram-se inúmeras cassações de parlamentares, com especial atenção aos que votaram contra o governo na questão da imunidade dos deputados visados. O Poder Judiciário também não ficou incólume: em 16 de janeiro do ano seguinte, o presidente Costa e Silva, pessoalmente, em uma reunião de Ministérios, faz a entrega do ato que imporá a aposentadoria compulsória a três ministros do Supremo Tribunal Federal: Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Vítor Nunes Leal”<sup>6</sup>. Dele derivou diretamente o incremento do movimento de guerrilha no País, com a integração nesse cenário de membros de políticos “formais” de oposição.

Como reação, o efeito imediato dessa “ousadia guerrilheira” pelo lado do Estado de Segurança Nacional foi a institucionalização da tortura como parte de uma insana radicalização nos modos de combate estatal às esquerdas. A tortura como modo de obtenção de informações chegou ao ponto de atingir crianças para provocar confissões de pais, que não raro em nada se relacionavam às guerrilhas urbanas. Era a consolidação de uma estratégia para intimidar toda a população a não cooperar com a oposição clandestina. A tortura ou intimidação de cidadãos sem critérios era uma forma de “propaganda” de um sistema de terror, que visava atingir a subversão ainda que ao custo da violência a inocentes”<sup>7</sup>. De forma complementar editou-se a Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969, um vasto texto absorveu a Constituição de 1967, suprimindo elementos liberais ainda presentes no texto original e incluindo na Constituição dispositivos do AI-5. Essa emenda era tão ampla, que passou a ser chamada de “Constituição de 1969”. O maior disparate jurídico de todos os tempos, entretanto, seria publicado posteriormente, o Decreto-Lei Nº 69.534, de 11 de novembro de 1971, que autorizava o Executivo a editar decretos secretos.

Foi no governo de Emílio Garrastazu Médici que a repressão encontrou seu cume, com o pleno desenvolvimento do serviço brasileiro de informações (SNI) na prática da violência, contando com o apoio dos serviços secretos ou centros de informação do Exército (Ciex), da Marinha (Cenimar) e da Aeronáutica (Cisa) sob seu direto controle, e que tinham como função imediata o controle ideológico dos próprios integrantes das Forças Armadas. Instituições civis também faziam parte do aparato de informações. “O órgão civil responsável pela investigação e repressão era a Secretaria Estadual de Segurança Pública (Sesp), que controlaria o Dops e os Deops.<sup>8</sup> A força política do SNI era enorme, a tal ponto de que o chefe do SNI era automática-

---

<sup>6</sup> Relatório, op. cit.

<sup>7</sup> Idem ibidem

<sup>8</sup> O órgão civil federal era o Dops – Departamento de Ordem Política e Social, cujas seções locais eram os Deops – Departamentos Estaduais de Ordem Política e Social. Em São Paulo, ficou conhecida agência do Dops sob o comando do delegado Sérgio Paranhos Fleury, hoje considerado um dos símbolos da repressão feita pelos civis, como denuncia o relatório Brasil: Nunca Mais, Petrópolis: Vozes, 1985, p.74: No caso de São Paulo, o Dops (mais tarde Deops) chegou praticamente a competir com o DOI-Codi na ação repressiva, reunindo em torno do delegado Sérgio Paranhos Fleury uma equipe de investigadores que, além de torturar e matar inúmeros de opositores, eram simultaneamente integrantes de um bando autodenominado “Esquadrão da Morte”. Esse “Esquadrão”, a pretexto de eliminar criminosos comuns, chegou a assassinar centenas de brasileiros, muitos dos quais não registravam qualquer tipo de antecedente criminal.

mente sério candidato à Presidência da República. Havia ainda o Departamento da Polícia Federal (DPF), responsável pela censura e repressão, em casos especiais, e o próprio aparato de segurança pública dos Estados, cujas polícias militares passaram ao controle direto do governo federal, por meio do Decreto Nº 667, de 2 de julho de 1969, sendo controladas por um general do Exército.”<sup>9</sup>, sendo outro organismo repressivo de importância a chamada Operação Bandeirantes – Oban. Criada no início de 1969, combinava forças policiais com oficiais militares, principalmente sob controle do II Exército – SP e foi financiada principalmente por industriais nacionais e estrangeiros<sup>10</sup>. Atuou em vários Estados, mas principalmente em São Paulo e Rio de Janeiro.

Nesse primeiro período, que se projeta por toda a superação do regime militar e a reconstrução formal do estado de direito, culminando com a eleição para a Presidência da República de um civil, e a promulgação de uma nova Constituição para a República em 5 de outubro de 1988, a temática do respeito aos direitos humanos fez-se sempre presente na pauta política, mas o emprego formal da Convenção era pífio, mesmo porque o texto não se encontrava exequível internamente, embora doutrina recente, já sob a égide do atual texto constitucional defenda a possibilidade da “invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”<sup>11</sup>. Se a utilização jurídica da própria Constituição era escanteada diante dos atos de violência institucional, a CADH jamais foi alçada à condição de um primado tangível perante os tribunais e, mesmo no cenário acadêmico, onde ela poderia ser usada como uma referência retórica de apoio ao discurso da retomada do estado de direito, sua invocação era meramente residual e mesmo desprezível no contexto global.

Quanto à temática dos direitos humanos e sua proteção, como lucidamente afirmado, “as duas décadas de ditadura militar continuam a pesar bastante sobre o funcionamento do Estado como sobre as mentalidades coletivas, o que faz com que o conjunto das classes sociais tendam a identificar a defesa dos direitos do homem com a tolerância à bandidagem. De maneira que, além da marginalidade urbana, a violência no Brasil encontra uma segunda raiz em uma cultura política que permanece profundamente marcada pelo selo do autoritarismo.”<sup>12</sup>

A superação formal do período de exceção traz a edificação de uma nova Constituição para a República, com seu engajamento à ordem internacional e à proteção dos direitos fundamentais no plano interno e externo<sup>13</sup> e, nesse contexto, o nosso direito positivo incorporou a CADH ao ordenamento jurídico, por meio do Decreto Nº 678/92. A partir de então se pode afirmar que a Convenção passou a incorporar com mais intensidade as preocupações dos

---

<sup>9</sup> Relatório, op. cit.

<sup>10</sup> Em *Brasil: Nunca Mais* constam como patrocinadoras da Oban nomes de empresas como Ford e General Motors. Skidmore (idem, ibidem; p.254) indica como financiadores o grupo Ultragás, presidido por Henning Albert Boilesen, bem como os ex-governadores do Estado de São Paulo ligados aos militares, Abreu Sodré e Paulo Salim Maluf, este, futuro candidato a Presidência por duas vezes após a abertura e que “considerava a OBAN um importante projeto cívico” (Skidmore, T. idem, ibidem; p.254). Skidmore ainda relata que alguns dos financiadores, como Boilesen, “tinha acesso às salas de tortura onde insultava os presos” (idem, ibidem; p.254 e nota 83 na mesma página da obra). Relatório, op. cit..

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, ob. cit., p. 104.

<sup>12</sup> WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 10.

<sup>13</sup> CR, especialmente artigos 1º a 4º e 5º, §2º.

acadêmicos brasileiros e começou a ser invocada com mais constância junto aos tribunais. Contudo, junto a esses últimos, muito menos pelo seu conteúdo material do que pela discussão formal de seu status no sistema interno brasileiro.

O ponto de partida foi a questão da prisão civil do depositário infiel. Neste tópico “No julgamento do HC 72.131, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o Dec.-lei 911/69 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, inclusive no ponto em que admite prisão civil do alienante fiduciante, quando se torne depositário infiel, como ali previsto”<sup>14</sup>, sendo tal entendimento repetido à exaustão, para se afirmar que “não há constrangimento ilegal ou ofensa à Constituição no decreto da custódia, após decisão definitiva da ação de depósito, com a não-devolução do bem, nem o pagamento do valor, pelo paciente, configurando-se a situação de depositário infiel, prevista no art. 5.º, LXVII, da Constituição de 1988.”<sup>15</sup>, pois “A equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel não afronta a Carta da República. Legítima, assim, a prisão civil do devedor fiduciante que descumpre, sem justificação, ordem judicial para entregar a coisa ou o seu equivalente em dinheiro”<sup>16</sup>.

Como se não houvesse toda a inserção do direito interno na órbita internacional, continua-se a tratar particularmente este tema pela ótica doméstica, afirmando-se que “O texto constitucional em vigor não inviabiliza a decretação da prisão civil do depositário infiel, o qual não se afasta, em substância, da redação da Carta revogada, o que proporcionou a recepção das leis que regem a matéria”<sup>17</sup>, aduzindo, na seqüência, que “A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5.º, LXVII). 2. Os arts. 1.º (art. 66 da Lei 4.728/65) e 4.º do Dec.-lei 911/69 definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3. A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária e assim se decide com o argumento de que os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2.º do art. 5.º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7.º, n. 7, do Pacto de San José da Costa Rica (‘ninguém deve ser detido por dívida’: este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5.º, LXVII, da Constituição”<sup>18 - 19</sup>. Esta postura é largamente sentida no e.

<sup>14</sup> STF – HC 74.875-9 – Rel. Sidney Sanches – DJU 11.04.97, p. 12.192.

<sup>15</sup> STF – HC 70.625 – Rel. Néri da Silveira – DJU 20.05.93, p. 12.248”

<sup>16</sup> STF – HC 71.286-0 – Rel. Francisco Rezek – RT 721/556.

<sup>17</sup> STJ – RHC 4.712 – Rel. Costa Lima – DJU 04.09.95, p. 27.841.

<sup>18</sup> STF – HC 73.044-2 – Rel. Maurício Corrêa – DJU 20.09.96, p. 35.534.

<sup>19</sup> Ainda no âmbito do STF: STF: HC 73.044 – Rel. Maurício Corrêa, HC 73.058 – Rel. Maurício Corrêa, HC 73.469-3 – Rel. Octávio Gallotti, RE 84.779 – Rel. Xavier de Albuquerque, HC 74490-7 – Rel. Octávio Gallotti, HC 74.798-1 – Rel. Ilmar Galvão, HC 74.822-8 – Rel. Moreira Alves, HC 73.469-3 – Rel. Octávio Gallotti, HC 70.718-1 – Rel. Francisco Rezek, HC 74.739-6 – Rel. Carlos Velloso, HC 74.473-7 – Rel. Francisco Rezek, HC 74.831-7 – Rel. Nelson Jobim, HC 75.306-0 – Rel. Moreira Alves, HC 75.418-0 – Rel. Nelson Jobim, HC 75.346-9 – Rel. Nelson Jobim, HC 75.903-8 – Rel. Moreira Alves

Supremo Tribunal<sup>20</sup> e ecoa pelos vários Tribunais do País<sup>21</sup>.

É de ser destacada, por certo, a existência de entendimento em sentido contrário (minoritária em comparação à posição firmada do e. STF), fundado em argumentos estritamente infraconstitucionais, a dizer que “a prisão civil é restrita aos casos indicados pela Constituição da República (art. 5.º, LXVII) – Inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia e do depositário infiel. No depósito, é entregue coisa de terceiro para o depositário, restituída nas condições acordadas ou quando solicitada. No contrato de alienação fiduciária, é diferente, há finalidade diversa. Aqui há obrigação de restituir, desde que não efetuado o pagamento. Nota-se, a ameaça de prisão, no caso, é meio, isto é, modo de constranger o devedor a honrar o débito. Ao contrário do depósito, na alienação fiduciária, pode haver pagamento, pelo menos parcial do preço. Não se identificam, materialmente, a hipótese da Constituição e a prisão por dívida civil”<sup>22</sup> e que “o devedor fiduciante que descumpre a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor-fiduciário não se equipara ao depositário infiel, passível de prisão civil, pois o contrato de depósito, disciplinado nos arts. 1.265 a 1.287 do CC, não se equipara, em absoluto, ao contrato de alienação fiduciária. A regra do art. 1.º do Dec.-lei 911/69, que equipara a alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito, perdeu a sua vitalidade jurídica em face da nova ordem constitucional”<sup>23</sup>. Poucos acórdãos, entretanto, enfrentam o tema da ubiquação constitucional da Convenção<sup>24</sup>, mantendo-se a assertiva de ter a ordem constitucional dado tratamento distinto à situação do devedor, mas tudo dentro do positivismo interno, com a tradicional concepção de soberania<sup>25</sup>.

Se do ponto de vista dos tribunais a temática limitou-se, na maioria das vezes, à discussão na forma acima exposta, ao menos a doutrina pátria despertou com mais disposição para o assunto, passando a Convenção a ser mencionada como fundamento de posições respeitadoras à liberdade individual<sup>26</sup> ou tratada em sede monográfica, dando assim realce à

<sup>20</sup> RHC 6034 (Rel. José Arnaldo – DJU 17.03.97, p. 7.528), HC 76.197-0 (Rel. Ilmar Galvão – DJU 13.02.98, p. 5), HC 74.381-1 (Rel. Moreira Alves – DJU 26.09.97, p. 47.476), HC 76.406-8 (Rel. Sidney Sanches – DJU 03.04.98, p. 6)

<sup>21</sup> RT 733/254, 731/316, 731/503, 730/462, 712/168, 708/121, 699/92; STJ: RHC 4.545 – Rel. Assis Toledo, HC 4.318 – Rel. Assis Toledo, HC 4.363 – Rel. Cid Fláquer Scartezini, RHC 5.583 – Rel. José Dantas, HC 4864 – Rel. Edson Vidigal, 1.º TACSP: AI 677.167-1 – Rel. Roberto Midolla, HC 666.873-7 – Rel. Ribeiro de Souza, HC 614.902-0 – Rel. Nelson Ferreira, AP 504.665-7 – Rel. Carlos Bittar, AI 576.717/5 – Rel. Sidnei Beneti

<sup>22</sup> STJ – REsp. 5.372 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 04.11.96, p. 42.526.

<sup>23</sup> STJ – RHC 5.883 – Rel. Vicente Leal – DJU 02.12.96, p. 47.724.

<sup>24</sup> STJ – RHC 4.297-0 – Rel. Vicente Leal – DJU 05.02.96, p. 1.443.

<sup>25</sup> No mesmo sentido: RT 727/590, 726/280, 726/318, 719/147; STJ: RHC 5.980 – Rel. Vicente Leal – DJU 03.02.97, p. 786; HC 4.681 – Rel. Vicente Leal – DJU 16.09.96, p. 33.794, RHC 5.948 – Rel. Fernando Gonçalves – DJU 03.02.97, p. 786, RHC 6.163 – Rel. William Patterson – DJU 07.04.97, p. 11.168, RHC 5.029 – Rel. William Patterson – DJU 25.08.97, p. 39.402, RHC 124.454 – Rel. William Patterson – DJU 29.09.97, p. 48.353, RHC 6.570 – Rel. José Arnaldo – DJU 29.09.97, p. 48.237, HC 5.598 – Rel. Cid Fláquer Scartezini – DJU 29.09.97, p. 48.231, HC 5.598 – Rel. Cid Fláquer Scartezini – DJU 29.09.97, p. 48.231, RHC 6.632 – Rel. Vicente Leal – DJU 06.10.97, p. 50.061, RHC 6.632 – Rel. William Patterson – DJU 27.10.97, p. 59.606, REsp. 134.473 – Rel. Felix Fischer – DJU 24.11.97, p. 61.268, RHC 6.863 – Rel. William Patterson – DJU 24.11.97, p. 61.286, HC 6.315 – Rel. Edson Vidigal – DJU 16.02.98, p. 113, RHC 6.446 – Rel. Edson Vidigal – DJU 09.03.98, p. 130.

<sup>26</sup> Entre inúmeros textos, os nossos. *As Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2001 e *Suspensão Do Processo Em Face Da Revelia, in Processo Penal à Luz da Constituição*, Bauro, Edipro, 1999.

existência da Convenção e aos valores que ela encarna<sup>27</sup>.

A luta pela verdadeira incorporação da Convenção na legislação e no espírito cultural do Direito brasileiro ainda pendia de um passo essencial: o reconhecimento, pelo Brasil, da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que não se havia dado em 1992 quando da entronização da CADH.

Com efeito, após uma década de recrudescimento do desrespeito aos direitos fundamentais reiteradamente denunciado pela imprensa brasileira e internacional<sup>28</sup>, e de respostas meramente retóricas dadas pelo governo, com a edição de “planos” protetivos a partir de 1995, mas sem qualquer efeito prático sobre a sociedade, houve o reconhecimento da competência da Corte por meio do Decreto Legislativo Nº 89, de 3 dezembro de 1998, inaugurando desta forma uma terceira etapa na convivência da sociedade brasileira com a Convenção, dando vida assim a um mecanismo de controle que se afigura essencial na estrutura jurídica analisada, como demonstra a larga experiência européia<sup>29</sup>, e cuja verdadeira extensão somente será conhecida com o tempo, a dizer.

Como se dará o relacionamento do Estado brasileiro com as decisões da Corte é algo que não se pode predizer, sobretudo se levadas em consideração que essa inter-relação tende a se dar nos espaços normativo e interpretativo. Assim, dizer se o Estado brasileiro terá respostas legislativas reativas ou preventivas em face das futuras decisões da Corte (especialmente se reiteradas) é tão incerto, neste momento, quanto afirmar que a jurisprudência brasileira tendentemente se alterará para se tornar harmônica em relação àquela da Corte Interamericana.

Um prognóstico otimista acenaria positivamente para ambas as questões acima mencionadas. Num quadro de harmonização do direito e da cultura, eventuais futuras condenações perante a jurisdição supranacional serviriam como diapasão normativo para alteração de leis já em vigor e norteariam novas regras para se evitar levar o País à condição de réu. Da mesma forma, a jurisprudência nacional passaria a interagir com os julgados supranacionais, dando maior consistência à cultura jurídica obediente aos primados de respeito à dignidade da pessoa humana.

Se a prognose pode ser otimista, a diagnose em nada alenta nesta quadra da socieda-

---

<sup>27</sup> Vejam-se os seguintes trabalhos a título exemplificativo sobre a matéria na década de noventa: PIOVESAN, Flávia e GOMES, Luiz Flávio Org. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro* SP, RT, 2000; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996; STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Interamericana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, SP, RT, 2000.; Sallet, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 1998 e a recente e valiosa obra de Ramos, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*, SP: Max Limonad, 2001.

<sup>28</sup> AVANCINI, M. *Para Anistia, aumentam violações a direitos*, OESP, 31.05.2001; *Campanha de combate à tortura*, OESP, 23.08.2001. CHADE, J. *ONU critica Brasil por causa de tortura*, OESP, 09.05.2001.; *Brasil será questionado sobre tortura*, OESP, 08.05.2001.; CHADE, J. *ONU quer urgência no combate à tortura em prisões brasileiras direitos*, OESP, 18.05.2001. ; FROUFE, C. *São Paulo tem mil casos de tortura comprovados, denuncia Acat*, OESP, 11.04.2001.; Froufe, C. *Tortura é disseminada no Brasil, diz ONU*, OESP, 11.04.2001.; Froufe, C. *Polícia responde por 70% dos casos de tortura no Brasil*, OESP, 12.04.2001.; GODOY, M. *Brasil ainda evita aplicação de lei antitortura*, OESP, 22.04.2001.; *Itamaraty diz que governo combate a tortura*. OESP, 11.04.2001.; LOMBARDI, R. *Políciais militares mataram mais que civis*, OESP, 17.11.2001.; *Promotor chicoteado no meio da rua*, OESP, 21.08.2001. ; RELATÓRIO DA ONU denuncia execuções sumárias no Brasil. Em 99, foram 2 mil . *Jornal da Tarde/SP*, 18.04.2001.

<sup>29</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*, trad. De CHOUKR, Fauzi Hassan. RJ: Lumen Juris, 2002, no prelo, especialmente capítulo 2.

de brasileira. Devendo ser analisada de forma realista a influência da Convenção no direito e na cultura jurídica nacional, é imperioso visualizar o cenário atual, sobretudo a partir do direito vivido e procurar identificar os pontos nos quais a incorporação espiritual da Convenção será mais ou menos lenta ou mesmo naqueles em que ela dificilmente virá a ser entendida, ao menos a curto e médio prazo.

## **2. Influência da CADH no processo de conhecimento**

Para fins do processo de conhecimento pode-se elencar normas da CADH encontradas no artigo 8 (Garantias judiciais), diretamente aplicáveis, com as seguintes redações:

*1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

*2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*

*a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;*

*b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;*

*c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;*

*d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;*

*e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;*

*f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;*

*g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e*

*h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.*

*3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.*

*4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.*

*5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da Justiça.*

Pela dimensão temática do artigo mencionado, a análise pormenorizada de cada um desses itens seria incabível no presente texto, donde a necessidade de eleição de pontos específicos para abordagem. Pelo inegável caráter protetor contra o arbítrio do Estado e o abuso do

poder de persecução, dá-se atenção aos itens “d” e “e” acima expostos<sup>30</sup>.

Com efeito, como já assentado em trabalho anterior<sup>31</sup>, “O Código de Processo Penal pátrio, completamente divergente nas suas bases axiológicas e no seu modelo em relação ao texto constitucional, dispõe que o ato de interrogatório do acusado realiza-se apenas entre o juiz (leia-se Estado) e acusado, não sendo possível a intervenção das partes (importando-se para o foco deste texto a ótica da defesa). A instrumentalização do réu é latente e, a rigor, começa muitas vezes na mácula da citação, sobretudo quando o réu está preso<sup>32</sup>. Com efeito, nesta última hipótese é comum encontrar provimentos jurisdicionais que dispensam a necessidade de citação (e, por conseguinte prejudicam o exercício da autodefesa e da defesa técnica). Em muitas situações entende-se que basta a simples leitura da peça incoativa na própria sala de audiência (ou seja, já no ato de interrogatório) para que a “ciência” da acusação seja dada e a defesa executada<sup>33</sup>. Sem embargo, também se faz sentir jurisprudência mais consentânea

---

<sup>30</sup> Sacrifica-se, assim, o relevante artigo Artigo 25. Proteção judicial, que dispõe: 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso. De forma reflexa, no entanto, o tema dos recursos será enfocado no item “3”.

<sup>31</sup> Muitas das observações que se seguem neste tópico foram extraídas do nosso *Assistência Judiciária e Processo Penal*, in *Acesso à Justiça e Cidadania*, SP: Cadernos da Fundação Konrad Adenauer nº 03, 2000.

<sup>32</sup> Sobre este assunto é útil a verificação do entendimento da jurisprudência pátria colecionada em prestigiosa obra doutrinária, com o que pode se observar as formas de entendimento da matéria: “Divergem os doutos sobre a forma correta de se citar o réu preso. Entendem alguns que não basta a requisição prevista no artigo 360 do Código de Processo Penal, impondo-se a simultânea expedição de mandado e a ida de oficial de justiça ao presídio. Escreve Tourinho Filho: “mas não basta aquela requisição prevista no artigo 360 do Código de Processo Penal. Como a lei não permitiu se fizesse a citação através do diretor do presídio, entendemos, como Bento de Faria, que a citação deve ser feita nos termos comuns, em sua própria pessoa”. E conclui: assim, quer-nos parecer que o oficial de justiça deve comparecer ao presídio para citá-lo, nos termos do artigo 357” ( *Processo Penal*, vol 3, p. 180, 5 ed., Jalovi, Bauri, 1979). Da mesma opinião o eminente Frederico Marques (obr. Cit. Vol 2, pág. 185, Forense, 1962). Outros, como Edgard Magalhães Noronha, sustentam que a citação far-se-á através do diretor do presídio ... Outros, finalmente, entendem que a citação se faz em juízo, quando da apresentação do requisitado, pelo escrivão...ou pela própria ciência que o juiz dá ao réu, quando do interrogatório, dos termos da acusação (RT 484/308). Mais conforme a garantia constitucional da ampla defesa é, sem dúvida, a citação do réu preso por mandado. ...A cientificação pelo juiz ou pelo escrivão, no instante mesmo do comparecimento para interrogatório, tem o defeito de não permitir o conhecimento da acusação com um mínimo de antecedência, podendo-se dificultar o aparelhamento da defesa. No caso concreto o peticionário não foi citado por mandado e a requisição, por muito sumária... não permitia o conhecimento adequado da imputação. Nem por isso, todavia, há de se reconhecer a nulidade.

Dispõe o artigo 570 do Código de Processo Penal que “a falta ou a nulidade da citação, da intimação ou da notificação estará sanada, desde que o interessado compareça antes do ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la”. Ora, o impetrado compareceu para o primeiro ato do processo, tomou conhecimento da acusação, negou a prática do crime e seu advogado constituído, intimado para oferecer defesa prévia, ingressou com a petição..., não alegando qualquer prejuízo. Irrelevante, outrossim, que o comparecimento não tenha sido voluntário, como já teve oportunidade de gizar o Supremo Tribunal Federal: “se o réu ingressa no processo da ação penal, é interrogado e produz defesa, inclusive a que é prevista no artigo 395 do Código de Processo Penal, evidentemente saneia qualquer nulidade de citação, ainda mesmo que sua presença nos autos decorra de prisão preventiva” (RHC 52.266-GO 2 turma, em 20.04.74, rel. min. Antonio Neder, DJU 24.5.74, p. 3536) (Grinover, Ada Pellegrini. *O Processo Constitucional em Marcha*, SP: Max Limonad Ed., 1985, pgs. 110/111)

<sup>33</sup> neste sentido, o seguinte julgado: Apelação nº 540.271/2, Julgado em 05/10/1.988, 9ª Câmara, Relator: Bonaventura Guglielmi, RJDTACRIM 1/132.

com as premissas constitucionais, para afirmar que “O acusado tem que ser citado, formalmente, para a ação penal, consoante o disposto no art. 352 do CPP; a simples ciência do agente, de que está sendo processado, não é o suficiente para formalizar a citação”<sup>34</sup>.

Fato é que a jurisprudência majoritária absorve os preceitos infraconstitucionais sem flexioná-los de acordo com a Constituição e os textos supranacionais adotados, reiteradamente decidindo que “Ausência de defensor no interrogatório não anula o processo, eis que o Código de Processo Penal não reclama a presença da defesa, dependendo, por outro lado, da demonstração de prejuízo”<sup>35</sup>, ou em outro provimento de praticamente idêntico teor: “Inexiste nulidade na oitiva do réu, em interrogatório, sem a presença do defensor, que não é obrigatória, máxime se não houver demonstração de prejuízo para a defesa”<sup>36</sup>. Em suma, poucos são os julgados que reconhecem o flagrante prejuízo à defesa quando da ausência, no interrogatório, do defensor, ao julgar que “Ocorre nulidade no fato do acusado ser interrogado sem a presença de seu defensor, vez que além da defensoria técnica, no sistema vigorante, não irromper facultativa, o art. 187 do CPP, ao vedar a intervenção da defesa no interrogatório do réu, não lhe afirma a ausência, mas a indispensabilidade da comparência (voto vencido)”<sup>37</sup>.

Com efeito, a jurisprudência continua trabalhando os padrões valorativos da ordem jurídica anterior mesmo após toda renovação da ordem constitucional, sem atentar para as profundas alterações estruturais, e obrando com categorias como “ausência de prejuízo” para justificar a não-ocorrência de vício dada a ausência de defensor<sup>38</sup> ou assimilando a impossibilidade de intervenção com a condição de presença descartável da defesa<sup>39</sup>. Não seria necessário ir muito longe para verificar que não existe um conceito concreto do que seja “ausência de prejuízo” para a defesa, conceito este tão empregado nos acórdãos mencionados, e muitas vezes identificado de forma rasa com a ausência de confissão, a dizer, se o acusado nega os fatos então prejuízo não lhe houve. Tal sinonímia (ausência de confissão = inexistência de prejuízo para a defesa) nada mais é do que fruto direto da roupagem inquisitiva de processo, em que o grande objetivo buscado era justamente a confissão como forma de expiação máxima da culpa e absolvição dos pecados. Tal situação é tratada de maneira tão banal pelo direito vivido que se pode encontrar exemplo ainda mais gritante de descaso para com a defesa técnica (constituída ou por defensor conferido pelo Estado), quando o réu encontra-se preso em outra localidade e nessa há de ser interrogado. Já se decidiu em tal situação que o defensor pode puramente ser escanteado da prática do ato processual, sequer devendo ser intimado para o

<sup>34</sup> Apelação nº 494.217/6, Julgado em 07/06/1.988, 10ª Câmara, Relator: - Viana Santos, RJDTACRIM 1/141

<sup>35</sup> HC nºs 195.902/5 e 196.594/3, Julgado em 23/08/1.990, 1ª Câmara, Relator: - Eduardo Goulart, RJDTACRIM 8/207

<sup>36</sup> Apelação nº 668.163/3, Julgado em 17/08/1.992, 12ª Câmara, Relator: - Afonso Faro, RJDTACRIM 13/105

<sup>37</sup> Apelação nº 825.989/6, Julgado em 13/10/1.993, 10ª Câmara, Relator: - Jo Tatsumi, RJDTACRIM 20/112. Em sentido próximo ao deste julgado, o seguinte provimento: Apelação nº 650.227/1, Julgado em 31/01/1.991, 1ª Câmara, Relator: - Eduardo Goulart, RJDTACRIM 10/102

<sup>38</sup> A ausência de Defensor só vicia o interrogatório se demonstrado o prejuízo para o acusado. Apelação nº 837.081/3, Julgado em 15/12/1.994, 2ª Câmara, Relator: - Rulli Júnior, RJDTACRIM 24/265

<sup>39</sup> No sistema processual em vigor, embora garantido a todo acusado o direito de procurar Advogado, a qualquer tempo, a ausência do Defensor Técnico no interrogatório não causa nulidade ao processo, inclusive porque ele não pode interferir ou influir, como preceitua o art. 187 do CPP. (Apelação nº 755.283/0, Julgado em 09/11/1.994, 10ª Câmara, Relator: Luiz Betanho, RJDTACRIM 24/261)



ato sem que tal omissão cause qualquer mácula à relação processual<sup>40</sup>.

Se toda essa crítica era feita com os olhos na Constituição, porque mais evidente a vinculação do Código com o texto constitucional, na verdade ela pode ser estendida à Convenção, que sequer é mencionada pelos julgados mencionados, ainda que alguns deles sejam anteriores a 1992<sup>41</sup>. Nos julgamentos que obscurecem os textos constitucional e convencional, a CADH é simplesmente esquecida, como se não houvesse uma ordem internacional a ser respeitada; pelos julgados que se opõem às marcantes ilegalidades, a CADH não é um argumento próprio na imensa maioria das vezes, como se sua existência em nada significasse para a prática e para a cultura que norteia a perseguição.

Mas os itens mencionados ainda trazem outro problema, embora parcialmente superado no Direito brasileiro, qual seja, a suspensão do processo em face da revelia.

Como já tivemos a oportunidade de apontar em texto anterior, a norma tem a preocupação com a substancial participação do acusado na tarefa de construção de uma relação processual penal contraditória em sua plenitude, com o exercício total da ampla defesa e do próprio contraditório. Mais ainda. Com a contemporânea vinculação desta última garantia ao direito à prova pode-se concluir, que a ausência do réu macula a própria construção da verdade processual, colocando em risco a estrutura acusatória constitucionalmente construída. Afinal, dizer-se que o processo penal almeja ser um “processo de partes” e dar a uma delas a aparição meramente formal, é fazer apenas um jogo retórico sem qualquer repercussão no mundo dos fatos<sup>42</sup>, isto porque, em última análise, como apregoa Eser, “la protección y el respeto por el ser humano deben erigirse en piedra angular también en lo relativo a la concepción y construcción del derecho penal y procesal penal”<sup>43</sup>.

Ainda que se queira dar à Convenção a mera posição de lei ordinária federal na hierarquia normativa, é inegável que ela se sobrepôs ao combalido e inquisitivo Código de Processo Penal a partir de sua entrada em vigor em 1992, donde a realização, desde aquela época, de processos à revelia (a denominada revelia inicial, pois é disto que a Convenção trata) já não poderia mais ser admitida, gerando todos os efeitos de constrangimento ilegal decorrentes de sua aplicação, possibilitando, ainda hoje, por certo, a aplicação do mecanismo da revisão criminal para sanar aquele invencível erro de aplicação da norma processual. Tal entendimento, timidamente tratado pela dogmática, carece que qualquer decisão paradigmática em âmbito jurisprudencial, quer-se acreditar em face, sobretudo, das inúmeras repercussões de ordem prática que adviriam de tal entendimento, com número excessivo de feitos ilegalmente operados no período que vai de 1992 até a entrada em vigor da lei em 1996 a ensejar a necessária

---

<sup>40</sup> Estando o acusado preso em outra Comarca, é correta a expedição da precatória para o seu interrogatório, não constituindo nulidade a ausência de intimação do seu Defensor de tal expedição, vez que é naquele ato que acontece a constituição de Advogado. (HC nº 262.100/9, Julgado em 14/07/1.994, 16ª Câmara, Relator: - Mesquita de Paula, RJD TACRIM 23/411)

<sup>41</sup> Bastaria lembrar a lição ofertada por Piovesan, na forma já mencionada.

<sup>42</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Suspensão Do Processo Em Face Da Revelia, in Processo Penal à Luz da Constituição*, Bauro, Edipro, 1999, passim.

<sup>43</sup> ALBIN, Eser. *Una Justicia Penal” A La Medida Del Ser Humano - Visión De Un Sistema Penal Y Procesal Justa Para El Hombre Como Individuo Y Ser Social, In Ciencias Penales - Revista De La Asociación De Ciencias Penales De Costa Rica - Diciembre 1998 Año 10, nº 15*

revisão, não se descurando de eventuais ressarcimentos pecuniários por prisões decorrentes de tais processos.

### 3. Influência da CADH no processo cautelar

Para as cautelares de caráter pessoal, a Convenção tem normas previstas, sobretudo, no Artigo 7 (Direito à liberdade pessoal), com as seguintes redações<sup>44</sup>:

1. *Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.*
2. *Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.*
3. *Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.*
4. *Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.*
5. *Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.*
6. *Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.*

Dos inúmeros aspectos que poderiam ser abordados, fixa-se o ponto de número 5, por se tratar da realização de um julgamento em prazo razoável, condição essa já essencial no processo de conhecimento, mas sobretudo sensível quando a pessoa acusada se encontra presa<sup>45</sup>.

Embora não exista disciplina específica para a delimitação temporal da relação jurídico-processual em primeiro grau de jurisdição no direito interno<sup>46</sup>, como é sabido, deve-se à jurisprudência a construção de um termo-limite em se tratando de réu preso, cuja metodologia é a somatória dos prazos estabelecidos no Código de Processo Penal para as várias etapas do procedimento durante a fase de “instrução”, cujo resultado, para o chamado “rito ordinário”, alcançará os 81 dias.

Assim, tratando de indiciado preso em virtude de auto de prisão em flagrante, o Código de Processo Penal determina que o inquérito deve ser remetido ao Juízo em dez dias,

---

<sup>44</sup> Muitos desses tópicos, senão todos, já se encontram presentes no próprio texto da Constituição da República de 05 de outubro de 1988, especialmente no art. 5º.

<sup>45</sup> Muitas das considerações que se seguirão foram extraídas de nosso trabalho anterior, Limitação temporal à prisão cautelar, in Processo Penal à Luz da Constituição, op.cit.

<sup>46</sup> A única exceção encontra-se na lei de combate à criminalidade organizada que, inicialmente, dispunha que a instrução deveria terminar em cento e oitenta dias. A disciplina foi posteriormente alterada para cento e vinte dias e parte da doutrina defende sua aplicação para todo o restante dos procedimentos do Código de Processo Penal.

tendo o titular da ação (pública, na hipótese), cinco dias para oferecimento da denúncia <sup>47</sup>. O art. 401 do CPP determina que serão ouvidas as testemunhas de acusação dentro de 20 dias <sup>48</sup>, após ter encerrado o tríduo para o oferecimento da defesa prévia ou da data do interrogatório, quando a defesa tiver desistido daquela manifestação processual (art. 325 do mesmo Código), não podendo ser o acusado mantido cautelarmente preso por razão ao qual não deu causa <sup>49</sup>.

Não entram neste campo delimitado a audiência para oitiva das testemunhas de defesa <sup>50</sup> e as conseqüências de tal requerimento como, v.g, a devolução de cartas deprecadas <sup>51</sup> e outras atitudes tomadas pelos acusados que, de alguma forma, causaram “embaraço” ao andamento do feito <sup>52</sup>. Por “fase instrutória” <sup>53</sup>, não se compreende mais aquela prevista no art. 500 <sup>54</sup> do CPP (alegações finais) e, por certo, a sentença <sup>55</sup> e que, prolatada a qualquer tempo, sana o constrangimento anterior <sup>56</sup>.

Muito embora louvável o esforço para a configuração de uma baliza temporal mais ou menos rigorosa para a duração da custódia cautelar em sede de primeiro grau de jurisdição, há inúmeros ranços inquisitivos na prática jurisprudencial acerca do tema, fazendo recair sobre a sociedade problemas que são estruturais do Estado <sup>57</sup>. Um exemplo disto é a dilação de prazos em virtude de greve de serventuários do Poder Judiciário, considerado como “força maior” a justificar a manutenção da custódia cautelar <sup>58</sup>, ou mesmo a realização de eleições <sup>59</sup>.

<sup>47</sup> Art. 10º do C.P.P..

<sup>48</sup> HC - 0097909300 - São José Dos Pinhais - Juiz Eli de Souza - Segunda Câmara Criminal - Julg: 21/11/96 - Ac. : 4520 - Public. :06/12/96

<sup>49</sup> HC - 0093770600 - Londrina - Juiz Eli de Souza - Segunda Câmara Criminal - Julg: 10/10/96 - Ac. : 4433 - Public. :18/10/96

<sup>50</sup> Com efeito, todas as diligências praticadas a requerimento da defesa e que façam exceder o prazo considerado como limite não são causa de constrangimento ilegal, podendo ser mantida a custódia cautelar. Assim, são exemplos os seguintes julgados: HC - 0093474900 - Curitiba - Juiz Ramos Braga - Quarta Câmara Criminal - Julg: 01/08/96 - Ac. : 3355 - Public. :16/08/96; HC - 0069494600 - Foz Do Iguaçu - Juiz Ramos Braga - Segunda Câmara Criminal - Julg: 04/08/94 - Ac. : 3083 - Public.:19/08/94; HC - 0082230000 - Curitiba - Juiz Cícero Da Silva - Terceira Câmara Criminal - Julg: 26/09/95 - Ac. : 2953 - Public. :27/10/95; HC - 0103193400 - Palmeira - Juiz Cícero Da Silva - Terceira Câmara Criminal - Julg: 15/04/97 - Ac. : 3998 - Public.:09/05/97.

<sup>51</sup> HC - 0088134700 - Julg: 28/03/96 - Ac. : 4211 - Public. :26/04/96.

<sup>52</sup> HC - 0080657300 Julg: 03/08/95 - Ac. : 2695 - Public. :18/08/95.

<sup>53</sup> HC nº 192.834/0, Julgado em 19/04/1990, 2ª Câmara, Relator: - Ribeiro Machado, RJDTACRIM 7/185; HC nº 232.432/5, Julgado em 10/09/1.992, 2ª Câmara, Relator: - Pedro Gagliardi, RJDTACRIM 16/176

<sup>54</sup> HC nº 196.472/1, Julgado em 13/09/1990, 1ª Câmara, Relator: - Eduardo Goulart, RJDTACRIM 8/184

<sup>55</sup> Veja-se nesse sentido o julgado contido na RT 539/364, apud JESUS, Damásio E. de. “Código de Processo Penal Anotado”. Saraiva, SP, 9ª ed., 1991, p. 269.

<sup>56</sup> HC - 0102396100 - Umuarama - Juiz Cícero Da Silva - Terceira Câmara Criminal - Julg: 11/03/97 - Ac. : 3984 - Public.: 02/05/97.

<sup>57</sup> Para a construção de um processo penal mais humano, Eser aponta os seguintes postulados previos: o ser humano antes que o estado: a) protecao do ser humano como pedra angular; b) ser humano nao somente como individuo, mas também, como membro da comunidade humana (vínculo interpessoal que funda obrigacoes); c) ‘allí donde sea preciso que el Estado se haga cargo de su función de protección del ser humano y en definitiva de la humanidad, non debe perderse de vista en ningún momento el caracter basicamente subsidiario y de servicio de aquél. El estado non puede llegar a erigirse en fin de si mismo sino que, por el contrario, debe orientarse siempre a la protección de la persona y al bienestar de la sociedade humana a la que sirve’ ‘ALBIN, Eser. ‘Una justicia penal a la medida del ser humano’, in *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lima, Idensa, 1998, (p. 253)

<sup>58</sup> Neste sentido os seguintes julgados: HC nº 194.952/4, Julgado em 26/07/1.990, 8ª Câmara, Relator: - Fábio de Araújo, RJDTACRIM 7/188; HC nº 197.138/4, Julgado em 29/08/1990, 6ª Câmara, Relator: - Aguiar Vallim, RJDTACRIM 7/199; HC nº 196.448/3, Julgado em 29/08/1990, 6ª Câmara, Relator: - Aguiar Vallim, RJDTACRIM 8/185; HC nº 196.754/0, Julgado em 15/08/1990, 9ª Câmara, Relator: - Marrey Neto, RJDTACRIM 8/196

<sup>59</sup> HC nº 268.064/6, Julgado em 1º/12/1994, 8ª Câmara, Relator: - Bento Mascarenhas, RJDTACRIM 25/423.

Outra situação que demonstra o invejável apego do processo penal brasileiro ao modelo inquisitivo é a não-consideração de excesso de prazo a demora causada por “diligências defensivas”. Aqui a defesa é vista como um obstáculo ao andamento processual célere e o Estado – jurisdição imputa a ela uma demora que é sua, pois todos os atos processuais são oficiais. Não há diligências que devam ser produzidas pela parte, mas todas pelo Estado.

Ora, se a diligência é procrastinatória (e muitas vezes pode ser este o caso), deve a produção daquele meio de prova não ser admitida quando requerida. Se requerida e admitida, cumpre ao Estado, e não à parte, efetivá-la. Neste diapasão a demora não é causada pela defesa, mas pela ineficiência estatal. É de ser aplaudida a decisão que considerou que “O excesso de prazo para encerramento da instrução criminal em virtude da inquirição de testemunhas de defesa através de precatória não pode ser atribuído ao réu, vez que o mesmo exerce um direito inalienável, sendo certo que testemunhas de antecedentes são de fundamental importância para aferição da personalidade do acusado, e seus depoimentos devem ser considerados, em caso de condenação, na individualização das penas impostas (voto vencido)”<sup>60</sup>. Entendimento contrário ao esposado no acórdão demonstra a indesejável consideração do réu como um “objeto do processo”, posição esta inaceitável no estado democrático e de direito<sup>61</sup>.

Ainda que exista a definição da baliza temporal, há controvérsia jurisprudencial e teórica sobre qual o verdadeiro limite de tempo que anima o desenrolar procedimental na hipótese de réu preso, indo o dissenso a pontos como a forma de contagem desse lapso de tempo, para se saber se o cômputo deve ser feito prazo a prazo ou globalmente considerado. De forma genérica (mas sempre com ressalvas), a situação acabou assim contornada: a. Os prazos contam-se de forma global, no importando se houve a superação isolada de algum deles, mas preservando-se a integralidade da contagem; b. No caso do rito ordinário, o prazo para conclusão da instrução é de 81 dias, podendo ser ampliado desde que justificada a prorrogação; c. No caso dos crimes previstos na Lei 6368/76, o prazo global é de 38 dias<sup>62</sup>. O rompimento dos termos mencionados acarreta constrangimento ilegal, sanável por meio de habeas corpus, medida esta fundamentada em sede ordinária pelo art. 648, I.

Merece especial atenção o tratamento dado aos crimes de competência do Tribunal do Júri, para os quais a delimitação temporal de primeiro grau de jurisdição não compreende a fase que vai da pronúncia até o julgamento, embora atos inequivocamente instrutórios possam

<sup>60</sup> HC nº 245.426/9, Julgado em 14/07/1993, 5ª Câmara, Relator designado: - Ribeiro dos Santos, Declaração de voto vencido: - Walter Swensson, RJDTACRIM 19/184

<sup>61</sup> ‘en un estado de derecho liberal, cuya base es la libertad del hombre, el estado debe respetar la dignidad humana, incluso cuando interviene drásticamente en los derechos de lo individuo para proteger los intereses de seguridad generales... de ahí se deriva, por lo menos para el procedimiento penal, que el acusado, el inculpaado, no es solamente un objeto del proceso, sino que también hay que darle la oportunidad para que se manifieste, que presente una defensa efectiva...el angosto camino entre el interés colectivo de seguridad y el de los intereses individuales del inculpaado se realiza (en Alemania) por medio de la búsqueda de la verdad’ Schönbohm, Horst & Löösing, Norbert. *El proceso penal, principio acusatorio e oralidad en Alemania*, in *Un nuevo sistema procesal penal em America Latina*, Fundação Konrad Adenauer – Ciedla, Buenos Aires, 1998, pgs. 39 e sgs, especialmente p. 42.

<sup>62</sup> O tema por certo não é pacífico, havendo acirrada disputa quanto ao prazo nos casos dos crimes previstos na Lei 6368/76. GRECO Fº. Vicente. *Tóxicos*, Saraiva, SP, 8ª ed., 1.992, especialmente nota 27 na p. 155, onde se apresenta decisão contida na Jutacrim 49, reconhecendo o lapso de quarenta e oito dias para a últimação da instrução. A nota seguinte aponta para a tendência atual (trinta e quatro dias), acrescentando que a Lei 8072/90 (“crimes hediondos”) duplicou o prazo nos casos dos arts. 12, 13 ou 14.

ser aí realizados (v.g. juntada de documentos ou até mesmo a justificação). Mesmo assim, estando o réu preso em virtude de pronúncia, entende-se que o Estado jurisdição não tem compromisso algum com o prazo do julgamento definitivo em plenário, mantendo-se a prisão ao sabor exclusivo da inquisição estatal<sup>63</sup>, vez que a lei não determina prazo mínimo para o julgamento<sup>64</sup>, estando literalmente o acusado (e a sociedade como um todo, acrescente-se), à disposição da lentidão estatal<sup>65</sup>.

Como se observa, ainda que não seja o melhor tratamento possível, é medianamente eficiente, vez que dá algum parâmetro de regulação temporal, prevê uma válvula de escape enquanto possibilita a prorrogação motivada e possui um mecanismo, ao menos teoricamente eficiente, para estancar a coação ilegal, que é a ação constitucional de habeas corpus.

No entanto, absolutamente diversa é a situação quando se pensa na prisão cautelar relacionada com o duplo grau de jurisdição, quer esteja a medida já em curso (como no exemplo acima), quer seja ela tomada na própria sentença condenatória ou decisão de pronúncia. Fato é que controle algum existe no direito pátrio quanto à duração da cautela em relação ao trâmite recursal<sup>66</sup>, surgindo daí uma indesejável falta de compromisso entre a atividade jurisdicional de segundo grau e os princípios básicos do processo penal acusatório, sobretudo no tratamento do réu como sujeito de direitos<sup>67</sup>.

Com efeito, a alteração do quadro que dá uma liberdade absoluta aos tribunais no que tange ao prazo de julgamento do recurso do réu preso (e sendo plenamente insuficientes meras ordens regimentais de colocação do caso em pauta de julgamento de forma mais célere que os demais) dificilmente passa pela Convenção Americana quer como lógica de argumentação, quer como fundamento normativo, especialmente se lembrado o próprio artigo 25 do texto supranacional.

O cenário não é diferente quando se pensa na projeção da Convenção para a execução penal.

#### **4. Influência da CADH no processo de execução penal**

*No art. 5, que trata do direito à integridade pessoal, tem-se que:*

*1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.*

*2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respei-*

---

<sup>63</sup> Veja-se a título exemplificativo o seguinte acórdão: Rev. do FORO 89/326 - Des. Manoel Taigy Filho - TJ-PB - 1991 - DATA DECISÃO 17/09/91 - N PROCESSO 91.000712-9 - HC

<sup>64</sup> HC n. 252.043-3 - São Paulo - 6ª Câmara Criminal - Relator: Debatin Cardoso - 02.04.98 - V.U.

<sup>65</sup> Neste sentido os seguintes julgados: RT 616/301; RT 642/301.

<sup>66</sup> Fato é que os Tribunais se sentem absolutamente livres de quaisquer amarras temporais na realização de suas atividades mesmo estando o acusado preso, como demonstram os seguintes julgados: RT 603/464; (STF - Ement.) RT 605/426.

<sup>67</sup> A más tardar, bajo la influencia de las reformas liberales del siglo XIX, luego de superado el proceso inquisitorio extremo, el inculpado adopta cada vez más otro papel: se convierte en un participante provisto de derechos independientes, que toma parte en el proceso, es decir, es un sujeto activo del proceso. Este papel de sujeto non se puede discutir hoy en día... en este sentido, la Corte Suprema Federal ha postulado ya en año de 1954: 'el inculpado es participante, pero no objecto del procedimiento penal (BGHst 5,333). Eser, Albin. , 'Posición jurídica del inculpado en el proceso penal', in 'Temas de Derecho Penal y Procesal Penal', Lima, Idensa, 1998, pgs 20-21.

to devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Sistematicamente todos esses incisos são relegados pela maior parte da prática das políticas públicas nas esferas dos poderes do Estado, quando não se fornecem os meios para a correta execução da pena, quando não se dá o devido valor interpretativo aos cânones da Convenção e do texto constitucional e quando se legisla ou se cogita em legislar em desacordo com esses primados.

Na seara da execução penal evidencia-se, pois, a parca influência da CADH na estrutura cultural do processo penal, malgrado esforços doutrinários se façam sentir na via oposta<sup>68</sup>, embora nem sempre explicitamente se valham do texto convencional. Sem embargo, o espírito cultural daquela norma se encontra assaz presente e justifica as menções doutrinárias como sinônimo de esperança na formação de novos operadores do direito.

## 5. Sísifo (des)consolidado

Onde, pois, o alento após 33 anos de assinatura da Convenção, dez anos de entronização da norma e pouco mais que três de reconhecimento da competência da Corte Interamericana? Exatamente, quero crer, na análise de Camus quanto ao fardo de Sísifo<sup>69</sup>.

Na tarefa aparentemente insana de lutar por erguer uma pedra ao cume, o mito se revela enquanto esforço que, por aparente inutilidade, vez que o destino da rocha é rolar abaixo inevitavelmente, parece fadado a nada produzir senão sua própria pena. Não raras vezes pode-se sentir de tal forma quando se fala no primado dos direitos humanos, no respeito aos textos internacionais sobre ele versados e na sua necessária obediência no direito interno quando, na verdade, nossa cultura processual ainda é fortemente inquisitiva e isto se solidifica dia a dia por uma situação social que lembra, não só metaforicamente, a de um país devastado por um longo conflito civil<sup>70</sup>. A sensação de inutilidade pode contaminar ainda mais quando se faz um recenseamento da forma como o direito vivido encara a matéria, sendo breves as concessões àqueles primados.

No entanto, é exatamente no esforço aparentemente vão que se encontra a lógica da tarefa sisífica como sinônimo de interpretação e de um ideal libertário e de liberdade. Quando

<sup>68</sup> Veja-se, a respeito, entre outros, CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, bem como Shecaira, Sergio Salomão et al “Pena e Constituição”, SP: RT, 1997.

<sup>69</sup> CAMUS, Albert. *Le mythe de Sisyph*. Paris: Folio, 1985.

<sup>70</sup> E ele existe de fato, não apenas como exercício de retórica. Todos os índices sociais à disposição dos interessados demonstram os abismos sociais da sociedade brasileira.

vê a rocha rolar montanha abaixo e o fruto de seu trabalho mais uma vez perdido, a personagem desce em direção ao platô e aí, mais do que nunca, ela é forte, como Camus analisou superiormente. Assim também o trabalho da aculturação dos valores da Convenção.

Toda vez que se vê o esforço cultural da edificação dos primados humanistas ser solapado por uma decisão absolutamente descompromissada com essa cultura progressista (ou com a construção de primados dogmáticos completamente alheios a ela), cabe ao educador descer rumo à vida, coletar aquela decisão (ou aquela “doutrina”) e elevá-la num patamar crítico aos padrões do respeito às liberdades fundamentais e à nova ordem. Nesse trabalho de coleta, a força se encontra, como no movimento descendente de Sísifo. Aí a cultura do respeito ao semelhante deve ser mais forte, pois, como já tive a oportunidade de expor em texto anterior, “queira-se ou não, em tempo mais ou menos curto, com maiores ou menores humilhações ao ser humano individualmente considerado, esta ordem será construída. Este é o verdadeiro conceito de globalização e de internacionalização: o que tem em seu bojo o respeito ao ser humano e à sua vida digna”<sup>71</sup>.

## **Bibliografia**

### **a) Livros e artigos jurídicos citados**

- CAMUS, Albert. *Le mythe de Sisyphe*. Paris: Folio, 1985.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos Humanos em Juízo* São Paulo: Max Limonad, 2001.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. RJ. Lumen Juris, 2000
- CHOUKR, F. H. *O papel do Direito Penal na transição dos estados autoritários para a democracia*. Relatório brasileiro (coordenador). Inédito no Brasil. Projeto de pesquisa do Max Plack Institute – Freiburg im Breisgau – 1999.
- \_\_\_\_\_. *As Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2001
- \_\_\_\_\_. *Assistência Judiciária e Processo Penal, in Acesso à Justiça e Cidadania*. São Paulo: Cadernos da Fundação Konrad Adenauer nº 03, 2000.
- \_\_\_\_\_. Choukr, Fauzi Hassan. *Suspensão do Processo em Face da Revelia, in Processo Penal à Luz da Constituição*, Bauro, Edipro, 1999.
- \_\_\_\_\_. Choukr, Fauzi Hassan *Suspensão do Processo em Face da Revelia, in Processo Penal à Luz da Constituição*, Bauro, Edipro, 1999
- \_\_\_\_\_. Choukr, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana e o Direito Interno Brasileiro*, São Paulo: Edipro, 2001.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002
- ESER ALBIN. *Una Justicia Penal A La Medida Del Ser Humano - Visión De Un Sistema Penal Y Procesal Justa Para El Hombre Como Individuo Y Ser Social, in Ciencias Penales - Revista De La Asociación De Ciencias Penales De Costa Rica - Diciembre 1998 Año 10, nº 15*
- \_\_\_\_\_. *Posición jurídica del inculgado en el proceso penal, in ‘Temas de Derecho Penal y Procesal Penal’*. Lima: Idensa, 1998. p. 20-21.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos Livraria e Editora, 1.999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996

<sup>71</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana e o Direito Interno Brasileiro*, SP: Edipro, 2001.

- PIOVESAN, Flávia e GOMES, Luiz Flávio. Org. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.
- PONTES, Evandro F. de & Pontes, José Antonio S. de. *O papel do Direito Penal na transição dos estados autoritários para a democracia*. Relatório brasileiro. Fauzi Hassan Choukr, coordenador. Inédito no Brasil. Projeto de pesquisa do Max Plack Institute – Freiburg im Breisgau – 1999.
- SALLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SCHÖONBOHM, Horst & LÖOSING, Norbert. *El proceso penal, principio acusatorio e oralidad en Alemania*, in *Un nuevo sistema procesal penal em America Latina*. Buenos Aires: Fundacao Konrad Adenauer – Ciedla, 1998. p. 39 e sgs, especialmente p. 42.
- SHECAIRA, Sergio Salomão et al *Pena e Constituição*, São Paulo:RT, 1997.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Interamericana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo, RT, 2000.
- WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

#### **b) Periódicos:**

- AVANCINI, M. Para Anistia, aumentam violações a direitos, OESP, 31.05.2001.
- Campanha de combate à tortura, OESP, 23.08.2001.
- CHADE, J. ONU critica Brasil por causa de tortura, OESP, 09.05.2001.
- \_\_\_\_\_. Brasil será questionado sobre tortura, OESP, 08.05.2001.
- \_\_\_\_\_. ONU quer urgência no combate à tortura em prisões brasileiras direitos, OESP, 18.05.2001.
- FROUFE, C. São Paulo tem mil casos de tortura comprovados, denuncia Acat, OESP, 11.04.2001.
- \_\_\_\_\_. Tortura é disseminada no Brasil, diz ONU, OESP, 11.04.2001.
- \_\_\_\_\_. Polícia responde por 70% dos casos de tortura no Brasil, OESP, 12.04.2001.
- GODOY, M. Brasil ainda evita aplicação de lei antitortura, OESP, 22.04.2001.
- “Itamaraty diz que governo combate a tortura”, OESP, 11.04.2001.
- LOMBARDI, R. Policiais militares mataram mais que civis, OESP, 17.11.2001.
- “Promotor chicoteado no meio da rua”, OESP, 21.08.2001.
- “Relatório da ONU denuncia execuções sumárias no Brasil. Em 99, foram 2 mil”. *Jornal da Tarde/SP*, 18.04.2001.

#### **c) Siglas empregadas**

- CR – Constituição da República
- art. – Artigo
- DJU – Diário da Justiça da União
- HC – Habeas corpus
- OESP – *O Estado de S. Paulo*
- p. – Página
- Rel. – Relator
- REsp. – Recurso especial
- RHC – Recurso de habeas corpus
- RJDTACRIM – *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*
- RT – *Revista dos Tribunais* (também a Editora)
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça



# A IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS TRABALHADORES RURAIS SEM – TERRA DE ELTORADO DO CARAJÁS

*Maria Eliane Menezes de Farias\**

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O caso de Eldorado de Carajás: uma visão crítica; 3. As consequências possíveis: a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

*“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida.”  
(Art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos)*

## **1. Introdução: a luta pela aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos**

Os dez anos da adesão brasileira à Convenção Americana de Direitos Humanos é data que acarreta comemoração e reflexão.

Comemoração, pois a Convenção Americana de Direitos Humanos é fruto da consciência dos povos em favor da defesa de direitos humanos na América. Reflexão, porque a implementação dos direitos humanos é uma trilha na qual o Estado brasileiro ainda está nos seus primeiros passos.

Nessa luta pela implementação dos direitos humanos, na qual a Convenção Americana é excepcional instrumento, está a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) do Ministério Público Federal.

Como se sabe, o Ministério Público brasileiro é uma instituição independente, que exerce, de acordo com a Constituição de 1988, uma função essencial à Justiça, e tem como seus objetivos maiores a defesa dos direitos humanos. Para tanto, a Lei Complementar nº 75, que rege a atuação do Ministério Público Federal, criou o cargo de Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, lotado em Brasília, e criou também, em cada Estado da Federação, o cargo de Procurador Regional dos Direitos do Cidadão, justamente para cumprir com o desejo da Constituição de ser o Ministério Público Federal o defensor da sociedade.

A Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, então, tem buscado zelar pela aplicação das leis e em especial dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos, entre os quais desponta a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Essa busca pela aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos é essencial

---

\* Maria Eliane Menezes de Farias é subprocuradora-geral da República e procuradora federal dos Direitos do Cidadão

al em duas óticas: pela ótica do indivíduo, pois se busca a proteção de direitos básicos, comuns a todos os seres humanos; pela ótica do Estado, pois cumpre-se o mandamento constitucional (é princípio da República a defesa da dignidade da pessoa humana) e evita-se que o Brasil seja responsabilizado internacionalmente pela violação dos tratados dos quais a República é parte.

Assim, no escopo de construir uma reflexão crítica sobre a implementação da Convenção Americana de Direitos Humanos, trago à colação o chamado caso de “Eldorado dos Carajás”, episódio marcado de mortes, que entristeceu toda a nação.

## **2. O caso de Eldorado de Carajás: uma visão crítica**

O caso de Eldorado de Carajás, ora em julgamento pelo Tribunal do Júri em Belém do Pará, por decisão do Superior Tribunal de Justiça, se constituiu, emblematicamente, em um dos episódios de violência institucional mais sangrentos ocorridos no País. E ainda se corre o risco de não se punir todos aqueles que de algum modo concorreram para o resultado danoso.

Além disso, é dever informar que o caso de Eldorado do Carajás tramita perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) apresentado pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), pelo próprio Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) e pela Human Rights Watch/Americas. Na CIDH o caso tomou o número 11.820 e aguarda, entre outras informações, o resultado desse julgamento.

O governo brasileiro está sendo responsabilizado, tendo em vista a ausência de medidas preventivas para evitar ou minimizar a violência rural no sul do Pará e pelo fato de as violações de direitos humanos terem sido cometidas diretamente por agentes do Estado.

A responsabilidade do governo se estende desde quando o aparato policial e judicial do Estado do Pará se mostrou incapaz de apresentar as condições mínimas para garantir às vítimas o acesso a uma investigação imparcial, eficaz e rápida, que viesse a identificar e punir os autores das violações de direitos humanos, e permitir a compensação dos danos sofridos pelas vítimas. Se o Estado brasileiro for condenado as indenizações serão pagas pela União Federal.

Pelo fato de o julgamento estar sendo realizado na Justiça Comum, e em Belém do Pará, o MST se desinteressou de seus resultados e essa decisão desestimulou as entidades da sociedade civil que dão suporte ao Movimento, de arremeter autoridades e instituições para apoiar a atuação do Ministério Público do Pará e da Assistência da Acusação, a cargo de equipe da Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos. Tal postura tem o custo de a sociedade civil organizada não estar acompanhando o desenvolvimento do processo, exercendo seu papel fiscalizador, denunciando a existência de possíveis irregularidades, colaborando, assim, para que se esgotem todas as possibilidades que levem a condenação dos culpados e se faça justiça.

Ainda mais se se levar em conta que o trabalho do órgão acusatório restou grandemente prejudicado pelo fato de o cenário do evento ter sido criminosamente alterado com a remoção de todos os corpos dos sem-terra sacrificados.

Some-se a isso o fato de os soldados estarem propositalmente sem identificação, com armas não acauteladas, tudo devidamente premeditado para assegurar a impunidade dos algozes. E, apesar de tudo isso, a mídia televisiva passou seis anos, repetindo à exaustão, apenas o trecho do filme em que aparecem os sem-terra com paus e pedras avançando sobre a polícia.

E o que ficou no imaginário popular é que o MST é um movimento radical e formado

de desordeiros. Todos deslembados da conta em que se mostra a matemática perversa e desproporcional do ataque: não houve uma só baixa por parte da polícia e dezenove trabalhadores rurais sem terra tombaram executados ou mortos em posição de defesa. Tal circunstância, a mídia de fato não explorou. E levemos em conta que o juizado popular, de certo modo, é refém desse tipo de informação, que, de resto, formou a convicção da opinião pública.

Outra grande dificuldade para a acusação e sua assistência diz respeito ao formato escolhido para o julgamento. Reuniram 128 soldados executores da ação criminosa numa única sessão do Júri. Isso quer simplesmente dizer que a acusação tem exatos um minuto e meio a ser gasto com cada um, na tentativa de demonstrar a autoria ou a co-autoria nos disparos ou no uso de facões e terçados, material utilizado pelo pelotão que fazia o policiamento do meio ambiente e que também foi chamado para contê-los. Não foram somente os sem-terra, como todos querem fazer crer, que usaram instrumentos pérfuro-cortantes e contundentes.

Um julgamento de tal envergadura deveria estar sendo coberto, com destaque, pela imprensa de todo o País até o seu fim. Não se pode contentar exclusivamente com a condenação de um major e de um coronel que seriam os mandantes, uma vez que foi afastada a responsabilidade do governador do Estado pelo Superior Tribunal de Justiça. É um julgamento que não pode ser somente validado por seu aspecto formal.

Há um sem-número de conseqüências e lições que dele se pode extrair.

A primeira delas é que a construção de uma sociedade democrática passa pela convicção que tenham seus membros, de que os mais diversos agravos e disputas podem e devem ter solução pacífica, não havendo mais espaço para repetição desses episódios atentatórios à vida e à dignidade da pessoa humana.

De mais a mais, também se espera que o julgamento de criminosos tenha a função de apaziguar e pacificar os conflitos e as perplexidades da sociedade geradas pela ação criminosa, o que certamente não ocorrerá se não houver apoio ostensivo para legitimar a atuação do Ministério Público e da Assistência da Acusação.

Outros aspectos podem ser realçados, pelo desdobramento dessas conclusões: no ser humano é tênue a linha que separa a civilização da barbárie. O resultado de um julgamento como esse, tanto pode reforçar uma coisa como outra. Certamente é preferível que se rejuvenesça a cultura, trabalhando os espíritos no sentido da construção da paz e da solidariedade e isso pode ser o futuro de um novo cenário social a ser vivido pelos brasileiros.

Ao Ministério Público Federal interessa a direção no sentido do cumprimento do pacto constitucional, onde a eficácia dos direitos humanos está a depender da implantação de políticas públicas que materializem as condições para a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades regionais, a igualdade de oportunidades, para que, afinal, seja edificada a sociedade fraternizada que todos almejamos e da qual foram sumariamente retirados os mártires de Carajás.

### **3. As conseqüências possíveis: a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Como sabido, a Convenção Americana de Direitos Humanos impõe ao Estado o dever de respeitar e garantir os direitos humanos.

De acordo com André de Carvalho Ramos, “O artigo 1.1 da Convenção estabelece que o Estado fica obrigado a zelar pelo respeito dos direitos humanos reconhecidos e de garantir o exercício dos mesmos por parte de toda pessoa que é sujeita à sua jurisdição. Essa obrigação de respeito fornece o primeiro elemento para a futura responsabilização internacional do Estado violador. De fato, existe uma obrigação de não-fazer, que se traduz na limitação do poder público face aos direitos do indivíduo. Como já assinalou a Corte Interamericana, 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. Já a obrigação de garantia concretiza uma obrigação de fazer, que consiste na organização, pelo Estado, de estruturas capazes de prevenir, investigar e mesmo punir toda violação, pública ou privada, dos direitos fundamentais da pessoa humana. Toda vez que o Estado falha com este comando, emerge sua responsabilidade internacional.”<sup>1</sup>

Logo, o caso de Eldorado dos Carajás, na ausência de punição dos responsáveis, concretiza um descumprimento da obrigação de garantia de direitos humanos, obrigação essa tão bem inserida na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Esperamos que tal situação não perdure, pois a proteção de direitos humanos não pode tardar. Com efeito, os direitos humanos estão presentes em todas as áreas do comportamento humano. O reconhecimento dessa universalidade implica a perspectiva de uma nova visão de mundo, onde uma nova ética determinará os padrões de conduta e nela, certamente, não haverá lugar para um massacre como o de Eldorado do Carajás.

*Requiem aeternam dona eis, ‘dai-lhes o repouso eterno’.*

---

<sup>1</sup> Ver em RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.71-72.

# A DEFESA DO INTERESSE DA UNIÃO EM ERRADICAR FORMAS CONTEMPORÂNEAS DE ESCRAVIDÃO NO BRASIL\*

*Raquel Elias Ferreira Dodge\*\**

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Defesa do interesse da União em erradicar formas contemporâneas de escravidão no Brasil. 3. Formas contemporâneas de escravidão. 4. O sistema internacional. 5. A escravidão no Brasil. 6. O Tribunal Penal Internacional e a legislação interna. 7. A servidão por dívida no Brasil. 8. A atribuição da União: prevenção e repressão. A Polícia Federal. 9. Conclusão

## 1. Introdução

A Convenção Americana de Direitos Humanos é marco singular do compromisso dos países do continente na defesa da liberdade pessoal, da justiça social e de instituições democráticas, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais, como assinala no preâmbulo do texto cuja década de vigência estamos a celebrar. A proteção internacional dos direitos humanos, que esta Convenção institui como mecanismo complementar à atuação dos Estados, veio fortalecer o exercício das jurisdições internas e garantir alternativa coadjuvante de proteção da pessoa humana vitimada. O ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, pretendido pela Convenção, ainda está a demandar a atuação eficiente dos órgãos do Estado, inclusive os encarregados da administração da Justiça.

Este estudo analisa o trato jurídico interno que o Brasil tem dispensado à questão do trabalho escravo, que é um dos temas relevantes disciplinados na Convenção Americana.

A União tem o dever e, por isso, interesse jurídico de erradicar e combater a escravidão no Brasil, pois disto depende a higidez da ordem social e da ordem econômica vigentes. A ordem social, porque fundada na igualdade e na liberdade das pessoas: no livre arbítrio, na livre manifestação da vontade e na dignidade da pessoa humana. A ordem econômica, porque fundada no reconhecimento de direitos sociais, na utilização da mão-de-obra remunerada e no livre exercício do trabalho, ofício ou profissão. A Constituição e os pactos internacionais, em especial a Convenção Americana, firmaram o compromisso da União em erradicar todas as formas contemporâneas de escravidão, que incluem a servidão por dívida, trabalho infantil, tráfico de pessoas, inclusive para exploração sexual, tráfico de órgãos, venda de crianças, uso de crianças em conflitos armados e apartheid. A competência, por tais fundamentos, para

---

\* Artigo baseado em palestra apresentada na I Jornada de Debates sobre o Trabalho Escravo, promovida pela Organização Internacional do Trabalho, Ministério da Justiça, Ministério do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça e Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

\*\* Raquel Elias Ferreira Dodge é procuradora federal dos Direitos do Cidadão Adjunta.

processar e julgar os responsáveis por atos de escravidão tipificados como crime é da Justiça Federal. As atribuições de polícia judiciária são da Polícia Federal, com o auxílio da Polícia Rodoviária Federal.

Se a jurisdição interna brasileira não for exercida, ou se sua atuação for ineficaz, o sistema interamericano de proteção de direitos humanos poderá ser acionado para aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos.

## **2. Defesa do interesse da União em erradicar formas contemporâneas de escravidão no Brasil**

A União tem o dever e, por isso, interesse jurídico em erradicar e combater a escravidão no Brasil, pois disto depende a higidez da ordem social e da ordem econômica vigentes. A ordem social, porque fundada na igualdade e na liberdade das pessoas: no livre arbítrio, na livre manifestação da vontade e na dignidade da pessoa humana. A ordem econômica, porque fundada no reconhecimento de direitos sociais<sup>1</sup>, na utilização da mão-de-obra remunerada e no livre exercício do trabalho, ofício ou profissão<sup>2</sup>.

A escravidão desdenha de todos estes valores e, por isso, desafia a ordem econômica e social vigente no Brasil.

O objetivo deste artigo é realçar a competência federal para administrar todos os aspectos deste grave problema e, notadamente, para administrar a justiça: a competência é da Justiça Federal em matéria criminal<sup>3</sup>, da Justiça do Trabalho em matéria de garantia de direitos econômicos e sociais em relações de trabalho<sup>4</sup>, e são da Polícia Federal as atribuições de defesa da ordem social e econômica e para atuar como polícia judiciária da União. A atuação da Polícia Federal é essencial, pode ser exercida com a cooperação de outras instituições públicas, como a Polícia Rodoviária Federal e as polícias estaduais, mas não pode ser substituída.

Para esta análise, será necessário entender que escravidão não é sinônimo de trabalho escravo: tem significado mais amplo. Fundamental também é que a feição tradicional da escravidão foi substituída por formas contemporâneas. A prática moderna ora dela extrai proveito direto (como no caso do comércio de órgãos), ora a utiliza para conseguir outros fins, em geral de natureza econômica (como no caso da servidão por dívida). A escravidão não foi eliminada, foi mascarada por novos nomes, métodos e aparências.

Se a escravidão não mais existisse, ou tivesse presença episódica no mundo, a Assembleia Geral das Nações Unidas não teria reafirmado a data de 2 de dezembro de 2001 como o Dia Internacional para a Abolição da Escravidão<sup>5</sup> (Organização das Nações Unidas, 2001).

Na oportunidade, Kofi Annan afirmou que muitas pessoas podem considerar que a Convenção sobre a Escravidão (de 1949) não é relevante para o século 21. Mas no ano passa-

<sup>1</sup> A educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição de 1988 (art. 6º)

<sup>2</sup> Constituição, art. 7º e incisos e art. 5º-XIII.

<sup>3</sup> De acordo com a Constituição, compete à Justiça Federal processar e julgar infrações penais praticadas em detrimento de interesse da União (art. 109-IV), os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (art. 109-V), os crimes contra a organização do trabalho (art. 109-VI).

<sup>4</sup> Constituição, art. 114.

do (de 2000) fomos lembrados que a escravidão e a servidão permanecem todas muito comuns, pois hoje são comumente referidas como trabalho servil, trabalho forçado, as piores formas de trabalho infantil e de tráfico de pessoas. Estas modernas formas de escravidão afetam todo o continente, demonstrando nossa falência coletiva em implementar as regras do artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabelece que “ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos.”

A escravidão contemporânea motivou os países do continente a firmar na Convenção Americana de Direitos Humanos, em decorrência de sua histórica prática, em todas as formas, ainda não erradicada, mas apenas inibida, o seguinte compromisso:

Artigo 6º – Proibição da escravidão e da servidão

1. *Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.*
2. *Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.*
3. *Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para efeitos deste artigo:*
4. *os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;*
5. *serviço militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daqueles;*
6. *o serviço em casos de perigo ou de calamidade que ameacem a existência ou o bem-estar da comunidade.*
7. *o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.*

---

<sup>5</sup> “International Day for the Abolition of Slavery, 2 December, recalls the date of the adoption, by the General Assembly, of the United Nations Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others (resolution 317 (IV) of 2 December 1949). Observing the Day, UN Secretary-General, Kofi Annan, commented that “This year marks the seventy-fifth anniversary of the international community’s decision to abolish slavery everywhere and to adopt the first international convention intended to do so, the Slavery Convention. Many people may consider that this treaty is not relevant to the twenty-first century. But in the past year we have been reminded that slavery and servitude remain all too common, even if today they are commonly referred to as bonded labour, forced labour, the worst forms of child labour and trafficking in persons. These modern forms of slavery affect every continent, demonstrating our collective failure to implement the provisions of Article 4 of the Universal Declaration of Human Rights, which states that “no one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms.””

*Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal*

- 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.*
- 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados – partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.*
- 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.*
- 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.*
- 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, em prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.*
- 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competentes, a fim de que decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados – partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competentes, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.*
- 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.*

A escravidão foi o primeiro assunto de direitos humanos a atrair amplo interesse da comunidade internacional de países. É mal de difícil enfrentamento. A ação de cada país revelava-se insuficiente para conter a exploração humana escravizante. Tornou-se problema de Estado, para cujo enfrentamento era necessária ação prioritária, firme e contínua do Estado. Ainda é assim.

O Brasil comprometeu-se, reiteradas vezes, na cena internacional, a erradicar a escravidão e teve sucesso apenas quanto à escravidão tradicional. Diante das formas contemporâneas, ainda há muito a fazer (Justiça, 2001).

Neste contexto, ações federais coordenadas entre o Grupo Móvel de Fiscalização do Ministério do Trabalho (Gertraf), a Comissão sobre Trabalho Escravo e a Secretaria de Estado de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, o Grupo sobre Trabalho Escravo da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão - PFDC (Ministério Público Federal)<sup>6</sup>, o Ministério Público do Trabalho, a atuação corajosa da CPT e de todos os defensores de direitos humanos, o interesse e a ação da OIT, a atuação policial federal apontam para caminhos promissores.

O Brasil também comprometeu-se a punir a prática da escravidão como crime e não só como ato ilícito civil ou trabalhista. No caso de servidão por dívida, a situação brasileira mais

---

<sup>6</sup> Grupo de Trabalho integrado por procuradores da República, instituído pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (do Ministério Público Federal), para estudar e empreender medidas contra a escravidão no Brasil.



promissora atualmente, é limitada à matéria trabalhista, em que há êxito relativo recente na defesa de direitos sociais e econômicos dos trabalhadores libertados. Resta muito a fazer em matéria de responsabilização penal, de recomposição dos danos morais, de resgate definitivo da dignidade das vítimas, mas sobretudo há deficiência na efetiva reinserção social dos trabalhadores, servos da dívida, vez que estima-se ser elevada a reincidência específica.

O Brasil também comprometeu-se a promover a dignidade da pessoa humana e, neste aspecto, a questão da escravatura precisa ser enfrentada em sua inteireza, em favor da higidez do tecido social, da dignidade individual e coletiva, de sorte a afirmar-se que há integral respeito aos direitos humanos no País.

O tema, portanto, não se restringe à defesa de direitos trabalhistas, à quitação de débitos, à assinatura da carteira de trabalho. Não é mera questão de reequilíbrio das partes de um contrato de trabalho. Nem a gravidade do crime de escravidão decorre de desrespeito a tais direitos sociais.

A escravidão atinge toda a dignidade da pessoa humana, retira-lhe igualdade e liberdade, princípios basilares da ordem social. Erradicar a escravidão consiste em exigir resgate integral da dignidade das vítimas: homens, mulheres e crianças, em todas as modalidades contemporâneas de escravidão.

A escravidão, em suma, é tema de interesse federal em decorrência dos compromissos internacionais firmados pela União, mas também em decorrência de seus compromissos internos – com seu próprio povo – quanto à definição da ordem social e da ordem econômica brasileiras, situando todo o assunto, malgrado jurisprudência recente em sentido contrário, no âmbito da competência da Justiça federal e nas atribuições da Polícia Federal.

Do ponto de vista internacional, a possibilidade de a União vir a ser responsabilizada por corte internacional em decorrência da inoperância ou mau funcionamento dos meios internos para prevenir e julgar os praticantes da escravidão é sempre lembrada como fundamento para defender a competência da Justiça Federal para julgar crimes. Esta possibilidade já não é tão remota se se atentar para as recomendações feitas em 1999 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca da prática de trabalho escravo no Brasil<sup>7</sup> (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1997). Esta Comissão, como se sabe, é o órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), cuja atuação precede o envio de casos de violação de direitos humanos<sup>8</sup> para julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em São José da Costa Rica.

A competência federal é a melhor solução, inclusive quanto à administração da Justiça, porque no federalismo de cooperação vigente no Brasil deve realmente ser da competência federal julgar todos os crimes previstos em normas internacionais – para que não haja discrepância entre decisões de diferentes sistemas estaduais de justiça – e para que a defesa do modelo de ordem social e econômica amalgamado na União não fique à sorte de iniciativas locais. Como sustenta Flávia Piovesan (1999), é um paradoxo afirmar a responsabilidade internacional da União e sustentar sua ausência de responsabilidade nacional, já que não disporia de

<sup>7</sup> Ver transcrição parcial adiante.

<sup>8</sup> Definidos na Convenção Americana (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969)

competência de investigar, processar e punir a violação, pela qual internacionalmente está convocada a responder. De fato, a Constituição já estabelece normas exatamente neste sentido, ainda que a jurisprudência mais recente tenha vacilado em afirmá-la, em detrimento de julgamentos anteriores.

O Brasil tem ordem social definida pela liberdade e dignidade da pessoa humana e tem ordem econômica fundada em utilização de mão-de-obra remunerada. A prática de formas contemporâneas de escravidão atenta contra todos estes princípios formadores da nação brasileira.

Malgrados os esforços já feitos, ainda existe escravidão no Brasil. O assunto exige tratamento prioritário e ênfase constante. A prática é disseminada no território nacional, em região urbana<sup>9</sup> (Bleahen, 2002) e rural. Ela nos desonra, nos indigna e exige atuação permanente que previna sua ocorrência, puna seus praticantes, liberte os explorados e esclareça a população, fortalecendo a cultura de respeito à dignidade da pessoa humana, e à prática da tolerância<sup>10</sup> (Héritier, 2000).

A escravidão tem por base a intolerância, cujas *“formas mais evidentes são a exclusão ou o aniquilamento de grupos inteiros”* e que tem por princípio *“assegurar a coesão daquilo que é considerado como saído de Si, idêntico a Si, que destrói tudo o que se opõe a essa proeminência absoluta. Não se trata jamais, de um mero acidente de percurso: existe uma lógica da intolerância. Ela serve aos interesses que se julgam ameaçados”*, na expressão de Françoise Héritier<sup>11</sup>. (Héritier, 2000)

Os esforço brasileiro nesta questão deve somar-se ao esforço internacional, porque o interesse é comum a toda a humanidade. Françoise Héritier ensina que *“tolerar é, portanto, aceitar a idéia de que os homens não são definidos apenas como livres e iguais em direito, mas que todos os humanos sem exceção são definidos como homens. Sem dúvida é aí que reside o fundamento de uma hipotética ética universal, com a condição – que comporta consideráveis condições – de que haja uma tomada de consciência individual e coletiva, uma vontade política internacional e o estabelecimento definitivo de sistemas educacionais que ensinem a não odiar”*(Héritier, 2000).

A competência para adotar providências judiciais e extrajudiciais que previnam a prática

---

<sup>9</sup> Dentre outros casos, há notícia recente de servidão por dívida, em área urbana de São Paulo, de mulheres bolivianas que trabalham em indústria de confecção de roupas, publicada na página eletrônica da RTÉ Interactive News In-Depth.

<sup>10</sup> Françoise HÉRITIER ensina que *“tolerar é, portanto, aceitar a idéia de que os homens não são definidos apenas como livres e iguais em direito, mas que todos os humanos sem exceção são definidos como homens. Sem dúvida é aí que reside o fundamento de uma hipotética ética universal, com a condição – que comporta consideráveis condições – de que haja uma tomada de consciência individual e coletiva, uma vontade política internacional e o estabelecimento definitivo de sistemas educacionais que ensinem a não odiar.”*

<sup>11</sup> A autora prossegue na análise sobre o Eu, o Outro e a Intolerância, e afirma:

*“Um arraigado mecanismo de intolerância e do racismo, inerente à questão da pureza do sangue, consiste na convicção de que os outros não pensam, não sentem, não reagem como nós (qualquer que seja esse “nós”), que nos consideramos a essência da humanidade e da civilização. O que vai da crença na insensibilidade à dor física, que seria própria dos africanos, à crença em uma forma de insensibilidade afetiva em relação ao destino do próximo, à morte dos pais, dos filhos, recebida com indiferença, ou menos profundamente sentida. No fundo, é preciso negar o Outro como verdadeiro humano para excluí-lo, causar-lhe mal, destruí-lo, e até mesmo negar-lhe uma “sobrevida” *post-mortem*... A intenção primeira não é humilhar, mas negar, pura e simplesmente, o status de ser humano ao Outro.”*(Héritier, 2000)

da escravidão no Brasil é da União, ainda que haja colaboração de Estados e municípios, porque, nesta matéria, o esforço federal traduz-se em esforço nacional para definir a ordem social e econômica brasileiras, para a qual contribui o esforço singular das outras unidades federativas do País; e também para que o Brasil possa cooperar para a sua extinção do cenário internacional.

### 3. Formas contemporâneas de escravidão

No Brasil, a abolição da escravatura tardou muito (Lei Áurea, 1888), apesar do esforço de Joaquim Nabuco<sup>12</sup> (Nabuco, 1949), da Encíclica de João XIII (Papa Leão XIII, 1891) e do exemplo de tantas outras nações. O País demorou a convencer-se de que a sua economia não iria falir, se fosse abolido este vergonhoso meio de exploração humana para lucro de poucos (Weguelin, sem data). Esta postura era marcada pela indiferença ao escravo, pela convicção de que ele não era igual ao senhor, em direitos e em dignidade.

Há apenas 114 anos – pouco mais de um século –, a escravidão tradicional ainda era praticada no Brasil pelo próprio Estado, pelas pessoas, empresas, organizações, especificamente sobre a população afro-descendente, autorizada pela lei e incentivada pelas autoridades. O comércio e a escravidão de indígenas foram abolidos antes<sup>13</sup>.

Todavia, a abolição da escravatura no Brasil, como em outros países, não suprimiu práticas assemelhadas, igualmente discriminantes e supressoras da liberdade (Fernandes, 1965). Provavelmente sob o influxo deste passado recente, ainda se compreende por escravidão apenas a integral ausência de liberdades civis e políticas, o trabalho forçado, sem remuneração, sob maus-tratos e violência.

As formas contemporâneas de escravidão diferem daquela feição tradicional apenas na oportunidade ou na ênfase de emprego da força, da violência e do confinamento. No mais, utilizam da mesma perfídia, astúcia, coerção e operam em razão da mesma indiferença e sentimento de superioridade. A indiferença e o desrespeito à condição do outro – o escravizado – ainda persistem e estão hoje acirrados, mais perversos, não só porque os meios de sua prática são mais dissimulados, mas porque o modo como se invisibiliza na meio social são agravados pela certeza de que a prática é ilícita, injusta e ilegal. A situação é agravada, sobretudo, pela impunidade.

Segundo a Organização das Nações Unidas, a escravidão compreende hoje grande variedade de violações de direitos humanos. Sustenta que, além da escravidão tradicional e do tráfico de escravos, a escravidão moderna compreende a venda de crianças, a prostituição infantil, a pornografia infantil, a exploração de crianças no trabalho, a mutilação sexual de meninas, o

---

<sup>12</sup> “(...) Não tenho, portanto, medo de que o presente volume que eu espero por parte de um número bastante considerável de compatriotas meus, a saber: os que sentem a dor do escravo como se fora própria, e ainda mais, como parte de uma dor maior – a do Brasil, ultrajado e humilhado; os que têm a altivez de pensar – e a coragem de aceitar as conseqüências desse pensamento – que a pátria, como a mãe, quando não existe para os filhos mais infelizes, não existe para os mais dignos; aqueles para quem a escravidão, da degradação sistemática da natureza humana por interesses mercenários e egoístas, se não é infamante para o homem educado e feliz que a inflige, não pode sê-lo para o ente desfigurado e oprimido que a sofre; por fim os que conhecem as influências sobre o nosso país daquela instituição no passado e no presente, o seu custo ruinoso, e prevêem os efeitos de sua continuação indefinida(...)” Joaquim NABUCO, *O Abolicionismo*, 1883 (introdução).

<sup>13</sup> O comércio de índios foi abolido por lei portuguesa de 1611, e a escravidão indígena foi proibida no Brasil em 1750, embora os índios tenham continuado em regime de servilismo, dependente de grandes proprietários rurais em vastas regiões onde o contato foi precoce e mais intenso.

uso de crianças em conflitos armados, a servidão por dívida, o tráfico de pessoas e a venda de órgãos humanos, a exploração da prostituição e certas práticas de *apartheid* e regimes coloniais<sup>14</sup> (Office of the High Commissioner for Human Rights Fact Sheet nº 14, 1991).

Estas modalidades não caracterizam escravidão por equiparação, nem são formas assemelhadas à escravidão. São, na realidade, formas contemporâneas. Dentre elas, as que mais interessam à situação brasileira, são as seguintes.

### **3.1 Trabalho infantil**

O trabalho infantil submete a criança a condições árduas e arriscadas. As crianças são dóceis, fáceis de treinar e temerosas de reclamar. Têm dedos delicados e executam tarefas especiais. Submetem-se a baixa remuneração. Não é incomum que seus pais estejam desempregados. É, por isso, forma contemporânea de escravidão bastante disseminada.

A jornada de trabalho de crianças é, em geral, muito extensa, de 12 a 14 horas por dia; e a remuneração equivale a um terço do salário médio do adulto.

Crianças submetidas a efetuar tarefa doméstica trabalham longas horas por quase nada e são especialmente vulneráveis a abusos sexuais e físicos de toda ordem.

Há, no mundo, casos extremos de seqüestros de crianças, para envio a lugares remotos, acorrentadas à noite para impedir que fujam, para trabalharem na construção de estradas.

Nefasto é que o trabalho infantil causa danos permanentes à saúde, priva a criança de educação e do gozo natural de seus primeiros anos de vida e de desenvolvimento sadio e regular.

Segundo a ONU, as organizações não-governamentais propõem uma agenda internacional para eliminar as piores formas de exploração do trabalho infantil e sugerem que:

- Todos os campos de trabalho forçado sejam eliminados em doze meses;
- As crianças sejam excluídas das formas mais arriscadas de trabalho, tal como definidas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e pela OIT, em 1995;
- Todas as formas de trabalho de crianças menores de dez anos, descritas na Convenção nº 138 da OIT, sejam eliminadas, e que aquelas referentes ao trabalho de crianças de 10 a 14 anos sejam reduzidas pela metade até o ano 2000.

### **3.2. Tráfico de pessoas, exploração sexual**

O recrutamento, o transporte clandestino e a exploração de mulheres como prostitutas e a prostituição organizada de crianças de ambos os sexos em numerosos países são escravidão contemporânea bem documentada. Há denúncias, inclusive no Brasil, de vínculo entre prostituição e pornografia, particularmente envolvendo crianças e a promoção e o crescimento do turismo.

### **3.3 Venda de crianças**

A transferência de crianças, de um lar pobre para um lar rico, movida por inescrupuloso

---

<sup>14</sup> “The word ‘slavery’ today covers a variety of human rights violations. In addition to traditional slavery and the slave trade, these abuses include the sale of children, child prostitution, child pornography, the exploitation of child labour, the sexual mutilation of female children, the use of children in armed conflicts, debt bondage, the traffic in persons and in the sale of human organs, the exploitation of prostitution, and certain practices under apartheid and colonial régimes” (Office of the High Commissioner for Human Rights Fact Sheet nº 14, 1991).

interesse de lucro, sem garantia e supervisão eficiente para assegurar os interesses da criança pode mascarar situação de ganho para os pais e intermediários e caracterizar comércio infantil ilícito, segundo a ONU<sup>15</sup> (Office of the High Commissioner for Human Rights Fact Sheet n° 14, 1991).

### **3.4. Servidão por dívida**

A servidão por dívida distingue-se da escravidão tradicional apenas porque a vítima está impedida de deixar sua tarefa ou a terra onde trabalha até que sua dívida seja quitada. Ocorre que esta servidão se caracteriza exatamente porque, apesar de todos os seus esforços, o trabalhador não pode quitá-la. Normalmente, o débito é herdado pelas crianças do trabalhador endividado, mantendo-as sob servidão.

### **3.5 Crianças em conflitos armados**

O recrutamento obrigatório de crianças para serviço militar tem sido relatado em muitas partes do mundo. As conseqüências são devastadoras. Muitas têm morrido ou se tornado incapazes em operações armadas, enquanto outras têm sido interrogadas, torturadas, batidas, ou mantidas como prisioneiras de guerra.

### **3.6 Apartheid e colonialismo**

A supressão de direitos humanos de toda a população para lucro dos opressores tem o efeito de escravidão coletiva ou de grupo. A qualidade perniciosa desta prática é que as pessoas submetidas não têm escolha: elas nascem em estado de escravidão e têm pouca condição, se têm, de modificar sua situação.

## **4. O sistema internacional**

A escravidão é proibida pelo sistema universal de proteção de direitos humanos, a cargo da ONU; pelo correspondente sistema regional americano, a cargo da OEA; e por entidades especializadas por área de ênfase, como é o caso da Organização Internacional do Trabalho.

A escravidão é prática condenada pelos maiores tratados internacionais de direitos humanos: a Convenção de 1926 contra a Escravidão, da Liga das Nações<sup>16</sup> (Comparato, sem data); a Convenção n° 29 sobre Abolição do Trabalho Forçado ou Obrigatório, de 1930, da OIT a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948<sup>17</sup> (General Assembly of the United Nations, 1948, art. 4); a Convenção sobre Escravidão de 1949; a Convenção Suplementar para

---

<sup>15</sup> “Unscrupulous go-betweens have found that large profits can be made by arranging the transfer of children from poverty-stricken homes to people with means-without guarantees and supervision to ensure that the child’s interests will be protected. In such cases, financial gain-for the parents as well as the intermediaries-takes on the character of trading in children.”

<sup>16</sup> Então abordado como um dever de cumprimento progressivo, conforme realça Fábio Konder Comparato:

“A Convenção de 1926, porém, ficou a meio caminho da meta que seus autores se propuseram. Logo no artigo 2º, as altas partes contratantes declaram-se obrigar, de um lado, “a impedir e a reprimir o tráfico de escravos”, mas de outro, simplesmente, “a promover a abolição completa da escravidão sob todas as suas formas, progressivamente e assim que possível”; o que por óbvio não significava obrigação alguma, na prática. Reproduzindo as hesitações e meias-medidas largamente empregadas no Brasil durante a segunda metade do século XIX, o relatório da comissão que redigiu o projeto de convenção declarou que, “para realizar com êxito a abolição efetiva da escravidão, era indispensável não perder de vista a necessidade de manter a ordem e de assegurar o bem-estar das populações interessadas”. Daí a razão do emprego da expressão “progressivamente e assim que possível. ...

... No artigo 5º, as disposições referentes ao trabalho forçado ou obrigatório parecem ter sido concebidas para deixar as coisas no mesmo Estado de sempre” (Comparato, sem data).

Abolição da Escravidão, o Comércio de Escravos e Instituições e Práticas Similares à Escravidão, de 1956; o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, de 1966<sup>18</sup> (General Assembly of the United Nations, 1948, art. 8); No caso das Américas, foi também abolida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, da OEA.

Para conter a escravidão, primeiro a ONU firmou declaração universal em favor da libertação dos escravos e de proibição da escravidão (General Assembly of the United Nations, 1948, art. 4).

A seguir, enfatizou duas formas principais de escravidão.

Na Convenção sobre a Escravatura, de 25.9.1926, da Liga das Nações, abordou a forma mais comum, que é a escravidão por dívida: quando a remuneração do trabalho é inferior ao que a pessoa necessita para sobreviver e quando o empregador adianta créditos como meio de afirmar seu domínio sobre os desígnios do empregado, de subjugá-lo e, muitas vezes, ainda afirma seu poder mediante perseguição, confinamento, maus-tratos.

A seguir, em 1949, enfrentou a escravidão sobre o ponto de vista do tráfico de pessoas e da exploração da prostituição. A data de edição desta convenção marca o dia internacional contra a escravidão.

Sua importância motivou a edição da Convenção Suplementar de 1956 e toda a ação posterior das Nações Unidas.

A Organização Internacional do Trabalho, na Convenção nº 29, de 1930, “sobre trabalho forçado ou obrigatório”, designa-o como “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”. Esta Convenção enfoca as relações de trabalho forçado ou obrigatório determinado pelo Estado, por intermédio de autoridades, nas situações de interesse público, proibindo-as de impor ou deixar impor o trabalho forçado ou obrigatório em proveito de particulares, de companhias, ou de pessoas jurídicas de direito privado.

No plano regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos também congrega os países no compromisso de erradicar a escravidão e de puni-la como crime.

Todavia, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, em relatório de 1999, afirma que as normas internacionais revelaram-se insatisfatórias para conter a prática do trabalho escravo<sup>19</sup> (United Nations High Commissioner for Human Rights, 2002).

Estudos da ONU<sup>20</sup> indicam que “o tráfico e a venda de seres humanos florescem no mundo de hoje. As redes internacionais de prostituição se tornam-se mais fortes e a exploração de trabalhadores mantidos em regime de servidão por causa de dívidas se organiza e se amplia”.

---

<sup>17</sup> “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos estão proibidos em todas as suas formas” (art. 4º).

<sup>18</sup> Artigo 8º -

1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos.
2. Ninguém poderá ser submetido à servidão.
3. a) ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios;

“O que é particularmente alarmante é o fato de que as novas formas de escravidão atingem cada vez mais crianças – crianças em serviços domésticos, crianças prostituídas, crianças-soldados, crianças usadas como provedoras de órgãos para transplantes, crianças colocadas muito cedo para trabalhar, freqüentemente em condições desumanas.” (Martins, 1997).

## **5. A escravidão no Brasil**

Embora no plano internacional a exploração sexual de crianças, a prostituição e o tráfico de órgãos sejam considerados formas contemporâneas de escravidão, e tenham estado na gênese das preocupações que motivaram a edição das normas, não tem sido esta a compreensão do problema no Brasil.

Talvez pela magnitude da escravização de afro-descendentes na exploração agrícola, haja a tendência de reduzir o conceito àquela modalidade de escravidão e de dar ênfase ao resgate de direitos sociais e econômicos no âmbito de relação de trabalho ou emprego.

As circunstâncias históricas brasileiras, contudo, não permitem reduzir a escravidão a esta dimensão. Nem perpetuar entendimento excludente das outras modalidades.

A escravidão também ocorre em relações jurídicas diferentes das relações de trabalho, nas quais é impossível exigir o cumprimento de obrigações trabalhistas, quando o objeto da relação é ilícito: é o que ocorre na escravidão sexual, no tráfico de pessoas, no comércio de órgãos, no tráfico e exploração sexual de crianças, inclusive para fins turísticos. Não é privilégio da área rural, mas também está a ocorrer nas regiões urbanas. São relações intersubjetivas que excluem a liberdade e a igualdade e são fundadas na indiferença pelo outro.

Vê-se que a escravidão não atinge apenas a esfera individual da pessoa vitimada. O bem jurídico a proteger não é apenas o de sua liberdade, ou sua igualdade. A escravidão avilta a ordem social, construída pela manifestação livre da vontade de indivíduos livres e iguais em direitos e dignidade. Porque compromete a dignidade da pessoa humana é bem que não se circunscreve ao patrimônio individual. É patrimônio coletivo no contexto de uma ordem social que valoriza o bem comum.

É importante reorientar a compreensão do problema da escravidão na amplitude sedimentada pela ONU, para não reduzir a extensão do compromisso do Estado em erradicá-la em todas as suas formas contemporâneas.

No Brasil, há relatos de ocorrência da maioria destas modalidades, ainda que a servidão por dívida mereça atenção destacada, em face da impunidade, do elevado número de casos narrados e do tempo em que esta situação é conhecida sem que tenha se tornado, ainda, assunto prioritário.

## **6. O Tribunal Penal Internacional e a legislação interna**

O Estatuto de Roma<sup>19</sup>, de 17.07.1998, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, como corte complementar das jurisdições penais nacionais, assume a mesma linha de compreensão da escravidão, na melhor tradição das Nações Unidas (Estatuto de Roma, 1998).

Tanto que ao elencar, dentre os mais graves, os crimes que o Tribunal deverá julgar, num esforço de cooperação internacional, o Estatuto elege aqueles que afetam a comunidade

internacional, no seu conjunto. Agirá apenas se houver impunidade interna, ou se for o caso de o país não ter exercido sua jurisdição penal. Dentre eles, estão os crimes de escravidão, de escravidão sexual, de prostituição forçada, de alistamento de menores e de prisão ou restrição de liberdade de modo contrário a normas internacionais.

A escravidão, segundo o Estatuto de Roma, afeta a humanidade em seu conjunto, torna crianças, homens e mulheres vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência das pessoas.

Se é assim no plano internacional, que mais poderá ser dito no âmbito interno brasileiro para fundamentar a ofensa que a escravidão (em todas as suas formas) opera sobre o interesse da União de manter a ordem social e econômica. O julgamento de tais crimes foi incumbido pela Constituição à Justiça Federal.

A Comissão instituída pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana do Ministério da Justiça para analisar a legislação interna em decorrência dos compromissos assumidos pelo Brasil diante do Tribunal Penal Internacional também orienta-se por este norte.

## **7. A servidão por dívida no Brasil**

No Brasil, a servidão por dívida parece ser a mais comum forma contemporânea de escravidão, sucessora imediata da escravidão dos afro-descendentes. A servidão por dívida ocorre sempre que uma pessoa presta serviços a outra, sem remuneração, ou mediante remuneração inferior àquela de que necessita para sobreviver, por falta de outra alternativa que lhe garanta sobrevivência econômica e social. A pessoa fica impedida de se locomover, está comprometida em saldar a dívida, não pode sair, não tem para onde ir: nem ela nem sua família nem seus filhos.

Segundo Neide Esterici (Maraschin, 1998), “trata-se da perda, por parte do trabalhador, da condição de livre possuidor de sua força de trabalho. Através da instituição da dívida, ele passa de homem livre à condição de escravo, à mercadoria. Na imobilização por dívidas

---

<sup>19</sup> O preâmbulo do Estatuto de Roma realça que “Os Estados-partes no presente Estatuto:

- Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da Humanidade;
- Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da Humanidade;
- Afirmando que os crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional no seu conjunto não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas a nível nacional e do reforço da cooperação internacional;
- Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes;
- Relembrando que é dever de todo o Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais;
- Determinados em prosseguir este objetivo e, no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um tribunal penal internacional com caráter permanente e independente no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto;
- Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional criado pelo presente Estatuto será complementar das jurisdições penais nacionais;
- Decididos a garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional; convieram no seguinte:  
art. 7º –2-c : c) Por “escravidão” entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;



existe a figura do abono, que é a quantia cedida ao trabalhador no ato do recrutamento. Esse abono é fundamental para o estabelecimento da relação de escravidão, pois cria a dívida e garante a imobilização do trabalhador”.

Este modelo de servidão por dívida atinge a população mais vulnerável: os analfabetos, os analfabetos funcionais (aptos a escrever nomes, mas sem possibilidade de compreender o significado das frases).

Esta população hoje está em regiões rurais, mas também nas regiões metropolitanas de grandes cidades, em guetos de pobreza, de fome, de miséria, de violência, de drogas; em favelas de abandono e de indiferença; na Região Amazônica, mas também em São Paulo, em Curitiba, em Porto Alegre.

A escravidão existe no Brasil, os casos não são isolados, nem atingem reduzido número de pessoas.

Foi utilizada para promover a ocupação da Região Amazônica na década de 70, conforme denúncia pública pioneira de dom Pedro Casaldáliga, bispo católico, em carta pastoral (Casaldáliga, 1971). Foi largamente utilizada na década de 80 em empreendimentos agrícolas de grandes e modernas empresas como Bradesco, BCN, Bamerindus, Volkswagen<sup>20</sup> (Martins, 1997). Continua a ser amplamente utilizada na Região Amazônica – mas também no Mato Grosso do Sul e em Minas Gerais –, mediante o aliciamento de trabalhadores, em diferentes pontos do território nacional, sobretudo em localidades onde não há oportunidades de emprego ou de trabalho e onde a ausência desta oportunidade obriga a pessoa a aceitar a servidão por dívida ou a sequer ter ciência da sua redução à condição de escravo.

A invisibilidade da prática de trabalho escravo no Brasil auxilia sua continuidade e impunidade: onde e como ocorre? Quantos são os atingidos? Como identificar a escravidão? quem é responsável em prevenir e reprimir a prática da escravidão no Brasil?

Em boa hora surge o projeto promovido pela OIT para construir banco de dados sobre a prática da escravidão no Brasil.

A situação não tem mudado nas últimas três décadas. Persiste muito grave, embora o Brasil seja signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo artigo 6º proíbe a escravidão e a servidão, nestes termos:

- a. *“Ninguém pode ser submetido a escravidão ou servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.*
- b. *Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório...”*

Apesar deste compromisso internacional, os fatos afirmados na Carta Pastoral de 1971 são muito semelhantes aos referidos no relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da OEA, de 29.09.1997, que recomendou ao Brasil (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1997):

- c. *“Adotar legislação e políticas efetivas para pôr fim às situações de trabalho*

---

<sup>20</sup> Segundo Martins (Martins, 1997), a Volkswagen manteve 500 escravos na Fazenda Vale do Rio Cristalino, em Santana do Araguaia (PA), no final dos anos 80. Depois de comprovadas as denúncias, a empresa vendeu a fazenda.

*em condições de servidão e das ações de empreiteiros e criminosos que perpetuam sua existência. Criar condições especiais de segurança e plena vigência de direitos aos líderes sindicais e trabalhadores rurais, especialmente em áreas onde ocorrem maior número de denúncias a respeito da persistência de trabalho em condições de servidão rural.*

- d. Estabelecer normas e procedimentos especiais a respeito dos delitos ligados à exploração do trabalho humano em condições de servidão, assim como dos crimes, ameaças e associações ilegais realizadas para perpetrar e manter tais situações. Estabelecer ou implementar conforme o caso, legislação e medidas para a federalização de ditos delitos e sua severa repressão a todos os níveis policiais e judiciais.*
- e. Estabelecer medidas especiais de proteção para os defensores dos direitos humanos dos trabalhadores rurais, em regiões de maior desproteção, em particular na área do sul do Estado do Pará, assim como implementar medidas especiais para fazer mais efetiva a ação fiscalizadora, de investigação, de julgamento e punição dos que infringem a proibição da servidão, sejam eles autores intelectuais, sejam cúmplices diretos das mesmas.”*

A Carta Pastoral, amparada em documentos colhidos na época, aponta graves ofensas à dignidade do trabalhador rural, ressaltando que:

*“Por tudo isto, os peões trabalham meses e, ao contrair malária ou outra qualquer doença, todo seu saldo é devorado, ficando mesmo endividados com a fazenda. (Documentação, nº IV, 1; IV, 4. D; IV, 4. A). O atendimento é deficiente, sendo tomadas providências quando o caso já é extremo, não havendo possibilidade de cura. São levados então para as vilas onde também não há recursos, agravando assim a situação das próprias vilas. Aí morrerão anônimos. (Documentação, nº IV, 1; IV, 6).”*

A Comissão Interamericana visitou o Brasil e analisou muitas provas de prática de trabalho escravo. De seu relatório extrai-se que

*“Juizes e promotores cerceados pelas complexidades de um sistema processual inoperante e pelo temor de represálias, caso tomem decisões judiciais mais efetivas; autoridades federais distantes e com um interesse objetivo inconstante a respeito do problema, sempre adotando medidas débeis e ineficientes; e uma população cuja capacidade de exercer seus direitos de reunião, associação, liberdade de comércio e trabalho e até política, são seriamente desafiados pela presença do poder paralelo dessas empresas perversas de exploração ilegal de trabalhadores.”*

Estes fatos são corroborados também por informações coligidas pelo padre Ricardo Resende, para sua tese de mestrado (Rezende Figueiras). No período de 1969 a 1995, cerca de 21.842 trabalhadores foram escravizados, em 125 imóveis rurais apenas nas regiões sul/sudeste do Pará. “No levantamento feito por Ricardo Rezende, os grandes grupos econômicos, que em sua maioria implantaram projetos na região com incentivos fiscais do Fundo de Investimentos da Amazônia (Finam), são acusados de terem permitido o uso de mão-de-obra escrava desde o final da década de 60” (Brasiliense, 2000).

Poder-se-ia imaginar que, desde então, a situação melhorou, que foram adotadas

medidas efetivas para erradicação do trabalho escravo na área rural, em especial na região do Bico do Papagaio ((sul/sudeste do Pará, norte do Tocantins e sudoeste do Maranhão). Não é esta a realidade relatada pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) nas reuniões mensais da Comissão sobre Trabalho Forçado e Escravo instituída pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana do Ministério da Justiça, nem são estes os dados coligidos pelo Grupo Móvel de Fiscalização do Trabalho. Também dela não discorda a seguinte notícia do último dia 23 de agosto de 2002, de *O Estado de S. Paulo*:

*“Fazenda no Maranhão tinha 66 escravos.  
Lavradores foram resgatados depois da denúncia  
de dois jovens que conseguiram fugir.*

*Andréa Viana  
Especial para O Estado*

*SÃO LUÍS - Um grupo de 49 homens adultos e 17 adolescentes com idade entre 13 e 17 anos foi resgatado ontem de uma fazenda no povoado de São Miguel, a 280 quilômetros de São Luís. Lá eles trabalhavam na colheita da folha de carnaúba em regime de semi-escravidão.*

*Os trabalhadores rurais haviam sido contratados por um empresário piauiense no município de Araiases, interior do Maranhão. Mas nunca chegaram a receber salário pelos trabalhos executados e ainda deviam dinheiro ao patrão pelo pagamento da comida fornecida na fazenda e da hospedagem. A alimentação, de acordo com o relato deles, era apenas à base de garapa de cana e arroz.*

*Espancamento - A fazenda de escravidão foi descoberta depois que dois adolescentes conseguiram fugir e denunciar a exploração do trabalho. Segundo o delegado de São Vicente de Ferrer, João Diniz, responsável pelo resgate dos lavradores, as condições de vida desses trabalhadores eram subumanas e quase todos apresentavam sinais de espancamento . . .”*

A CPT e a Anti-Slavery têm criticado as autoridades brasileiras por falharem em priorizar a erradicação da escravidão e em prover a União de condições de dar efetividade a seu trabalho. A Justiça Global tem convidado a um triplo ataque à servidão por dívida:

1. Um sistema independente e completo de fiscalização e cumprimento, capaz de respostas rápidas.
2. Punição efetiva dos responsáveis por estas práticas.
3. Uma política abrangente de prevenção do trabalho forçado, e a criação de alternativas para sua prática.

A Organização Internacional do Trabalho estimou que, em 1993, havia 6 milhões de homens e mulheres submetidos a condição de escravos em todo o mundo e que deve haver 100 milhões de crianças exploradas por seu trabalho, de acordo com estimativa recente (Office of the High Commissioner for Human Rights Fact Sheet nº 14, 1991).

A Anti-Slaving – mais antiga organização de direitos humanos do mundo – estima em 200 milhões o número de escravos em todo o planeta. A Organização das Nações Unidas, por intermédio do Grupo de Trabalho sobre Formas Contemporâneas de Escravidão, sustenta que, em 1999, 20 milhões destes escravos eram servos de dívida, prática comum no Brasil, como na Índia.

São números em crescimento. Assustadoramente. O que estes números revelam? Será que estão superestimados, afinal a realidade da escravidão parece estar tão distante do Brasil urbano e em desenvolvimento democrático e econômico.

A OIT, ao examinar esta realidade, concentra-se nas relações jurídicas de trabalho. A Anti-Slaving e a ONU observam relações humanas mais amplas e incluem entre os submetidos à escravidão as mulheres enviadas como prostitutas para outros países, as crianças prostituídas (Martins, 1997), o tráfico de pessoas e de órgãos.

As normas internacionais e a legislação brasileira operam sobre qual realidade: a restrita às relações de trabalho ou a realidade integral da pessoa humana?

## **8. A atribuição da União: prevenção e repressão. A Polícia Federal**

A ação prioritária da União deve ser de prevenir a ocorrência de todas as formas contemporâneas de escravidão no território nacional, amparada nos tratados que ratificou e na legislação que a disciplina como ilícitos criminal, civil e trabalhista e assegura direitos humanos.

A Polícia Federal tem atribuição constitucional nesta tarefa, independente da afirmação da competência da Justiça Federal para julgar ações penais decorrentes. A atribuição da Polícia Federal não é regida pela mesma regra constitucional que define a competência da Justiça Federal em matéria de crimes. A Constituição, no art. 144, atribui à Polícia Federal a responsabilidade de manter a segurança pública, inclusive para assegurar a incolumidade das pessoas (caput), situação singularmente afetada em caso de prática de escravidão.

A esta regra mais ampla, a Constituição acrescenta a atribuição específica de apurar infrações penais contra a ordem política e social, ou em detrimento de interesse da União, ou aquelas cuja prática tenha repercussão internacional e exija repressão uniforme (art. 144-par. 1º-I). Incumbe-lhe, também, exercer com exclusividade as funções de polícia judiciária da União (idem, inciso IV), com o auxílio da Polícia Rodoviária Federal e das polícias estaduais.

A Lei nº 10.446, de 08.05.2002, reforça estes argumentos ao regulamentar a Constituição e atribuir à Polícia Federal a função de investigar infrações penais relativas a violação de direitos humanos, que o Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte (art. 1º-III). É o caso da escravidão, em todas as suas modalidades.

Como visto, a repercussão internacional da ação ou da inércia da União em reprimir todas as formas contemporâneas de escravidão no Brasil poderá ter conseqüências no âmbito do sistema interamericano de justiça, a cargo da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja atuação é de natureza cível.

Mas já não se circunscreve apenas ao âmbito da OEA, pois desde a instalação do Tribunal Penal Internacional, a escravidão é tema de interesse específico da comunidade mundial de nações, e tem natureza penal.

O interesse da União em matéria de repressão a todas as formas contemporâneas de

escravidão resulta, como visto, também destes compromissos internacionais que firmou, bem como da competência federal para manter a ordem social e econômica do País.

É de se assinalar também, sobretudo nos casos de servidão por dívida, que este crime em geral é cometido com vários outros – de competência federal (usurpação de terra da União, crime ambiental, sonegação de impostos federais) – e que a conexão entre um crime federal e outro estadual atrai a competência para a Justiça Federal.

## **9. Conclusão**

A Constituição vigente pode ser aprimorada quanto à clara definição da competência federal e da justiça federal para atuar em prol da efetiva erradicação de todas as formas contemporâneas de escravidão no Brasil.

As normas constitucionais vigentes, no entanto, já são suficientes para firmar a competência da Justiça Federal para julgar crimes previstos em tratados, os que afetam o interesse da União, que comprometem a ordem social e econômica e a organização do trabalho. É o caso da escravidão.

Os compromissos internacionais que o Brasil assumiu e os compromissos constitucionais estão fundados na igualdade, na liberdade e na dignidade da pessoa humana, que fundamentam a ordem social, bem como na defesa de direitos sociais dentre os quais a remuneração digna do trabalho e o livre exercício de ofício ou profissão.

A escravidão, em todas as suas formas, ofende estes valores constitucionais e avilta a humanidade.

A escravidão não atinge apenas direitos sociais, mas todos os direitos humanos, e, por isso, a União não pode concentrar sua atuação ao restrito âmbito das relações de trabalho e emprego, mas deve abranger todas as formas de escravidão e, sobretudo, promover o resgate de todos os direitos e da dignidade da pessoa vitimada.

A ênfase sobre os casos de servidão por dívida é necessária, inclusive para promover responsabilidade criminal e a erradicação de situação endêmica em todo o País, notadamente na região do Bico do Papagaio.

Nas ações de prevenção e de repressão à escravidão, destaca-se a atuação preventiva e de polícia judiciária da Polícia Federal, nos termos do artigo 144 da Constituição e da Lei nº 10446/2002.

À guisa de conclusão, gostaria de realçar a mensagem tão viva do professor José de Souza Martins que afirma, quanto às formas contemporâneas de escravidão, que “se você não sente indignação, acaba numa discussão conceitual. Acaba se tornando conivente.”

## **Bibliografia**

- BLEAHEN, C. (2002). Slaves without chains. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de [http://www.rte.ie/news/archive/slavery\\_2001/images.html](http://www.rte.ie/news/archive/slavery_2001/images.html)
- BRASILIENSE, R. (2000). Bradesco e Volks exploraram trabalho escravo na Amazônia. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de <http://www.amazonpress.com.br/manchete/dedoc/manch25082000.htm>
- CASALDÁLIGA, D. P. (1971). Uma Igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a

- marginalização social. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de [http://www.ejesus.com.br/artigos/Uma\\_Igreja\\_da\\_Amazonia\\_em\\_conflito\\_com\\_o\\_latifundio\\_e\\_a\\_marginalizacao\\_social.html](http://www.ejesus.com.br/artigos/Uma_Igreja_da_Amazonia_em_conflito_com_o_latifundio_e_a_marginalizacao_social.html)
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos. (1997). Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de <http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm>
- COMPARATO, F. K. (sem data). Convenção de Genebra - sobre a escravatura 1926. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/gen1926.htm>
- Convenção Americana de Direitos Humanos. (1969). Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (Pacto de San José da Costa Rica). Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de [http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/oea/convencao\\_americana\\_de\\_direitos\\_humanos.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/oea/convencao_americana_de_direitos_humanos.html)
- Estatuto de Roma. (1998). Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de <http://www.mre.gov.br/dai/tpi.htm>
- FERNANDES, F. (1965). A integração do negro na sociedade de classes.
- General Assembly of the United Nations. (1948). Universal Declaration of Human Rights. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de <http://www.un.org/Overview/rights.html>
- HÉRITIER, F. (2000). *O Eu, o Outro e a intolerância* (E. Jacobina, Trans.). In Academia Universal das Culturas (Ed.), *A Intolerância* (pp. 24-27). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- JUSTIÇA, M. d. (2001). *Direitos humanos no cotidiano* (2nd ed.). Brasília: Ministério da Justiça, Unesco, Universidade de São Paulo.
- Lei Áurea. (1888). Lei 3353, de 13.05.1888. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de <http://www.nethistoria.com/docs/100/docs03.shtml>
- MARASCHIN, C. (1998, março). *O renascimento da escravidão no Brasil e os mecanismos de imobilização dos trabalhadores*. Revista Síntese Trabalhista, Ano IX (105), 19-22.
- MARTINS, J. d. S. M. (1997). Trabalho escravo - entrevista com José de Souza Martins - Sim, existe! Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de <http://www.peacelink.it/zumbi/news/semfro/251/sf251p05.html>
- NABUCO, J. (1949). *O Abolicionismo: conferências e discursos abolicionistas*. São Paulo: Progresso Editorial.
- Office of the High Commissioner for Human Rights Fact Sheet No. 14. (1991). Contemporary forms of slavery. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de <http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/fs14.htm>
- Organização das Nações Unidas. (2001). International day for the abolition of slavery. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de <http://www.un.org/depts/dhl/slavery/>
- PAPA LEÃO XIII. (1891). Rerum Novarum. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de <http://www.joaosocial.com.br/rerumnovarum.htm>
- PIOVESAN, F. (1999). Direitos humanos internacionais e jurisdição supra-nacional: a exigência da federalização. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de <http://www.anpr.org.br/boletim/boletim16/direitos.htm>
- REZENDE FIGUEIRAS, R. *Quão penosa é a vida dos senhores - discurso dos proprietá-*

- rios sobre o trabalho escravo*: Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro.
- United Nations High Commissioner for Human Rights. (2002). Report of the working group on contemporary forms of slavery - Sub Commission on human rights resolution 2002;27. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/2848af408d01ec0ac1256609004e770b/eda6d6f0e7c4f46fc1256c1d0046b338?OpenDocument&Highlight=2,slavery,1999>
- WEGUELIN, J. M. (sem data). Lei Áurea. Pesquisado em 14 de setembro, 2002, de <http://www.uol.com.br/rionosjornais/rj01.htm>

### **Legislação referida vigente no Brasil**

#### ***Legislação Brasileira***

1. Constituição Federal, art. 5º., inciso XIII, XLVII-c; art. 6º, 7º e incisos, art. 109-VI; art. 144; art. 227, caput e 4º
2. Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 07.12.40), arts. 149, 206 (com redação da Lei n. 8.683, de 15.07.93)
3. Código Civil (Lei 3071, de 01.01.1916), arts. 1220 e 1234
4. Estatuto da Criança e do Adolescentes (Lei 8069 de 13.07.90), arts. 5º., 87 e 130
5. Lei nº 10.446, de 08.05.02
6. Lei nº 9.654, de 02.06.98 (sobre a Polícia Rodoviária Federal)
7. Lei nº 3353 (Lei Áurea), de 13.05.1888

#### ***Legislação Internacional***

1. Convenção sobre a Escravatura (Genebra, 1926), da Liga das Nações – aprovada pelo Decreto Legislativo nº 66, de 30.11.65 e promulgada pelo Decreto nº 58.563, de 01.06.66.
2. Convenção nº 29, sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório, de 1930, da OIT
3. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, da ONU
4. Protocolo de emenda à Convenção sobre a Escravatura, aberto à assinatura ou à aceitação na sede das Nações Unidas (Nova York, 1953), da ONU – aprovada pelo Decreto Legislativo nº 66, de 30.11.65 e promulgada pelo Decreto nº 58.563, de 01.06.66.
5. Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura (Genebra, 1956), da ONU – aprovada pelo Decreto Legislativo nº 66, de 30.11.65 e promulgada pelo Decreto nº 58.563, de 01.06.66.
6. Convenção nº 105, concernente à Abolição do Trabalho Forçado, de 1957, OIT – aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20, de 30.04.65 e promulgada pelo Decreto nº 58.882, de 14.07.66
7. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966 – aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12.12.91, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06.07.92.
8. Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José), art. 6º - aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26.05.92 e promulgada pelo Decreto nº 678, de 06.11.





## **OS DEZ ANOS DA ADESÃO BRASILEIRA À CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1992 – 2002)\***

*Palestra do doutor Hélio Bicudo\*\*, proferida no dia 4 de novembro de 2002, na Procuradoria da República em São Paulo*

Quero agradecer este convite, que nos permitiu falar à Escola do Ministério Público da União sobre algo que é bastante desconhecido de nossos juízes e promotores públicos, que é o Sistema Interamericano de Defesa do Homem. Penso que essas palestras são fundamentais e, nesse sentido, quero parabenizar a Procuradoria da República de São Paulo, exatamente para que todos os membros do Ministério Público Federal possam estar conscientes de que existe um sistema, além do Plano Nacional, para a defesa dos direitos daqueles que realmente são os excluídos e são sujeitos das maiores violações de direitos humanos de nosso País.

Quando definimos o que sejam os direitos humanos, como os direitos de todos, sem distinção de qualquer natureza, já estamos, sem dúvida, nos referindo ao seu conteúdo ético, onde a promoção se dá em nosso cotidiano. Os direitos humanos têm de ser vivenciados em nosso dia-a-dia. Em atitudes e comportamentos que possam até mesmo se constituir no vetor de transformações em nossa maneira de pensar, sentir, agir e de viver. Na verdade, falar em direitos humanos é falar na própria história da humanidade nas suas idas e vindas no que respeita a pessoa humana e seus direitos fundamentais. Entretanto, somente após a Segunda Guerra Mundial que a problemática passou a encontrar ressonância, não somente na sociedade civil, mas nas comunidades governamentais. Daí ter desaguado nas Declarações Americanas dos Direitos e Deveres do Homem e Universal dos Direitos Humanos. Neste passo, porém, eu quero me ater ao Sistema Interamericano de Defesa dos Direitos Humanos, fazendo a proposta de uma pequena digressão histórica, na linha de encontrarmos nas Américas as sementes que hoje conformam os órgãos que se propõem, neste hemisfério, a promover os Direitos Humanos, garantindo às gentes que nele vivem o desfrute pelo respeito de sua dignidade humana.

Pois bem, a Organização dos Estados Americanos é um ente internacional criado

---

\* Palestra proferida por ocasião da realização, sob patrocínio da Escola Superior do Ministério Público da União em São Paulo – ESMPU/SP, da Mesa Científica sobre “Os Dez Anos da Adesão Brasileira à Convenção Americana de Direitos Humanos (1992 – 2002) – balanço de sua aplicação e perspectivas”, no dia 4/11/2002, às 18 horas, na Procuradoria da República em São Paulo.

\*\* Hélio Bicudo é vice-prefeito da cidade de São Paulo, presidente da Comissão Municipal de Direitos Humanos de São Paulo. Advogado e jornalista.

pelos Estados deste hemisfério, a fim de alcançar, na região, uma ordem de paz e justiça, fomentar a solidariedade, defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência. No âmbito das Nações Unidas, a OEA, constitui-se num organismo regional. Então, como surgiu a OEA, como surgiu a Declaração Americana de Direitos Humanos, que antecede a Declaração Universal dos Direitos Humanos? A Declaração Universal de Direitos Humanos surge em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Americana de Direitos Humanos aparece nos últimos dias de abril e nos primeiros dias de maio de 1948, em conclave promovido pelos Governos das Américas em Bogotá, a Colômbia. A OEA estabeleceu como propostas essenciais, nas suas declarações, afiançar a paz e a segurança do continente; promover e consolidar a democracia; prevenir as possíveis causas e dificuldades e assegurar uma solução pacífica das controvérsias que surgem entre os Estados-membros; organizar uma ação solidária em caso de agressão; procurar a solução dos problemas jurídicos, políticos e econômicos; promover o seu desenvolvimento social e cultural e alcançar uma efetiva diminuição de armamentos convencionais. Isso está no ideário da carta da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. E os Estados Americanos reafirmaram nesta carta alguns princípios dentre os quais, exatamente para se tornarem efetivos esses princípios de solidariedade, a criação de uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Essa Comissão surge antes mesmo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mas surge de forma ainda pouco formalizada ao ponto de que se discutia a sua real competência, para tratar de violações de direitos humanos praticadas pelos governos das Américas em detrimento dos seus cidadãos. Isto só foi alcançado bem depois, na medida em que a Declaração Americana dos Direitos Humanos de 30 de março a 2 de maio de 1948 (existe uma discrepância no que diz respeito à data da declaração), só muito depois, com a quinta reunião de consulta de chanceleres, realizada em Santiago do Chile em agosto de 1959, é que se consolidou a idéia de elaborar-se um projeto de Convenção Americana de Direitos Humanos, porque não bastava uma declaração. Era preciso que nós tivéssemos uma convenção com a missão de promover esses direitos. Essa função de simples promoção foi rapidamente superada pelos fatos.

Aqueles que participaram da adoção desses instrumentos não podiam imaginar que essa estrutura normativa, vejamos bem estamos em 1959, que estavam pleiteando, anos depois estava sendo desafiada por cruéis violações de Direitos Humanos, cujo conteúdo, desde então inaudito na América Latina, resultou num verdadeiro terrorismo de Estado para qual, obviamente essa estrutura não estava prevista. Considerando esses antecedentes e as circunstâncias de que a origem da Comissão não emanava de nenhum tratado, mas simplesmente de uma resolução, como afirmei, de representantes dos governos americanos, aprovada por simples maioria. Assim, essa Comissão carecia de bases institucionais sólidas para atuar contra vontades dos Estados.

Efetivamente, alguns governos objetaram que um organismo da natureza da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não poderia ser instituído ao término de uma simples reunião de consulta, sem resultar de uma reforma da carta da OEA ou de uma adição de um tratado.

E aí é que surge o Pacto de São José que só entrou em vigor em 1978, a 18 de junho. Prevê então a existência de uma Comissão e de uma Corte de Interamericana de Direitos Humanos. As atribuições e faculdades da Comissão e da Corte estão enunciadas em artigos dessa Convenção. O Brasil somente ratificou o Pacto de São José, em 1992. Dessa maneira, os casos anteriores de violações de direitos humanos no Brasil foram apresentados à Comissão

Interamericana, que os decidiu não à luz da Convenção, mas segundo os termos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Isso hoje ainda acontece com relação aos EUA e ao Canadá que não ratificaram a convenção, sendo que o Canadá sequer a subscreveu. Esses dois países não estão fora do sistema porque a Comissão, com base na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, tem conhecido de violações praticadas pelos EUA e pelo Canadá e tem feito recomendações a propósito, tanto ao governo americano quanto ao governo canadense com fundamento nos direitos enunciados na Declaração.

Evidente que o ideal, e hoje se fala, eu acho com muita propriedade, na universalidade dos direitos humanos, seria que os EUA, que assinaram a Convenção Americana, a ratifiquem e que da mesma maneira o Canadá o faça. É preciso ponderar que houve uma proposta dos EUA de ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos promovida pelo presidente Jimmy Carter, que agora acaba de receber o Prêmio Nobel da Paz. O presidente Jimmy Carter propôs ao Congresso a ratificação da Convenção. Não logrou êxito, pelas questões que todos nós conhecemos relativas à imposição da pena de morte por vários Estados americanos. Mas a verdade é que tanto os EUA quanto o Canadá participam das reuniões dos Estados americanos e assumem suas responsabilidades no que respeitam às violações pelos governos americano e canadense em detrimento de seus cidadãos.

Como disse, o Brasil, ratificou o Pacto de São José em 1992 e somente reconheceu a jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998. O Brasil escusou-se durante muitos anos, embora tivesse representantes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que ali atuaram até mesmo quando o Brasil ainda não ratificara o Pacto de São José. Hoje, o Brasil não tem representantes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ao que tudo indica não existe um interesse muito grande do Ministério das Relações Exteriores no que respeita os direitos humanos no Brasil. Eu fui membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos por indicação do atual presidente da república Fernando Henrique Cardoso. O Itamaraty praticamente não teve nada a ver com essa indicação e as dificuldades para a aprovação do meu nome na Assembléia Geral da OEA em 1997 são retratadas pelo fato de que a candidatura brasileira venceu por um voto a candidatura apresentada pelo governo da Guatemala, que propunha o nome de uma pessoa que havia colaborado, decididamente, com a ditadura que dominara aquele país. Então por aí se vê o pouco caso que o governo brasileiro faz no que respeita a essa questão dos direitos humanos.

Quando completei o meu mandato eu poderia ter solicitado a sua renovação. Não o quis fazer, mas instei veementemente para que o apresentasse um candidato à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para não se criar o hiato, que já está havendo há muitos e muitos anos, da não presença do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil se omitiu novamente e hoje nós não temos na Comissão Interamericana de Direitos Humanos sequer um brasileiro, não só como membro da Comissão, mas também como membro do *staff* da Comissão. Nós encontramos todos os países sul-americanos, centro-americanos, americanos e até canadenses representados na Comissão e não temos hoje um só brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. É verdade que, no próximo ano, nós vamos ter vagas na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e acho que o governo brasileiro vai ser sensível à sua presença na Comissão e vai, naturalmente, indicar e trabalhar para que um brasileiro ali esteja presente.

Os membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos são eleitos a título pessoal, pelo voto secreto, pela Assembléia Geral da OEA, e têm um mandato de quatro anos

renovável por mais quatro e não são remunerados. Eles recebem as passagens quando são necessárias as viagens, porque a sede da Comissão é em Washington. A Comissão tem reuniões periódicas em Washington e seus membros recebem um pró-labore para cobrir seus gastos, quando estão exercendo suas funções em Washington ou fora de Washington, quando a Comissão se transporta para alguns países do hemisfério, no sentido de atuar mais de perto em relação aos direitos humanos. A Comissão funciona, em primeiro lugar, recebendo queixas de qualquer pessoa ou organizações não-governamentais. Ela processa essas queixas e existe um momento em que a Comissão admite a queixa, quando encontra claros fundamentos para fazê-lo. Admitida a denúncia a Comissão examina esta questão de fundo e emite uma recomendação ao Estado que considera violador dos direitos humanos. Essa recomendação não cumprida permite que a Comissão vá à Corte Interamericana de Direitos Humanos que hoje é presidida por um brasileiro de renome internacional que é o professor Cançado Trindade, um grande nome dos Direitos Humanos em nível nacional e internacional.

Da mesma maneira que os membros da Comissão são eleitos pela Assembléia Geral da OEA os membros da Corte também o são, só que os membros da Corte têm um mandato de seis anos prorrogáveis por mais seis anos. O professor Cançado Trindade já teve seu mandato renovado e tenho a impressão de que ele tem mais um ano ainda, como presidente da Corte, o que é da maior importância para atuação internacional do Brasil, no que respeita aos Direitos Humanos.

Mas eu queria, sobretudo, mostrar a vocês alguns casos em que se pleiteia que o governo brasileiro repare as violações de direitos humanos aqui cometidas. O Brasil não tem muitos casos na Comissão Interamericana e na Corte. Nesta, apenas um: uma medida provisional baixada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, relativamente às condições desumanas no presídio Urso Branco, em Rondônia, onde se somaram graves violações de direitos humanos dos presos que ali estão condenados. A Comissão Interamericana solicitou a intervenção da Corte Interamericana e a Corte mandou medidas provisionais para que a situação desses presos fosse contemplada de maneira diversa daquela que o estavam sendo, com violações reiteradas de direitos humanos. O governo brasileiro até hoje não cumpriu o conteúdo dessas medidas provisionais e eu entendo que, deste ponto de vista, é preciso que existam imposições coativas para que não só as recomendações da Comissão de Direitos Humanos sejam obedecidas, como sobretudo as decisões da Corte; que elas tenham efeito, por assim dizer, erga omnes.

Aliás, se nós fossemos percorrer os tratados internacionais nós verificaríamos que o Brasil não pode se negar não só ao cumprimento das recomendações da Comissão como das decisões da Corte. Bem, se a competência da Corte só foi reconhecida pelo Brasil em 1998, de que maneira, pode-se objetar, fatos anteriores podem ser conhecidos pela Corte? Este argumento me parece falacioso e não encontra nenhum respaldo no Direito Internacional Público. O Brasil, tendo reconhecido a competência da Corte Interamericana, está sujeito às suas decisões. É, aliás, o que dispõe o artigo 62, da Convenção Americana. Qualquer argumento favorável a essa posição, que pode haver no sentido de contestar a procedente jurisdição da Corte, está de maneira muito clara desconstituído, através dessa decisão da Corte, ao reconhecer a procedência das medidas provisionais solicitadas pela Corte Interamericana e impostas ao governo brasileiro ainda recentemente.

Bem, nós temos sobre o Brasil alguns casos que vou apenas enunciar, que são importantes, porque emblemáticos: sobre a guerrilha do Araguaia, Júlio Gomes entre outros, já admitidos pela Comissão. A Comissão já passou para a segunda fase no exame desses casos,

quer dizer, admitidos, passou-se à decisão de mérito. Além da guerrilha do Araguaia, temos a execução extrajudicial do menor Jaílton Nélio Fonseca por policiais militares do Estado do Rio de Janeiro, durante uma operação policial na favela Ramos; a execução extrajudicial de Evandro de Oliveira e de outras pessoas ocorrida numa operação da polícia civil na favela Nova Brasília no Rio de Janeiro, em 1944. Ainda na favela Nova Brasília, Cosme Rosa Jenoveva e outras 13 pessoas, cujos cadáveres não foram identificados, mortos nessa mesma favela, em maio de 95; Gilson Pereira Carvalho, o advogado defensor dos direitos humanos assassinado, em Natal, em 1996. Além disso, nós temos ainda casos que já estão admitidos: o caso de Corumbiara, da chacina de Carajás e agora temos alguns casos com relação à Febem, no Estado de São Paulo, de adolescentes até custodiados. Este caso foi aprovado pela Comissão em 9 de outubro, desde ano de 2002. Esses são apenas casos emblemáticos, porque a Comissão já examinou anteriormente outros casos.

Existem relatórios finais da Comissão fazendo recomendações ao governo brasileiro, antes do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte e que o governo brasileiro não tem cumprido satisfatoriamente, quer do ponto de vista da avaliação da atuação das autoridades brasileiras, seja dos policiais, seja do Ministério Público, seja do Poder Judiciário. Por exemplo, em outubro de 97, a Comissão publicou o caso 11.405 referente à atuação de um grupo ilegal organizado por fazendeiros do sul do Pará, que ameaçaram e assassinaram pessoas ligadas a ocupações de terra.

Em 7 de abril, a Comissão Interamericana declarou a responsabilidade do Estado brasileiro ao publicar o caso 11.287 pelo assassinato do líder do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Rio Maria, sul do Estado do Pará, o caso Canuto de Oliveira, quando também foram assassinados seus filhos e outros companheiros do sindicato. Em fevereiro de 2002, a Comissão Interamericana declarou a responsabilidade do Estado brasileiro pela execução sumária de Diniz Bento da Silva, líder do movimento dos sem-terra, conhecido como Teixeira, nas mãos de policiais militares do Paraná, ocorrida em março de 1993.

Em 4 de abril de 2001 a Comissão Interamericana declarou a responsabilidade do Estado brasileiro pelas nove mortes promovidas por policiais militares, no Estado de São Paulo.

Além disso, a Comissão Interamericana, pode solicitar medidas cautelares ao governo brasileiro, quando existe a iminência de uma violação grave ou no momento em que essas violações estão sendo cometidas. Sobre este aspecto, no ano 2000, nós solicitamos uma medida cautelar a respeito de ameaças que estavam sendo feitas a dois promotores públicos de Sorocaba, que haviam denunciado torturas por parte da polícia paulista com relação a um número muito grande de detentos nos xadrezes da delegacia de Sorocaba. A Comissão determinou as medidas cautelares solicitadas, para que se desse segurança aos promotores e que fossem retirados do presídio os policiais denunciados por tortura, para maior segurança do procedimento penal. O governo paulista não deu muita atenção a esse problema. A Comissão foi informada de que o Estado não estava cumprindo as medidas solicitadas. A Comissão reiterou as medidas solicitadas determinando a separação dos presos que foram seviciados, dos policiais que os seviciaram, os quais estavam ocupando o mesmo recinto. Somente depois de muita insistência e de uma segunda medida cautelar expedida pela Comissão Interamericana é que o governo de São Paulo resolveu retirar os policiais, que estavam sendo acusados de torturar os presos, do local onde esses se encontravam e concedeu segurança aos promotores públicos que haviam denunciado os policiais à Justiça. Se essas medidas não fossem adotadas, evidentemente, o processo criminal não iria prevalecer.

Ainda, recentemente, a Comissão Teotônio Vilela e o Centro de Direitos Humanos e Comissão Nacional de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados solicitaram medidas cautelares a propósito de quatro presos que estavam envolvidos nessa chamada operação Castelinho, que foi uma operação montada pelo governo do Estado para melhorar o prestígio da polícia perante os olhos da população e redundou na morte de 12 pessoas; não importa se eram delinquentes ou não. O fato é que ficou absolutamente demonstrado que não havia nenhum delito possível a ser cometido por essas 12 pessoas que, segundo informava o comandante da Polícia Militar de São Paulo, em artigo que está publicado na *Folha de S. Paulo*, dirigiam-se para a cidade de Sorocaba, a fim de assaltar um avião pagador que ali aterrizaria no dia 5 de março, às 8 horas da manhã, portando R\$ 28 milhões. O Departamento de Aviação Civil informou que há mais de um ano esses aviões não aterrizavam em Sorocaba. Então, se trataria, quando muito, de um crime impossível.

Isto seria suficiente para investigações que esclarecessem a atuação policial, segundo indícios veementes, e, mais do que se apura com mais rigor, de que essa operação fora montada pela polícia de São Paulo, que forneceu a viatura, as armas e que conseguiu tudo isso através da retirada de quatro presos condenados, um deles a mais de 50 anos de reclusão, que se infiltraram e levaram a cabo essa armação, supostamente para melhorar o prestígio da polícia aos olhos da população. Muito bem, solicitaram-se medidas cautelares porque esses quatro presos foram devolvidos aos presídios e estão numa situação muito precária, pois podem ser mortos a qualquer instante.

Nesse caso, as medidas cautelares têm duas finalidades: primeiro, a segurança desses presos e, se possível, sua transferência para uma prisão federal e; em segundo lugar, que as investigações a propósito não fossem feitas pela polícia de São Paulo e sim pela Polícia Federal, porque em São Paulo a polícia é a responsável pelo ocorrido. Dois juízes de direito e o próprio secretário de Segurança Pública e muitos policiais estão envolvidos nesses crimes. Então, na verdade, esses fatos não serão apurados pelas autoridades do Estado de São Paulo, o contrário podendo acontecer, se forem entregues a Polícia Federal sob a supervisão do Ministério Público Federal. Nessa hipótese, tenho a impressão que essas coisas vão ter um colorido diferente e é possível que a verdade ressurgirá como já está ressurgindo à margem da “apuração oficial”.

Esse fato é muito mais grave do que a chacina do Carandiru. É mais grave porque os policiais foram, nesse caso, atender a uma solicitação do presídio para que intervissem em uma rebelião de presos. Este fato não foi criado pela polícia. É evidente que a polícia teve uma atuação lamentável. Até agora apenas uma pessoa foi condenada e candidatou-se a deputado. Uma vez eleito, novamente vai-se impedir que se justiça faça. Mas no caso do Castelinho houve armação pela própria polícia para que seus agentes pudessem intervir, eliminando pessoas.

De modo que essas medidas cautelares foram enviadas. O governo brasileiro fez algumas informações do meu ponto de vista insatisfatórias. Nós fomos convidados a fazer observações a propósito dessas informações e esse caso está pendente de novas medidas cautelares que reiteramos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que esses fatos sejam devidamente investigados, a fim de que se possa chegar à uma conclusão legítima sobre o que aconteceu, uma atuação que, segundo tudo indica, denigre a figura da polícia paulista e do governo do Estado. Muito obrigado.

# **RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS\* DE 18 DE JUNHO DE 2002**

**Medidas provisórias solicitadas pela  
Comissão Interamericana de Direitos Humanos  
a respeito da República Federativa do Brasil**

## **Caso da Penitenciária “Urso Branco”**

Visto:

1. O escrito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão” ou “Comissão Interamericana”) de 6 de junho de 2002, mediante o qual submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte” ou “Corte Interamericana”), de acordo com o previsto no artigo 63.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção” ou “Convenção Americana”), 25 do Regulamento da Corte, y 74 do Regulamento da Comissão, uma solicitude de medidas provisórias em favor dos internos da Casa de Detenção José Mario Alves – conhecida como “Penitenciária Urso Branco” – (doravante denominada “Penitenciária Urso Branco” ou “penitenciária”), localizada na cidade de Porto Velho, Estado de Rondônia, República Federativa do Brasil (doravante denominada “Brasil” ou “Estado”), com o “objetivo [de] evitar que continuem a morrer internos” na penitenciária. A seguir se relatam alguns dos fatos que a Comissão expõe em sua solicitação de medidas provisórias:

- a) a localização dos internos na Penitenciária Urso Branco antes do dia 1º de janeiro de 2002 tinha as seguintes particularidades: aproximadamente 60 internos se encontravam localizados em celas especiais – conhecidas como celas de “segurança” –, em virtude de que estavam reclusos por crimes considerados imorais pelos demais internos ou devido a que se achavam em risco de sofrer atentados contra sua vida ou integridade física por parte dos outros reclusos; por outro lado, certos internos de confiança das autoridades – conhecidos como “celas livres” – gozavam de certa liberdade de movimento dentro da penitenciária; não obstante, um

---

\* O presidente da Corte, Juiz Antônio A. Cançado Trindade, em conformidade com o artigo 4.3 do Regulamento da Corte e em razão de ser de nacionalidade brasileira, cedeu a Presidência para o conhecimento desta solicitação de medidas provisórias ao vice-presidente da Corte, juiz Alirio Abreu Burelli. O juiz Máximo Pacheco Gómez informou a Corte que, por motivos de força maior, não poderia estar presente no LV Período Ordinário de Sessões do Tribunal, pelo que não participou na deliberação e assinatura da presente Resolução.

- juiz de execução penal ordenou que estes últimos fossem colocados em celas;
- b) em 1º de janeiro de 2002 as autoridades da Penitenciária Urso Branco realizaram uma realocação geral dos internos do estabelecimento, na qual realizaram as seguintes mudanças: aos internos que consideravam que punham em perigo a vida e a integridade de outros internos, os transferiram a umas celas localizadas fora dos pavilhões gerais; os aproximadamente 60 internos que se encontravam isolados em celas de “segurança” foram transferidos para as celas da população geral, colocando cinco em cada cela; e aos internos denominados “celas livres” também os recluiram nas celas da população geral. O procedimento para determinar aos detentos potencialmente agressores foi pouco rigoroso, de maneira que muitos deles foram colocados com a população geral;
  - c) as forças especiais que participaram na realocação dos internos se retiraram nesse mesmo dia, cerca das 18:00 horas. Aproximadamente às 21:00 horas desse mesmo dia, foi iniciado um “homicídio sistemático” dos internos que provinham das celas de “segurança”. Esses internos “gritaram pedindo ajuda aos agentes penitenciários, os quais não intervieram para evitar essas mortes”;
  - d) em 2 de janeiro de 2002 um “grupo de choque” da polícia de Rondônia entrou na penitenciária. O relatório da pessoa encarregada desta operação salientava que haviam sido encontrados 45 corpos de internos, “alguns deles decapitados, e com os braços e as pernas mutilados pelo uso de armas cortantes, e que outros haviam morrido em consequência de golpes desferidos com ‘chunchos’ (armas cortantes penetrantes fabricadas pelos reféns presos)”. Por outro lado, o governo do Estado de Rondônia emitiu um comunicado de imprensa no qual indicou que haviam falecido 27 pessoas;
  - e) após estes acontecimentos, as autoridades da penitenciária transferiram um grupo de internos a celas improvisadas denominadas de “segurança”. Além de mais, os internos têm indicado que as autoridades têm ameaçado a transferi-los aos pavilhões gerais;
  - f) em 18 de fevereiro de 2002 foram encontrados os corpos de três internos em um túnel debaixo de uma cela. Dois dias mais tarde houve uma tentativa de homicídio de três internos de “segurança” que se encontravam nas celas improvisadas. No dia 8 de março de 2002 “houve novas tentativas de homicídio no interior da penitenciária”, e na madrugada do dia seguinte os reclusos destruíram 11 celas. Estes acontecimentos motivaram a intervenção da Companhia de Controle de Distúrbios, a qual assegurou que havia assumido o controle da Penitenciária Urso Branco;
  - g) em 10 de março de 2002 ocorreu o homicídio de dois reclusos, que foi cometido por outros internos, “em um pátio na presença dos demais internos, e sem que as forças especiais o impedissem” – segundo informação subministrada pelos petionários;
  - h) em 14 de março de 2002 a Comissão solicitou ao Estado a adoção de medidas cautelares com o objetivo de proteger a vida e a integridade pessoal dos internos da Penitenciária Urso Branco; e
  - i) em 14 de abril de 2002 foi assassinado um interno “em consequência de quase 50



golpes de ‘chuncho’”. No dia do 2 de maio de 2002 foi assassinado um detento no pátio interno da penitenciária devido a golpes de “chuncho”. Em 3 de maio de 2002 faleceu um interno durante uma operação realizada pela Secretaria de Estado de Segurança, Defesa e Cidadania. Em 8 de maio de 2002 foi assassinado outro interno em consequência de golpes com um objeto contundente. Em 10 de maio de 2002 um interno foi assassinado e esquartejado por outros reclusos.

Ademais, a Comissão fundamentou sua solicitação de medidas provisórias em que:

- a) existem suficientes elementos probatórios que permitem presumir que se encontra em grave risco a vida e a integridade dos internos da Penitenciária Urso Branco. Trata-se de uma situação de extrema gravidade, em virtude de que desde o dia 1º de janeiro de 2002 até o dia 5 de junho do mesmo ano “têm sido brutalmente assassinadas ao menos 37 pessoas no interior da Penitenciária Urso Branco”. Além de mais, está demonstrado que o Estado não tem recobrado o controle necessário para poder garantir a vida dos internos;
- b) o caráter urgente de que se reveste a adoção de medidas provisórias fundamenta-se “em razões de prevenção e justifica-se pela existência de um risco permanente de que continuem os homicídios no interior da penitenciária”. Ademais, existe uma situação de tensão entre os internos que pode gerar mais mortes. O anterior se vê agravado pela “existência de armas em poder dos internos, pela aglomeração e pela falta de controle das autoridades brasileiras com respeito à situação imperante em dita penitenciária”;
- c) a população penitenciária tem um temor permanente de que ocorram novos acontecimentos de violência, “a respeito dos quais se sentem indefesos já que as autoridades têm sido incapazes de prevenir a morte de dezenas de pessoas nos últimos 5 meses”;
- d) após 14 de março de 2002, data em que a Comissão solicitou ao Estado a adoção de medidas cautelares, “outras cinco pessoas têm sido assassinadas no interior do recinto penal”, o qual demonstra que as medidas não têm produzido os efeitos procurados; e
- e) o Estado está descumprindo a obrigação positiva de prevenir os atentados à vida e à integridade física dos internos da Penitenciária Urso Branco, devido a que não tem adotado as medidas de segurança adequadas para evitar os homicídios no interior do recinto penitenciário. As vítimas dos homicídios se encontravam privadas de liberdade sob a custódia do Estado, e as condições de vida e detenção dos internos dependem das decisões que tomem as autoridades estatais.

Com base no mencionado anteriormente, a Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado:

- 1) Adotar de imediato as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal de todos os detentos da Casa de Detenção José Mario Alves, “Penitenciária Urso Branco”, localizada na cidade de Porto Velho, Estado de Rondônia, Brasil.
- 2) Adotar de imediato as medidas que sejam necessárias para apreender as armas que se encontram em poder dos internos da mencionada penitenciária; e

3) Informar à Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos em um prazo breve, que a própria Corte determinar, em relação às medidas específicas e efetivas adotadas.

2. O escrito de 14 de junho de 2002, mediante o qual a Comissão informou que “no dia 10 de junho de 2002, foi ferido gravemente o interno Evandro Mota de Paula [...], quando o agente penitenciário, ao passar a escopeta a um colega, teria acionado acidentalmente o gatilho, ferindo o interno, que foi internado no Hospital João Paulo II”.

Considerando:

1. Que o Brasil é Estado-parte na Convenção Americana desde 25 de setembro de 1992 e, de acordo com o artigo 62 da Convenção, reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998.

2. Que o artigo 63.2 da Convenção Americana dispõe que, em “casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas”, a Corte poderá, nos assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes à solicitação da Comissão, ordenar as medidas provisórias que considerar pertinentes.

3. Que em relação a esta matéria, o artigo 25 do Regulamento da Corte estabelece que:

1. Em qualquer fase do processo, sempre que se tratar de casos de extrema gravidade e urgência e quando for necessário para evitar prejuízos irreparáveis às pessoas, a Corte, ex officio ou a pedido de qualquer das partes, poderá ordenar as medidas provisórias que considerar pertinentes, nos termos do artigo 63.2 da Convenção.

2. Tratando-se de assuntos ainda não submetidos à sua consideração, a Corte poderá atuar por solicitação da Comissão.

4. Que os antecedentes entregues pela Comissão em sua solicitação de medidas provisórias, relativas aos acontecimentos ocorridos na Penitenciária Urso Branco, demonstram prima facie uma situação de extrema gravidade e urgência quanto aos direitos à vida e à integridade pessoal dos reclusos.

5. Que a Comissão Interamericana tem solicitado ao Estado a adoção de medidas cautelares, as quais não tem produzido os efeitos de proteção necessários e que, pelo contrário, os acontecimentos ocorridos recentemente fazem presumir que a integridade e a vida dos reclusos está em grave risco e vulnerabilidade. Em consequência, apresentam-se circunstâncias que fazem necessário requerer ao Estado a adoção de medidas provisórias para evitar a ditas pessoas danos irreparáveis.

6. Que o artigo 1.1 da Convenção assinala o dever que têm os Estados-partes de respeitar os direitos e liberdades nela consagrados e de garantir seu livre e completo exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, incluídos, no presente caso, os reclusos da Penitenciária Urso Branco. Em consequência, o Estado deve adotar as medidas de segurança necessárias para a proteção dos direitos e liberdades de todos os indivíduos que se encontram

sobre sua jurisdição, o qual se torna ainda mais evidente em relação àqueles que estejam envolvidos em processos perante os órgãos de supervisão da Convenção Americana<sup>1</sup>.

7. Que se bem esta Corte tem considerado em outras oportunidades indispensável individualizar as pessoas que correm perigo de sofrer danos irreparáveis a efeitos de outorgar-lhes medidas de proteção<sup>2</sup>, o presente caso reúne a característica de que os beneficiários são identificáveis, já que “em todo lugar onde haja pessoas detidas, se deverá levar ao dia um registro encadernado e numerado que indique para cada recluso: a) sua identidade; b) os motivos de sua detenção e a autoridade competente que a ordenou; c) o dia e a hora de seu ingresso e de sua saída<sup>3</sup>”. É por isso que este Tribunal considera que o Estado deverá apresentar, em seu primeiro relatório sobre as medidas provisórias adotadas (infra ponto resolutivo terceiro), a lista dos reclusos que se encontram na Penitenciária Urso Branco, os quais são beneficiários das presentes medidas provisórias.

8. Que, em virtude da responsabilidade do Estado de adotar medidas de segurança para proteger as pessoas que estejam sujeitas a sua jurisdição, a Corte estima que este dever é mais evidente ao se tratar de pessoas reclusas em um centro de detenção estatal, em cujo caso se deve presumir a responsabilidade estatal no que aconteça às pessoas que se encontram sob sua custódia.

9. Que no Direito Internacional dos Direitos Humanos as medidas provisórias têm um caráter não só cautelar, no sentido de que preservam uma situação jurídica, senão fundamentalmente tutelar, porquanto protegem direitos humanos. Sempre que se reúnam os requisitos básicos da extrema gravidade e urgência e da prevenção de danos irreparáveis às pessoas, as medidas provisórias se transformam em uma verdadeira garantia jurisdicional de caráter preventivo<sup>4</sup>.

10. Que o caso ao que se refere a solicitação da Comissão não se encontra em

---

<sup>1</sup> Cfr. Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002, considerando décimo; Caso Gallardo Rodríguez, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de fevereiro de 2002, considerando sexto; e Caso Gallardo Rodríguez, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de fevereiro de 2002, considerando sétimo.

<sup>2</sup> Cfr. Caso de Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiano na República Dominicana, Medidas Provisórias. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de setembro de 2000. Série E nº 3, considerando quarto; e Caso de Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiano na República Dominicana, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de agosto de 2000. Série E nº 3, considerando oitavo.

<sup>3</sup> Nações Unidas, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. Regras mínimas para o tratamento dos reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, celebrado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social em suas resoluções 663C (XXIV) de 31 de julho de 1957 e 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977, regra número 7.1).

<sup>4</sup> Cfr. Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002, considerando quarto; Caso Gallardo Rodríguez, Medidas Provisórias. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de fevereiro de 2002, considerando quinto; Caso do Journal “La Nación”, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 6 de dezembro de 2001, considerando quarto; e Caso do Journal Periódico “La Nación”, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de setembro de 2001, considerando quarto.

conhecimento da Corte quanto ao mérito e, portanto, a adoção de medidas provisórias não implica uma decisão sob o mérito da controvérsia existente entre os peticionários e o Estado.<sup>5</sup>

11. Que, em consequência, o Estado tem a obrigação de investigar os acontecimentos que motivam esta solicitação de medidas provisórias com o objetivo de identificar os responsáveis e impor-lhes as sanções correspondentes.

Portanto:

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em função das atribuições que lhe conferem o artigo 63.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 25 de seu Regulamento,

Resolve:

1. Requerer ao Estado que adote todas as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as pessoas reclusas na Penitenciária Urso Branco, sendo uma delas a apreensão das armas que se encontram em poder dos internos.

2. Requerer ao Estado que investigue os acontecimentos que motivam a adoção destas medidas provisórias com o objetivo de identificar aos responsáveis e impor-lhes as sanções correspondentes.

3. Requerer ao Estado que, dentro do prazo de 15 dias contando a partir da notificação da presente Resolução, informe à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as medidas que tenha adotado em cumprimento da mesma e apresente uma lista completa de todas as pessoas que se encontram reclusas na Penitenciária Urso Branco; e ademais, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresente suas observações a dito relatório dentro do prazo de 15 dias a partir de seu recebimento.

4. Requerer ao Estado que continue informando à Corte Interamericana de Direitos Humanos, cada dois meses, sobre as medidas provisórias adotadas e que apresente listas atualizadas de todas as pessoas que se encontram reclusas na Penitenciária Urso Branco, de maneira que se identifique as que sejam postas em liberdade e as que ingressem a dito centro penal; e ademais, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresente suas observações a ditos relatórios dentro do prazo de dois meses a partir de seu recebimento.

---

<sup>5</sup> Cfr. Caso do Centro de Direitos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez e outros, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 30 de novembro de 2001, considerando nono e décimo; Caso James e outros, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 26 de novembro de 2001, considerando oitavo; Caso do Centro de Direitos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez e outros, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 25 de outubro de 2001, considerando sétimo; e Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 24 de novembro de 2000. Série E nº 3, considerando décimo terceiro.