

LABORATÓRIO
DE
JURISPRUDÊNCIA

O UNIVERSO DOS DIREITOS HUMANOS:

MARCO TEÓRICO, APLICAÇÃO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

José Ribas Vieira²

Leonardo Siciliano Pavone³

Tiago Francisco da Silva⁴

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Metodologia e Marco Teórico: 2.1. Metodologia. 2.2. Marco Teórico: 2.2.1. Ronald Dworkin. 2.2.2. Antônio Augusto Cançado Trindade. 2.2.3. Flávia Piovesan. 3. Direitos Humanos: Conceito e Breve Percurso Histórico: 3. 1. Conceito. 3. 2. Breve Percurso Histórico. 4. A Questão da Efetividade: 4. 1. Noções Pontuais. 4. 2. A Divergência sobre o Caso da Possibilidade da Prisão Civil do Depositário Infiel. 4. 3. A Polêmica Possibilidade de Revisão da Lei de Anistia. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

I - INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma reflexão acerca de uma maior internacionalização dos Direitos Humanos na sociedade brasileira, privilegiando o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e relacionando-o com as decisões do Supremo Tribunal Federal a partir da mudança de sua composição em 2003, de forma a obter resultados a respeito do nível de concretização realizada pelo mesmo no que tange a tais direitos.

¹ Este trabalho foi apresentado no XVIII Seminário de Iniciação Científica Vasconcelos Torres, no dia 24 de novembro de 2008.

² Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF).

³ Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (9º período) e bolsista do PIBIC/UFF.

⁴ Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (7º período).

O escopo inicial consistia na delimitação do universo dos Direitos Humanos em seu caráter de efetivação, através da análise de certas decisões específicas do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, em virtude da relevância do assunto, julgou-se pertinente também, para esse propósito, o acréscimo do atual debate doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade da revisão da Lei de Anistia – Lei nº 6.683/1979 -, revisão esta exigida pelos defensores de uma internacionalização máxima dos direitos aqui estudados.

Desse modo, o presente estudo vai além do campo meramente teórico e formal, adentrando na área da efetividade material dada a tais direitos pelo Corte Suprema Brasileira. Assim sendo, a exposição se inicia com uma noção conceitual, passando para a demonstração da origem e de um breve histórico acerca dos Direitos Humanos. Posteriormente, avança-se com o tema da efetividade, através do entendimento das decisões do STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e até que ponto estas se articulam, sendo ressaltado, por exemplo, o caso da possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel e da já citada possibilidade de revisão da Lei de Anistia - Lei nº 6.683/1979.

II - METODOLOGIA E MARCO TEÓRICO

II. 1- METODOLOGIA

A presente análise propõe-se a demarcar as justificativas fundantes das regras do Direito quando efetivamente aplicadas na sociedade. Desta forma, será possível desvendar de que maneira as esferas política e ético-moral influenciam a prática jurídica. Para tanto, o trabalho aqui apresentado baseia-se no método sócio-jurídico crítico, o qual proporciona exatamente uma abordagem do Direito em sua prática social. Para o alcance dos objetivos pretendidos, foi lançada mão de

jurisprudência produzida por nossa Corte Superior nesses últimos anos, além de notícias veiculadas em jornais e revistas e nosso próprio marco teórico.

Tem-se por base, ainda, a teoria da complexidade proposta por Edgar Morin. Tal escolha se justifica visto que a realidade social e, assim, o Direito aplicado em cada sociedade, não é uma esfera isolada, mas parte de um todo. Este é, exatamente, o enfoque proposto pelo autor, que afasta a ideia de um objeto de pesquisa isolado, revelando que cada objeto é uma parte dentro de um todo complexo.

Assim, dentro da metodologia aqui apresentada, pretende-se uma abordagem dos Direitos Humanos através da análise de sua contextualização na realidade social, sendo demonstrada a distância existente entre o discurso e a prática, tendo por base as citadas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Com base no exame dos julgados, será possível sopesar as ingerências que os princípios possuem na ordem jurídica e a real efetividade dos Direitos Humanos no Brasil.

II. 2. MARCO TEÓRICO

A compreensão das justificativas fundantes dos Direitos Humanos no quadro contemporâneo perpassa no debate entre moral e direito, como delimita, com precisão, Wilfrid J. Waluchow. O estudioso canadense, ao privilegiar uma linha positivista incluída da moral, vê a seguinte dicotomia na teoria do direito quanto à sua fundamentação:

“También ponen de manifiesto la importancia de distinguir entre lo que llamaré una teoría del derecho y una teoría de la adjudicación. HART, RAZ, KELSEN, AUSTIN y AQUINO proponen teorías del derecho y tienen solo un interés secundario en una teoría de la adjudicación, esto es, una teoría sobre cómo deciden, o deben decidir, los jueces los casos jurídicos. En el mejor de los casos, DWORKIN toma el camino inverso, i.e. está interesado en primer lugar en una teoría de la adjudicación, de la que intenta derivar una teoría del derecho”.

Para pautar esse ponto da reflexão apresentada, privilegiou-se um estudioso da teoria do direito na sua vinculação com a moral do porte de Ronald Dworkin, contrapondo com as contribuições marcantes no campo dos Direitos Humanos e seu lastro ético por parte de Antônio Cançado Trindade e, mais especificamente na doutrina brasileira de Direitos Humanos recente, Flávia Piovesan.

II.2.1 - RONALD DWORKIN

Em Ronald Dworkin encontra-se a fundamentação para a afirmação de uma ordem jurídica perpassada por princípios éticos, e é exatamente este ponto que é abordado na presente pesquisa. Uma ordem jurídica que se pretenda legítima não pode abandonar princípios de justiça, que, no fim, são os responsáveis pela sua efetivação. Parte-se do princípio de que o Direito e, assim, suas regras, seja em âmbito interno ou externo, só é capaz de alcançar seu objetivo de formação quando incorpora elementos de justiça advindos da sociedade a qual pretende regular.

Na análise de uma ordem jurídica que se pretende internacional, pode-se denotar que a influência dos princípios se faz ainda mais importante, mormente pelo objetivo proposto por tal ordenamento, a saber, alcançar a coletividade dos cidadãos do mundo. Os Direitos Humanos, dadas as suas características e pretensões, devem mostrar-se abertos às influências advindas da sociedade que pretende regular, a sociedade internacional.

Dworkin elabora uma diferenciação entre regras e princípios e afirma que uma ordem jurídica justa possui as duas espécies normativas. O catálogo de Direitos Humanos é o ordenamento que guarda a maior carga axiológica, por explicações históricas adiante citadas. Por sua especial compreensão do que vem a ser a dignidade da pessoa humana é que este catálogo deve influenciar a ordem jurídica interna dos Estados, buscando sempre o melhor tratamento para os seus tutelados.

No presente estudo, evidencia-se uma crescente internalização por parte dos Estados soberanos – afastada a velha conceituação de soberania e, acreditando que a tomada de decisão por parte de um Estado, em aplicar normas de Direitos Humanos, reforça a sua posição soberana – de ordens trazidas pelos anseios dos homens em nível internacional, proporcionando um nível maior de justiça às ordens jurídicas internas e aos cidadãos.

Este é o ensinamento trazido por Ronald Dworkin, que afirma só ser o Direito legítimo quando traz em si os reais anseios de uma Sociedade, ou seja, quando é perpassado por princípios políticos, éticos e morais de uma coletividade qualquer.

Ronald Dworkin ainda concede contribuição substancial ao apresentar parâmetros para a hermenêutica jurídica. Pelos ensinamentos do autor, será possível inferir que qualquer interpretação jurídica deve ter como base princípios que lhe confirmam o grau de justiciabilidade necessário.

II.2.2 - ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Cançado Trindade contribui para este trabalho em dois pontos fundamentais. Em um primeiro instante, o autor apresenta importante descrição histórica do processo de construção, no cenário internacional, dos Direitos Humanos, revelando informações importantes para a sua efetivação. De acordo com as colocações trazidas pelo internacionalista, houve um grande debate, em toda a sociedade mundial, acerca da necessidade de efetivação de um catálogo de direitos capaz de impedir que fatos, como os apresentados no decorrer de duas guerras mundiais, voltassem a acontecer.

Ainda de acordo com Cançado Trindade, naquela ocasião (aprovação da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, em 1948) a sociedade internacional

chegou a um consenso, aprovando um catálogo mínimo de direitos aplicáveis a qualquer cidadão em qualquer parte do mundo. Com esta colocação o autor afasta a ponderação, trazida por alguns doutrinadores, de que o catálogo aprovado representaria, na verdade, os anseios de uma sociedade ocidental.

Cançado Trindade foi ainda fundamental para o projeto ao fornecer bases para que se conclua, enfim, qual o patamar hierárquico garantido aos Tratados de Direitos Humanos pela ordem jurídica brasileira. O autor, conforme se verá adiante, se posiciona pelo caráter constitucional das normas de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico interno, o que significa que possuem aplicabilidade imediata em nossa ordem jurídica.

II.2.3. FLÁVIA PIOVESAN

Neste trabalho, conforme se verá, é realizada uma reflexão acerca da interpretação que deve ser concedida aos §§ 2º e 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Estes dispositivos tratam, especificamente, da forma como o Brasil vai trazer à sua ordem jurídica os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Será evidenciado que existem posições divergentes acerca desta questão. Flávia Piovesan apresenta posição reafirmando o status constitucional das normas de Direitos Humanos, pregando assim a máxima efetividade das mesmas.

A autora constrói toda uma fundamentação para sustentar sua posição. A mesma elabora um conceito de bloco de constitucionalidade, significando que a constitucionalidade das normas defensoras de Direitos dos Homens não deve ser analisada somente no plano formal, mas, principalmente, em seu aspecto material. Esta posição já vem sendo refletida em nossa jurisprudência, como revela o voto apresentado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal⁵, Celso Mello. Esta observação mostra uma aproximação conceitual entre a doutrina e a jurisprudência, muito positiva para a efetivação do catálogo de Direitos Humanos.

⁵ STF, *DJU* 12.dez.2008, HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio.

III - DIREITOS HUMANOS: CONCEITO E BREVE PERCURSO HISTÓRICO

III. 1 - CONCEITO

Embora numerosos sejam os estudos e doutrinadores acerca do tema concernente à questão dos Direitos Humanos, conceituar tal espécie de garantia de forma única e precisa se traduz em situação que esbarra em certa dificuldade. Dessa forma, se faz correto o pensamento de Tupinambá Nascimento que, ao analisar tal conceito, afirma que “qualquer tentativa pode significar resultado insatisfatório e não traduzir para o leitor, à exatidão, a especificidade de conteúdo e a abrangência” (NASCIMENTO, Tupinambá, 1997). Cabe trazer à baila as palavras do Professor José Afonso da Silva: “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem” (SILVA, José Afonso da, 1997).

Na realidade, o que contribui em grande parte para essa dificuldade é que, embora tais direitos sejam da própria essência do ser humano, seu reconhecimento e estudo vêm se dando lentamente através do decorrer histórico, de forma que somente nas últimas décadas, em especial a partir de 1945, com o pós-guerra, ganha maior destaque seu debate. O que não se confunde com a sua efetivação, esta, lamentavelmente, há de se dizer, ocorre de forma ainda mais lenta.

Entretanto, não podemos negar que a doutrina de modo geral atribui aos Direitos Humanos a noção de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito. Aí está o reconhecimento de que ninguém (indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação) pode afirmar-se superior aos demais. Portanto, a expressão Direitos

Humanos, sem sombra alguma de dúvida, significa algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos e, por óbvio, presentes desde o surgimento do próprio ser humano.

Como afirmado anteriormente, a conceituação, o conteúdo dos Direitos Humanos encontra-se intimamente ligado com a sua própria evolução histórica. Daí ser digna de nota a definição trazida por Perez Luño, o qual considera os Direitos Humanos como “o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da comunidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional” (LUÑO, Antônio Peres, 1995).

Alexandre de Moraes, partindo de uma perspectiva constitucionalista, prefere a expressão *Direitos Humanos Fundamentais*, que consiste no “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”.

Segundo Fábio Konder Comparato, há distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais (*Grundrechte*). “Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais”.

Faz-se importante ressaltar que os Direitos Humanos, independentemente da terminologia adotada, relacionam-se de forma direta com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana. Tais direitos colocam-se em elevada posição hermenêutica em relação aos

demais direitos previstos no ordenamento jurídico, sendo considerados pela doutrina como imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, universais, invioláveis, interdependentes e complementares.

Por fim, cabe trazer à baila uma definição concisa e prática sobre o que seriam os Direitos Humanos. Nas palavras curtas e sábias de Konrad Hesse, Direitos Humanos seriam um “conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade” (HESSE, Konrad, 1986).

III. 2 - BREVE PERCURSO HISTÓRICO

A imperiosidade de uma contextualização histórica impõe-se em virtude do entendimento, demarcado nesse estudo, de que a normatividade dos Direitos Humanos resulta num processo declaratório na proporção das conquistas institucionais alcançadas dentro de um denso nível de conflito político-social.

O artigo I da Declaração dos Direitos do bom Povo da Virgínia (1776) constitui o registro de nascimento dos Direitos Humanos, ao dispor que “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar sua posteridade e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.” Duas semanas após, a noção de busca da felicidade é repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, se tornando a verdadeira razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana.

Posteriormente, em 1789, a Revolução Francesa novamente traz a idéia de liberdade e igualdade entre todos os seres humanos, através do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos seguintes termos: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”

A citada Declaração de Direitos Norte-Americana, assim como a Declaração Francesa de 1789, se traduzem na “emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”(COMPARATO, Fábio Konder, 2005). Entretanto, tal emancipação tornou o homem mais vulnerável às vicissitudes da vida. O homem recebe da sociedade liberal a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei, a igualdade formal.

Ocorre que tal igualdade mostrou-se inútil para a legião crescente de trabalhadores, obrigados a se empregarem nas empresas capitalistas, surgindo, então, uma enorme e brutal pauperização das massas proletárias já no início do séc. XIX, urgindo a necessidade do reconhecimento de novos Direitos Humanos: os direitos econômicos e sociais.

A Constituição Francesa de 1848 reconheceu algumas dessas exigências, mas a plena afirmação de tais direitos só se deu com o advento das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919). O titular desses direitos, benefício surgido do movimento socialista, é o conjunto dos grupos sociais.

Da segunda metade do século XIX até a 2ª guerra Mundial temos o que é reconhecida como a primeira fase de internacionalização dos Direitos Humanos, a qual se manifestou basicamente em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado.

O direito humanitário, caracterizado pelo conjunto de normas da guerra, objetivando a minorar o sofrimento de soldados, prisioneiros, doentes, feridos e populações civis atingidas por conflitos bélicos, tem como primeiro documento internacional a Convenção de Genebra (1864), a partir da qual se fundou, em 1880, a Comissão Internacional da Cruz Vermelha. A Convenção foi revista em 1907, estendendo seus princípios aos conflitos marítimos (Convenção de Haia), e a seguir em 1929, para a proteção dos prisioneiros de guerra (Convenção de Genebra).

Quanto à luta contra a escravidão, o Ato Geral da Conferência de Bruxelas (1890) estabeleceu as primeiras regras interestatais de repressão ao tráfico de escravos africanos, sendo seguido por uma Convenção celebrada em Genebra, no quadro da Liga das Nações (1926).

Com a criação da Organização Internacional do Trabalho (1919), a proteção do trabalhador assalariado passou também a ser objeto de uma regulação convencional entre os diferentes Estados.

A 2ª Guerra Mundial fez a humanidade compreender, como jamais compreendera em toda a sua história, o valor supremo da dignidade da pessoa humana, aprofundando a afirmação histórica dos Direitos Humanos. Daí surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e a Convenção Internacional sobre prevenção e punição do crime de genocídio, as quais foram os marcos inaugurais da nova fase histórica, em pleno desenvolvimento atualmente. Tal fase é marcada pelo aprofundamento e definitiva internacionalização dos Direitos Humanos.

Passados 60 anos da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a proteção dos direitos nela elencados se tornou ponto central de preocupação. Em virtude disso, surgiram inúmeros tratados e instrumentos de proteção, nos planos global e regional, Constituições e legislações nacionais a tratarem do tema e

duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993), as quais reafirmaram tais direitos.

A Declaração de Teerã, realizada 20 anos após o advento da declaração dos Direitos Humanos, adotou a Proclamação de Teerã, consubstanciada numa “avaliação das duas primeiras décadas de experiência da proteção internacional dos Direitos Humanos na era das Nações Unidas, e mais 29 resoluções sobre questões diversas” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, 2002). A grande contribuição da referida Conferência Mundial foi o reconhecimento da interrelação ou indivisibilidade de todos os Direitos Humanos. Nesse sentido, o parágrafo 13 da Proclamação de Teerã afirmou que “uma vez que os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos, sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível”.

Já a II Conferência Mundial (Viena, 1993), buscou ir adiante, concentrando esforços no fomento da criação da necessária infra-estrutura nacional, no fortalecimento das instituições nacionais para a vigência dos Direitos Humanos, além de buscar a mobilização de todos os setores das Nações Unidas em favor da promoção dos direitos Humanos, assim como no incremento de maior complementaridade entre os mecanismos globais e regionais de proteção. Como bem cita Cançado Trindade: “Já não mais se podia, tampouco, professar o universalismo no plano tão-somente conceitual ou normativo e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, 2002).

Necessário ainda se faz breves palavras acerca das gerações ou dimensões dos Direitos Humanos.

A primeira geração é aquela que engloba os direitos de liberdade, consubstanciados em prestações negativas do Estado, com intuito de proteger-se a

autonomia dos indivíduos. São os direitos civis e políticos, que possuem como marco histórico as revoluções liberais do séc. XVIII na Europa e EUA.

Já a segunda geração reúne os direitos econômicos e sociais, os quais impõem aos Estados prestações positivas, como forma de garantia da saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros. São conhecidos como direitos de igualdade e são oriundos das lutas sociais na Europa e Américas, tendo como marco a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919.

A terceira geração, por sua vez, compreende os direitos de titularidade da comunidade como um todo, como o direito ao desenvolvimento, à autodeterminação, ao meio ambiente equilibrado, à paz. São conhecidos como direitos de solidariedade.

Importante ressaltar que o termo “geração” é considerado inadequado por inúmeros doutrinadores, pois o mesmo traz a idéia de sucessão e/ou desaparecimento de uma geração por outra, o que não é verdade. De fato, com o reconhecimento de novos direitos, os anteriores são reafirmados, havendo verdadeira interação entre ambos. Além disso, há o argumento de que muitos direitos de uma geração posterior, em certos lugares do planeta, foram conquistados antes dos direitos de uma geração anterior, de forma a trazer imperfeições à noção de sucessão temporal. Daí a preferência pelo termo dimensões dos Direitos Humanos.

Nas palavras de Flávia Piovesan: “uma geração não sucede a outra, mas com ela interage, estando em constante e dinâmica relação”.

IV - A QUESTÃO DA EFETIVIDADE

IV. 1 - NOÇÕES PONTUAIS

Um ponto merecedor de destaque desta pesquisa é a discussão existente em relação à efetividade dos Direitos Humanos, o qual será analisado a partir de agora, tendo como base o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

É certo que desde o pós-guerra (pós 1945), a discussão acerca do reconhecimento dos Direitos Humanos se tornou assunto central no Direito Internacional. Entretanto, o reconhecimento de sua existência e importância não implicam, necessariamente, em certeza de que os mesmos são efetivados.

Juntamente ao sistema global de proteção aos Direitos Humanos, integrado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as demais Convenções Internacionais, surgem os denominados sistemas regionais de proteção, os quais objetivam a internacionalização dos Direitos Humanos no plano regional. Destacam-se nesse sentido, particularmente, o Sistema Europeu, Africano e Americano, sendo que é este último que merecerá o enfoque deste trabalho.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), também denominado de Pacto de San José da Costa Rica, o qual entrou em vigor no ano de 1978. Tal convenção, a qual, só poderá ser aderida por Estados da Organização dos Estados Americanos, não apenas traz o reconhecimento, mas também assegura um amplo catálogo de direitos civis e políticos. Não elenca direitos sociais, culturais e econômicos, apenas trazendo a determinação que os Estados realizem tais direitos de forma progressiva. Em 1988, a Assembléia Geral da OEA adotou um Protocolo Adicional à Convenção (Protocolo de San Salvador), referente a tais direitos.

A referida Convenção estabelece um aparato de monitoramento e de implementação dos direitos nela contidos, o qual é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem como principal função “promover a observância e a proteção dos Direitos Humanos na América” (PIOVESAN, Flávia). Para atingir tal fim, faz recomendações aos governos dos Estados parte, prepara estudos e relatórios necessários, solicita aos governos informações relativas às medidas adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção e submete um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos. Também examina comunicações encaminhadas por indivíduo, grupos de indivíduos ou entidade não-governamental que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção Americana de Direitos Humanos pelos Estados partes. Ressalta-se que os Estados, ao aderirem à Convenção, aceitam de forma automática a competência da Comissão para averiguação de tais comunicações.

No que tange ao aspecto procedimental realizado pela Comissão, primeiramente é tentada uma solução amistosa entre Estado e denunciante. Caso não seja possível, a Comissão redigirá relatório conclusivo com eventuais recomendações a serem adotadas pelo Estado parte, em até três meses, podendo o caso, neste lapso temporal, ser solucionado pelas partes ou encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em não havendo a solução almejada e em não sendo o caso enviado à Corte, a Comissão poderá, por maioria absoluta, emitir sua própria opinião seguida de conclusão, fazendo recomendações que julgar pertinentes e fixando prazo para seu cumprimento. Vencido o prazo, a Comissão decidirá, por maioria absoluta de votos, se o Estado adotou as medidas recomendadas e se publicará o informe por ela elaborado no relatório anual de suas atividades. Se a Comissão entender que o Estado parte não cumpriu as recomendações do informe aprovado, submeterá o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos de forma direta e automática, nos termos do art. 44 do novo regulamento da Comissão, adotado em 1º de maio de 2001.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui duas funções: consultiva e contenciosa. A primeira consiste em interpretar as normas contidas nos dispositivos da Convenção e nos demais tratados de Direitos Humanos no âmbito dos Estados americanos, após pedido de qualquer Estado membro da OEA. Já a segunda visa à solução de litígios e controvérsias que digam respeito à violação do conteúdo da Convenção e de tratados de Direitos Humanos por parte dos Estados membros. Entretanto, a submissão de um Estado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou seja, o reconhecimento de sua jurisdição, se apresenta como cláusula facultativa, diferentemente da aceitação da competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual se dá de modo automático. Somente a Comissão Interamericana e os Estados parte podem submeter um caso à Corte Interamericana, não havendo qualquer previsão conferindo legitimidade ao indivíduo.

Tecidas essas considerações, passa-se à análise, ainda que sucinta, de certos casos julgados pela referida Corte e se o Poder Judiciário brasileiro, em especial através de sua corte suprema, o Supremo Tribunal Federal, tem buscado a efetivação dos Direitos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Para este fim, serão levados em consideração a questão da possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel e casos envolvendo violações de Direitos Humanos durante os regimes autoritários que marcaram a América Latina durante décadas.

IV. 2 - A DIVERGÊNCIA SOBRE O CASO DA POSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Através da análise do debate ocorrido sobre a prisão civil por dívidas do depositário infiel poderá ser desvendado o nível de materialização dos Direitos Humanos em nossa ordem jurídica.

A prisão civil por dívida é prevista no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos:

“LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.⁶

O grande problema que envolve esta previsão constitucional está no fato de que a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – da qual o Brasil é parte, limita a prisão civil aos casos de dívidas alimentícias, *vide* seu art. 7º, § 7º. Apresentado o dispositivo constitucional e o do catálogo de Direitos Humanos, o importante é revelar qual possui prevalência dado o caso em questão.

A Constituição Federal de 1988 apresenta dois importantes dispositivos referentes ao status albergado aos tratados de Direitos Humanos, a saber, os §§ 2º e 3º do art. 5º. Ambos influenciam a questão da efetivação dos Direitos Humanos em nossa ordem interna.

Neste momento surgem algumas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a Direitos Humanos, em razão do disposto no § 2º, do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte⁷.

Essa disposição constitucional deu início à relevante discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do status normativo a ser conferido aos Tratados

⁶ Constituição Federal de 1988, art. 5, LXVII.

⁷ CF-88, 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: § 2º - 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.

Internacionais de Direitos Humanos. Em síntese, quatro correntes se formaram sobre o tema, são elas:

- a) a corrente que reconhece a natureza supraconstitucional dos Direitos Humanos;
- b) aquela que atribui caráter constitucional aos mesmos;
- c) a posição que concede status de Lei ordinária àquelas normas; e
- d) a corrente que defende o caráter supralegal aos Tratados de Direitos Humanos.

Dentro de proposta de trabalho aqui pretendida, a análise deste quadro é capaz de evidenciar a evolução histórica da materialização dos Direitos Humanos em nossa Sociedade. Como se verá adiante, todas as correntes já foram preponderantes em algum momento, sendo que, no cenário atual, as correntes (b) e (d) são as mais relevantes para este trabalho. Passa-se, agora, ao estudo de cada uma delas.

A primeira posição defende que as normas de Direitos Humanos proclamadas em sede de Direito Internacional são superiores às normas internas de qualquer Estado. Sendo assim, uma regra de direito interno não possuiria o condão de revogar uma norma de Direitos Humanos. Esta posição, defendida entre nós por Celso Duvivier de Albuquerque Mello, enfrenta dificuldades ao questionar a supremacia da Constituição Federal. Neste sentido é o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes, que em julgamento sobre a possibilidade de prisão por dívidas do depositário infiel, assim se expressou:

“É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade de controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais”⁸.

⁸ STF, *DJU* 22.nov.2006, RE 466.343/SP, Rel. Ministro Cezar Peluso.

Continua o eminente magistrado, ponderando que os Tratados e Convenções internacionais devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal previsto na Constituição, mas também com respeito ao conteúdo material. De fato, esta tese, de acordo com os julgados analisados, parece encontrar respaldo em nossa Corte Constitucional.

Tendo por base ainda a interpretação do que vem previsto no art. 5º, §2º, da Carta Magna de 1988, percebe-se que não pretendeu o legislador garantir status, aos Tratados de Direitos Humanos, superior ao da Constituição Federal, simplesmente prevendo que os mesmos não serão excluídos.

Os defensores da segunda posição – hierarquia constitucional aos Tratados de Direitos Humanos – concedem ao § 2º, do art. 5º, CF-88, o condão de tornar a Constituição Federal uma carta aberta a outros direitos, enunciados em Tratados Internacionais adotados pelo Brasil. Na defesa desta tese encontram-se importantes doutrinadores como Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan.

De acordo com esta tese, possíveis conflitos entre normas constitucionais e de Direitos Humanos devem ser resolvidos sempre se dando prevalência para as normas mais benéficas para os cidadãos. “Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, 1993). Para os defensores desta posição deve ser concedida interpretação jurídica para o § 2º do referido art. 5º, de modo a garantir aplicabilidade imediata às normas internacionais de Direitos Humanos. Ainda nas palavras de Cançado Trindade, afirmamos que:

“O propósito do disposto nos parágrafos 2º e 1º do art. 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional. (...) Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração “.

Esta discussão ganhou novos contornos com o advento da Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, a qual trouxe, além de outros dispositivos, o § 3º do art. 5º da nossa Constituição, prevendo que “os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”⁹.

Uma importante conclusão pode ser retirada deste dispositivo: os Tratados Internacionais de Direitos Humanos podem sim possuir status constitucional, sendo imediatamente aplicáveis. Entretanto, uma nova controvérsia é inaugurada, a saber, que hierarquia será concedida a Tratados incorporados anteriormente à nova regra, como o Pacto de San José, ratificado pelo Brasil em 1992.

Neste momento surge uma relevante construção doutrinária, a qual conceitua os Tratados ratificados antes de 2004 como materialmente constitucionais, fundados na tese do bloco de constitucionalidade. Neste sentido, importante colocação do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello:

“Os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de San José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.¹⁰”

No mesmo sentido é o ensinamento de Celso Lafer quando diz que “os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º, do art. 5º, não só pela referência nele contida aos tratados, como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele

⁹ Constituição Federal de 1988, art. 5, § 3.

¹⁰ STF, *DJU* 12.dez.2008, HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio.

adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva *ex parte civium* dos Direitos Humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao *iter* previsto no novo § 3º, do art. 5º” (LAFER, Celso, 2005).

Ainda de acordo com aqueles que consideram as normas internacionais de Direitos Humanos como constitucionais, o § 3º, do art. 5º, possui um escopo interpretativo do § 2º do mesmo artigo. Ou seja, ele traz elementos formais para a efetivação do que já era materialmente observado.

Cumprе salientar que existem posições contrárias as apresentadas, como a defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que assim ensina:

“Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e que não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”¹¹

A terceira corrente, ainda preponderante em nossa Corte Constitucional, defende a equiparação hierárquica dos Tratados de Direitos Humanos às Leis Ordinárias. Sob este argumento, um possível conflito entre regras de Direitos Humanos e leis internas seria resolvido pelos parâmetros positivistas, mormente, o que expressa que a *lex posterior derogat legi priori*, ou seja, o conflito seria resolvido pelo aspecto temporal, a norma posterior revogaria a anterior.

Esta tese, conforme se observa da análise da jurisprudência, foi defendida em diversos julgamentos (RE n 206.482-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, em 25.5.1998; HC n 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, em 24.4.2002;) e mantêm-se firme.

¹¹ STF, DJU 22.nov.2006, RE 466.343/SP, Rel. Ministro Cezar Peluso.

Entretanto, importantes objeções vêm sendo colocadas em relação a esta posição. Nas palavras de Gilmar Mendes, “é preciso ponderar, no entanto, se no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada”¹².

O Ministro Gilmar Mendes se baseia nos ensinamentos de Peter Häberle, para o qual hoje vivemos em um Estado Constitucional Cooperativo, caracterizado pelo professor como “aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais” (HÄBERLE, Peter, 2003). Continua o autor afirmando que “no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno” (HÄBERLE, Peter, 2003).

No que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos Direitos Humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, “a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais” (HÄBERLE, Peter, 2003) e a proteção dos Direitos Humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

De fato, é uma tendência mundial contemporânea a valorização do ser humano. Os Estados Nacionais têm dotado seus sistemas jurídicos de instrumentos capazes de internalizar as regras que promovem a dignidade da pessoa humana. Não é outro o papel do tão discutido § 3º, do art. 5º, da CF-88 e, dentro desta análise, não se considera razoável a negação de máxima efetivação dos Direitos Humanos garantida assim ao § 2º do mesmo dispositivo.

¹² STF, *DJU* 22.nov.2006, RE 466.343/SP, Rel. Ministro Cezar Peluso.

Neste sentido, relevantes são as palavras do Ministro Gilmar Mendes, quando expressa que “tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente”,¹³ não há como se manter a idéia de que os Tratados de Direitos Humanos possuem hierarquia de simples leis.

Por fim, a quarta corrente proposta é aquela segundo a qual as normas garantidoras de Direitos Humanos possuem hierarquia supralegal. Cumpre ressaltar que está é uma esfera não existente no ordenamento e na teoria constitucional brasileira, mas advém de uma construção jurisprudencial elaborada pelo Ministro Gilmar Mendes em processo que vem sendo exposto¹⁴. Segundo o magistrado, “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade”¹⁵.

Em outros termos, para o Ministro os Tratados não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas também não poderiam ser igualados hierarquicamente a meras leis. Mas o mesmo reconhece que “é necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano”¹⁶.

Concluindo seu voto sobre o caso, Gilmar Ferreira Mendes assim expressa:

“Diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso

¹³ STF, *DJU* 22.nov.2006, RE 466.343/SP, Rel. Ministro Cezar Peluso.

¹⁴ Sobre o tema, v: LEGALE, Sidharta, A prisão civil do depositário infiel: mudança na jurisprudência do STF, **Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense**, nº1, jan-abr 2008, p. 80.

¹⁵ STF, *DJU* 22.nov.2006, RE 466.343/SP, Rel. Ministro Cezar Peluso.

¹⁶ STF, *DJU* 22.nov.2006, RE 466.343/SP, Rel. Ministro Cezar Peluso.

LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, § 7º), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria”¹⁷.

Pode-se depreender da análise das correntes doutrinárias e jurisprudenciais uma evolução no tratamento das normas internacionais de Direitos Humanos, reforçando a sua aplicabilidade imediata no plano interno brasileiro. Especificamente em relação à possibilidade de prisão por dívidas do depositário infiel, percebe-se que o nosso Tribunal Constitucional tem apresentado a intenção de transformar a sua jurisprudência, até então dominante, seja pelo argumento de que as normas de Direitos Humanos constituem um bloco de constitucionalidade, devendo ser aplicadas por ser mais favorável ao cidadão, ou pela tese de que são supralegais, afastando assim, normas anteriores autorizativas da prisão. Esta última postura tende a predominar na nossa Corte Superior.

De qualquer forma, através da amostragem dos votos, nota-se que este tema já está sendo bem aceito pelo nosso Poder Judiciário. Importante, neste momento, o estudo do caso de revisão da Lei de Anistia, que não foi tão amplamente debatido na Sociedade e ainda encontra resistências.

IV. 3 - A POLÊMICA POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA LEI DE ANISTIA – LEI Nº 6.683/1979

A possibilidade da revisão da Lei de Anistia – Lei nº 6.683/1979 - é tema de grande discussão entre doutrinadores pátrios, a qual merecerá análise detalhada, a partir de agora, levando-se em conta o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

¹⁷ STF, *DJU* 22.nov.2006, RE 466.343/SP, Rel. Ministro Cezar Peluso.

Um caso marcante de julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ocorreu no famoso caso “Velasquez Rodriguez”¹⁸. O caso foi submetido à apreciação da Corte pela Comissão Interamericana e seu motivo foi o desaparecimento de Manfredo Velasquez no ano de 1981, em Honduras. Angel Manfredo Velasquez Rodriguez foi violentamente preso por agentes da Divisão Nacional de Investigações e Forças Armadas. Além disso, foi vítima de tortura cruel e desaparecimento forçado. Como até 1986 a vítima continuava desaparecida, a Comissão enviou o caso à Corte, ao entender haver ausência de provas convincentes que pudessem afastar a denúncia em face do Estado de Honduras. Ao final, esta entendeu ter ocorrido violação, pelo Estado hondurenho, dos artigos 4º, 5º e 7º da Convenção Americana, de forma a condená-lo ao pagamento de indenização aos familiares da vítima. Além disso, foi estabelecida a obrigação dos Estados membros de prevenir, investigar, processar e punir os responsáveis por violação à Convenção Americana.

Outro julgado merecedor de atenção da presente pesquisa foi o caso “Barrios Altos”¹⁹, motivado pela denúncia de execução de 15 pessoas por agentes policiais peruanos. O Estado do Peru foi condenado a reabrir as investigações sobre tais fatos, as quais não haviam se concretizado em virtude de promulgação de leis de anistia no período do regime autoritário de Alberto Fujimori, as quais concediam anistia geral aos militares e policiais civis. Dessa forma, a Corte Interamericana acabou por derrogar, tornando sem efeito as referidas leis. O Estado peruano não foi apenas condenado a reabrir as investigações, de forma a punir os agentes cometedores dos crimes, mas também teve de reparar danos materiais e morais aos familiares das vítimas. Tal decisão foi fundamental para a anulação das referidas leis de anistia em tal Estado, Ficou marcado o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos de que leis de anistia são totalmente incompatíveis com os direitos elencados no Pacto de San Jose da Costa Rica, como o acesso à justiça, o direito à verdade e a responsabilização por graves violações a direitos humanos.

¹⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos, sentença de 29 de julho de 1988, série C, nº. 4.

¹⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Chumbipuma Aguirres y Otros VS. Peru, sentença proferida em 14 de março de 2001.

Tais julgados, a partir de um processo de internacionalização dos Direitos Humanos, acabaram por dar vida ao debate acerca da revisão das leis de anistia, de forma a fazer com que o Poder Judiciário da Argentina, por exemplo, anulasse os efeitos das leis de Anistia do Ponto Final e da Obediência Devida. Além disso, serviram de parâmetro de motivação para decisões da Suprema Corte daquele país: assim, as referidas leis foram declaradas inconstitucionais por esta no ano de 2005. Aqui se observa o fenômeno da internacionalização dos Direitos Humanos, através do conhecimento e aplicação internamente das mesmas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em nosso país, como dito, é crescente um movimento de proposta de revisão da Lei de Anistia – Lei n° 6.683/79, sob o fundamento de que a mesma inviabiliza direitos fundamentais, como o direito à verdade e ao acesso à justiça, além da própria idéia de Estado Democrático de Direito. Segundo Flávia Piovesan e Hélio Bicudo, “as concessões do passado podem comprometer e debilitar a busca democrática, corrompendo-a com as marcas de um regime autoritário”²⁰.

Por outro lado, muitos doutrinadores observam tal possibilidade de revisão como algo extremamente negativo, visto que o instituto em questão visa o esquecimento de um passado, de uma página já virada da história de um país. Revisar a Lei de Anistia, de forma a possibilitar a punição de torturadores do regime militar geraria um ambiente de enorme insegurança jurídica, além de poder permitir a revisão da anistia conferida aos “terroristas” do regime militar.

A temática da revisão da Lei de Anistia voltou à tona, em virtude da ação declaratória proposta no Tribunal de Justiça de São Paulo por Janaina de Almeida Teles, Edson Luis De Almeida Teles, César Augusto Teles, Maria Amélia de Almeida Teles e Criméia Alice Schmidt de Almeida em face do Coronel reformado Carlos

²⁰ PIOVESAN, Flávia. BICUDO, Hélio. **Direito à Verdade e à Justiça**. Disponível em <www.Tortutanuncamais-rj.org.br/as/Artigos.asp?Codigo=38>, acessado em 14.11.2008

Alberto Brilhante Ulstra, acusado de praticar tortura nas dependências do DOI-CODI de São Paulo, na década de 1970, em pleno regime militar²¹.

Em sentença publicada recentemente, o pedido foi julgado procedente aos três primeiros autores, sendo declarada a existência de relação jurídica de responsabilidade civil entre estes e o Coronel Ulstra, em virtude da prática de ato ilícito gerador de danos morais. Ficou firmado na fundamentação do julgado que: a) a tortura, mesmo em período de exceção constitucional e de atentados contra a segurança do Estado, era inadmissível, à luz do direito internacional, vinculante para o país; b) na época dos fatos, o ordenamento jurídico nacional, pela Lei nº 4.898/65, previa responsabilidade pessoal, não afastada pelo artigo 107 da Constituição Federal então em vigor, de quem exercia cargo, emprego ou função pública, inclusive de natureza militar, por atos que implicassem atentado à incolumidade física do indivíduo e a submissão de pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei, c) a Lei nº 6.683/79 (lei da anistia) não atinge direitos de particulares, que possam ser exercidos na esfera civil; d) tortura, que é ato ilícito absoluto, faz nascer, entre seu autor e a vítima, uma relação jurídica de responsabilidade civil, pela incidência da Carta das Nações Unidas de 1945, do artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, do artigo 159 do Código Civil de 1916 e da Lei nº 4.898/65; e) a ação declaratória é meio processual adequado para declarar a existência da relação jurídica de responsabilidade civil; f) dada a imprescritibilidade da ação voltada à indenização por violação de Direitos Humanos fundamentais, é impertinente argumentar com falta de interesse processual na respectiva ação declaratória, por decurso do prazo prescricional para a ação condenatória; g) o pedido formulado nesta ação não objetiva declarar fatos – isto é, que ocorreu tortura, que os autores foram torturados ou que o réu é torturador –, mas sim declarar que existe entre as partes relação jurídica de responsabilidade civil, nascida da prática de ato ilícito, gerador de danos morais, o que está em consonância com o ordenamento jurídico nacional; h) é admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito, à luz do artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 5.869/73 – Código de Processo Civil e i) as normas antes referidas

²¹ TJSP, *DJU* 09.out.2008, ação declaratória nº. 583.00.2005.202853-5, juiz Gustavo Santini Teodoro.

efetivamente incidiram, no que diz respeito à esfera jurídica extrapatrimonial dos três primeiros autores, porque demonstrada a concretização dos elementos constitutivos de seus suportes fáticos.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ainda que não tenha se manifestado diretamente acerca da (in) constitucionalidade da referida lei, já deixou transparecer certo conservadorismo de alguns de seus membros quanto ao tema, como é o caso do Ministro Marco Aurélio de Mello.

Em pedido de extradição, realizado pelo Governo da Argentina, do nacional uruguaio Manoel Cordeiro Paicentini, a fim de submetê-lo a processo judicial, haja vista o mesmo ser responsabilizado pelo desaparecimento de cidadão argentino, através de seu envolvimento na Operação Condor, o citado Ministro deixa clara sua posição acerca da impossibilidade da revisão da lei de anistia²².

Primeiramente, afirma que, no caso em tela, não mais se poderia cogitar em crime de seqüestro ou desaparecimento forçado – crimes permanentes e, por isso, ainda não fulminados pelo fenômeno prescricional. Estar-se-ia diante de típico caso de homicídio, haja vista os mais de 32 anos do desaparecimento da vítima, o que acabaria por caracterizar a morte presumida do mesmo. E, por se tratar de crime de homicídio – crime instantâneo- o mesmo, em virtude das mais de três décadas, estaria prescrito. Dessa forma, indefere o pedido de extradição pleiteado.

E termina seu voto afirmando que, se o delito tivesse ocorrido no Brasil, o extraditando não poderia responder pelo mesmo perante a justiça brasileira, em virtude da anistia concedida através da Lei n° 6.683, de 28 de agosto de 1979 - Lei de Anistia. Como se não bastasse, se posiciona de forma contrária ao citado movimento

²² STF, *DJU* 18.dez.2008, EXT. 974/ República Argentina, Rel. Min. Marco Aurélio; e, ainda sem solução final, mas já com voto do Min. Marco Aurélio v: STF, EXT. 1.079, Rel. Min. Marco Aurélio.

que tenciona a revisão da referida lei, afirmando que tal defesa é absurda, retrocesso dos mais nefastos. Vejamos suas palavras:

“Em última análise, o Supremo está a enfrentar, neste caso, na via indireta, é certo, a problemática alusiva a tema que, há pouco, esteve em voga — o alcance da anistia. Se deferida esta extradição, assentar-se-á a viabilidade de persecução criminal, de responsabilidade administrativa e civil, no tocante a fatos cobertos pela anistia e, então, esvaziada na essência será esta última, não mais implicando a suplantação de quadra indesejada. Feridas das mais sérias, consideradas repercussões de toda ordem, poderão vir a ser abertas. Isso não interessa ao coletivo. Isso não interessa à sociedade presentes valores maiores. Isso resultará em retrocesso dos mais nefastos. Anistia é o apagamento do passado em termos de glosa e responsabilidade de quem haja claudicado na arte de proceder. Anistia é definitiva virada de página, perdão em sentido maior, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural. Anistia é ato abrangente de amor, sempre calcado na busca do convívio pacífico dos cidadãos. Eis o que se faz em jogo neste julgamento. Deferida a extradição, abertas estarão, por coerência, as portas às mais diversas controvérsias quanto ao salutar instituto da anistia. Grassará o conflito sem limites. Que a miopia não acometa jamais aqueles que estejam na última trincheira do cidadão, sendo levadas em conta, passo a passo, as palavras de Vieira no Sermão da Quinta-Feira da Quaresma, que, datando de 1669, mostram-se mais do que nunca apropriadas neste momento de tamanha perda de parâmetros, de tamanho abandono a princípios nos mais diferentes segmentos da sociedade brasileira, incluído o setor público: A cegueira que cega cerrando os olhos, não é a maior cegueira; a que cega deixando os olhos abertos, essa é a mais cega de todas. Que assim o seja, visando à realização plena do direito posto.”²³

O referido voto é a mais nítida evidência da posição ainda conservadora de nossa Corte Suprema quanto à aplicação material de normas reconhecidas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o que demonstra que, diferentemente do ocorrido na Argentina, dificilmente o Brasil, através do STF, declarará a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei de Anistia.

Recentemente, no mês de outubro de 2008, foi protocolizada perante o Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 153, elaborada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, questionando a constitucionalidade do § 1° do Art. 1° da Lei n° 6.683/1979.

²³ STF, *DJU* 18.dez.2008, EXT. 974/ República Argentina, Rel. Min. Marco Aurélio; e, ainda sem solução final, mas já com voto do Min. Marco Aurélio v: STF, EXT. 1.079, Rel. Min. Marco Aurélio.

A referida ADPF pretende a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, o qual se consubstancia em ato de poder público violador de preceitos fundamentais. A ação foi proposta com base no Art. 1º, parágrafo único, inciso I da Lei nº 9.882/99, ou seja, em virtude da existência de relevante fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. No caso em tela, como visto, pretende-se uma interpretação conforme a Constituição de dispositivo de lei federal anterior à promulgação da Constituição de 1988.

A exordial aduz que a interpretação dada à norma em comento, que concede anistia a vários agentes públicos responsáveis, entre inúmeras violências, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, tortura e abusos sexuais contra opositores políticos viola de forma frontal diversos preceitos fundamentais da Constituição, como a isonomia em matéria de segurança, o direito ao conhecimento da verdade, os princípios democrático e republicano e a dignidade da pessoa humana.

Vejamos o dispositivo colocado em testilha:

“Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 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.”

É afirmado na arguição proposta que o precitado §1º foi redigido de forma obscura, de modo a promover a inclusão, no âmbito da anistia criminal, dos agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar. De fato, não podia ter havido qualquer conexão entre os crimes políticos, cometidos pelos opositores do regime militar, e os crimes comuns contra eles praticados pelos agentes da repressão e seus mandantes no governo. Isto

porque a conexão só seria possível nas hipóteses de crimes políticos e comuns que fossem perpetrados pela mesma pessoa - concurso material ou formal - ou por várias pessoas em co-autoria. A anistia abrangeria apenas os praticantes de crimes políticos ou contra a segurança nacional e, eventualmente, de crimes àqueles ligados pela comunhão de objetivo. E não há dúvida que os agentes policiais e militares da repressão política não cometeram crimes políticos.

Em outras palavras, os agentes públicos não atentaram contra a ordem política e a segurança nacional e sim praticaram crimes comuns contra aqueles que, em tese, punham em perigo à ordem pública e a segurança do estado – os opositores do regime. E, em assim sendo, a norma em questão haveria como objeto somente os crimes comuns cometidos pelos mesmos autores dos crimes políticos, não abrangendo agentes públicos que praticaram, durante o regime militar, crimes comuns contra os referidos opositores políticos.

Posteriormente, a inicial apresenta como argumentos a violação de certos preceitos fundamentais. Primeiramente, argumenta no sentido de ter havido a ocorrência de violação à isonomia em matéria de segurança. Isto porque, segundo a inicial, a lei estende a anistia a classes absolutamente indefinidas de crimes, ou seja, crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos, de forma a fazer com que a definição/classificação de tais crimes incumbisse ao Poder Judiciário, ou seja, à orientação política de cada magistrado, e não ao legislador. Além disso, a Lei da Anistia excetua da concessão do benefício aos que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

Em seguida, é aduzido que houve violação também ao preceito fundamental de não ocultação da verdade, através da manutenção do sigilo sobre ordens, ações e comportamentos dos agentes públicos, que atuaram ilegalmente e que, por diversas vezes, teriam violentado criminosamente opositores do regime de exceção. A Lei nº 6.683, ao conceder anistia a pessoas indeterminadas, acabou por impedir que as vítimas de torturas ou os familiares de pessoas assassinadas pudessem identificar os

responsáveis por tais delitos. E seria inadmissível que os governantes, que se consubstanciam em servidores do povo, pudessem, de forma impune, ocultar poderes ao povo soberano que lhes delegou poderes.

Logo após, traz à baila o desrespeito aos princípios democrático e republicano. O cerne da democracia seria a soberania popular, vez que do povo emanam todos os poderes, e a república seria o regime no qual o bem comum do povo está sempre acima de qualquer interesse particular. Entretanto, a Lei de Anistia não possuiria legitimidade democrática, posto que, em virtude da Emenda Constitucional nº 8, de 14.04.1977, – Pacote de Abril – 1/3 dos Senadores passaram a ser eleitos indiretamente (“Senadores Biônicos”), além de ter sido sancionada por um Chefe de Estado que era general do Exército e que fora levado a tal posição não pelo voto. Assim sendo, para que a citada lei produzisse o efeito de anistiar os agentes públicos autores de tais crimes, deveria ter sido legitimada, após a Constituição de 1988, pelo órgão legislativo nascente de eleições livres ou diretamente pelo povo através de referendo. Além disso, em um regime republicano e não autocrático, os governantes não têm poder para anistiar criminalmente os funcionários que, ao delinqüirem, executaram suas ordens, vez que estaria sendo deixado de lado o bem comum do povo e se homenagearia o interesse e benefício próprios.

Também é usado com argumento o fato de a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual possui jurisdição reconhecida pelo Brasil, já ter havido decidido, por ao menos cinco vezes, que é nula e sem nenhum efeito a auto-anistia criminal decretada por governantes.

Por último, é ressaltada a violação ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana. Segundo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, um dos principais argumentos à existência da Lei de Anistia seria o fato de ter havido um acordo para permitir a transição do regime militar ao Estado Democrático de Direito. Entretanto, se é que tal acordo realmente teria existido, com certeza as vítimas sobreviventes ou os familiares dos falecidos não teriam sido partes do mesmo - a

maioria destes nunca soube a identidade dos criminosos. E, em assim sendo, violado estaria o princípio da dignidade da pessoa humana, vez que esta – a pessoa humana -, na idéia Kantiana, é um fim em si mesma, não podendo servir de trampolim para determinada finalidade, e, de fato, utilizar as pessoas como moeda de troca em acordos políticos evidencia violação a tal princípio.

Da mesma forma a dignidade da pessoa humana estaria sendo violada vez que a Constituição de 1988 considerou inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática de tortura, sendo ridícula a argumentação de que a tortura não era definida como crime no Brasil. A tortura é ética e juridicamente incompatível com o princípio do respeito á dignidade humana, fundamento de todo o sistema universal de direitos humanos e do sistema constitucional brasileiro atual. Tanto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Art. V, já afirmava que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

Aguarda-se, no momento, o que será decidido na discutida Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. É sabido que, caso a mesma tenha seu pedido deferido, estaremos nos deparando diante de um Supremo Tribunal Federal que caminha, neste caso específico, em direção a uma maior preocupação com a questão da internacionalização dos Direitos Humanos. Entretanto, sabe-se que, na verdade, o que se espera é o indeferimento do mesmo, haja vista a manifestação de membros da Corte Suprema sobre tal questão, a destacar o já analisado voto do Ministro Marco Aurélio de Melo nos pedidos de extradição n° s. 1.079 e 974.

V - CONCLUSÃO

Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal tem mostrado uma posição de efetivação dos Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira, como revelam as decisões recentemente adotadas, após intenso debate jurisprudencial, em relação aos casos de prisão civil por dívida, tomando como lastro o conteúdo do Pacto de San José

da Costa Rica. Mas, esta postura sofre, na verdade, limitações, ao não ser aceita a visão de bloco de constitucionalidade para o entendimento do artigo 5º, § 2º da CRFB/1988. Prevalece, assim, uma tendência no STF, liderada pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes, de que a sistemática dos tratados no Brasil é o da supralegalidade. Se o Pacto de San José merece ser elevado à categoria de norma constitucional, como preconiza os parágrafos §2º e, respectivamente, 3º do artigo 5º da CF de 1988, deve seguir a formalidade de emenda determinada por esse último parágrafo, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. Por consequência dessa orientação de supralegalidade apontada, nota-se que aquele Tribunal tende a manter uma posição conservadora em certas situações, como parece ocorrer na questão concernente à revisão da Lei de Anistia – Lei nº 6.683/79, revelando um posicionamento muito aquém, no que tange à internacionalização dos Direitos Humanos, quando comparado a outras Cortes Supremas do continente americano. Neste sentido, por exemplo, podem ser citados os casos da Argentina e do Chile, que declararam inconstitucionais suas Leis de Anistia por serem eminentemente injustas e tentarem impor um esquecimento forçado à sua sociedade. Desse modo, percebe-se que toda esta postura de variação nos graus de efetivação/internacionalização dos Direitos Humanos, mostra que o nosso Direito é perpassado por questões políticas que influenciam a sua efetivação, o que confirma o método aqui utilizado.

VI - BIBLIOGRAFIA

_____, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1998.

_____. **La Tercera Generación de Derechos Humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

_____, Antonio Augusto. **A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras**. Brasília: Friedrich Naumann Stiftung, 1992.

_____, Antônio Augusto. **A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos**. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**, Ano 46, n 12, jul./dez. 1993.

_____, Antônio Augusto. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação. (Ensaio 1976-2001)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____, Antônio Augusto. **Memorial em prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional**. Brasília: Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, nº 113-118.

BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em www.cidh.org/comissao.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em : <www.stf.jus.br>

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: www.tj.sp.gov.br

BRASIL. Supremo Tribunal Federal em Debate. Disponível em <www.supremoemdebate.blogspot.com>

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. 2ª ed. San José: IIDH/CICV/ACNUR/Comissão da União Européia/Governo da Suécia, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em www.corteidh.or.cr

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**, traduzido de Hector Fix-Fierro. México: Universidade Autónoma de México, 2003.

HESSE, Konrad. **Grundrechte**. in Staatslexikon, Herausgeben Von Goeresgesellschaft. Bd 2.7, Auflage, 1986, *apud* BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1993.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**, 2005.

LUÑO, Antônio Peres. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5ª Ed.. Madrid: Tecnos.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª Ed..São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MORIN, Edgar. **Ciencia con Consciencia**. Traducción: Ana Sánchez. Madrid: Anthropos, Editorial del Hombre, 1984.

NASCIMENTO, Tupinambá. **Comentários à Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PASQUALUCCI, Jo. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press. 2003.

PIOVESAN, Flávia. BICUDO, Hélio. “**Direito à verdade e à justiça**”. Disponível em <www.Tortutanuncamais-rj.org.br/as/Artigos.asp?Codigo=38>

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, José Afonso Da.. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

STEINER, Henry e Alston Philip. **International Human Rights in Context: Law Politics Morals**. Oxford: Oxford University Press. 2ª Edição. 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos**. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**, Ano 46, n 12, jul./dez. 1993.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 643.

WALUCHOW, Wilfrid. **Positivismo Jurídico Incluyente**. Madrid: Editora Marcial Pons. Trad. Marcel S. Gil e Romina Tisone.