



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos-CCHLA
Programa de pós-graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas (PPGDH)

RODRIGO CALDAS E SILVA

**A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS:**

Análise da Jurisprudência da CIDH relativa ao Brasil

**JOÃO PESSOA – PB
2016**

RODRIGO CALDAS E SILVA

**A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS:**

Análise da Jurisprudência da CIDH relativa ao Brasil

Dissertação apresentada à Banca de Defesa do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, como requisito final para a obtenção da titulação de Mestre em Direitos Humanos, cidadania e políticas públicas.

Linha 1: Direitos Humanos e Democracia: Teoria, História e Política.

Orientador: Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto

**JOÃO PESSOA – PB
2016**

Caldas e Silva, Rodrigo.

A internacionalização dos Mecanismos de Proteção dos Direitos Humanos: análise da Jurisprudência da CIDH relativa ao Brasil/Rodrigo Caldas e Silva. - João Pessoa, 2016

Orientador: Fredys Orlando Sorto

Dissertação Mestrado- UFPB/CCHLA

1. Cidadania Supraestatal. 2. Direitos humanos e democracia. 3. Direito internacional dos direitos humanos. 4. Sistema Interamericano.

RODRIGO CALDAS E SILVA

**A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS:**

Análise da Jurisprudência da CIDH relativa ao Brasil

BANCA DE DEFESA

Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto (Orientador)

Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas do
Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes- PPGDH/CCHLA/UFPB

Prof. Dr. Giuseppe Tosi

Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas
do Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes- PPGDH/CCHLA/UFPB

Prof. Dr. Williard Scorpion Pessoa Fragoso

Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas
do Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes- PPGDH/CCHLA/UFPB

Profª. Dra. Monica Lucia Cavalcanti de Albuquerque Duarte Mariz-Nóbrega
Universidade Estadual da Paraíba

JOÃO PESSOA - PB
2016

Dedico esse trabalho à minha família, matriz dos meus sonhos.

**O que faz andar a estrada? É o sonho.
Enquanto a gente sonhar a estrada permanecerá
viva. É para isso que servem os caminhos, para
nos fazerem parentes do futuro. (Mia
Couto/Terra Sonâmbula)**

AGRADECIMENTOS

Por mais que um trabalho de estudo e pesquisa seja regido pelo esforço pessoal e o trabalho de escrever seja um ofício solitário; este estudo só se fez possível pelo apoio e ajuda de várias pessoas que cabe aqui citar.

Agradeço aos meus pais: Mário Ernesto e Cleudes Caldas; e irmãos: Mário Filho e Tiago Caldas, donde emana a matriz dos meus sonhos e o estofo emocional sem os quais a razão das ideias perde o sentido.

Agradeço a oportunidade que me foi dada pelo PPGDH/UFPB, programa pioneiro que me acolheu ao longo de dois anos, espaço de debates onde pude aprender na companhia de amigos e mestres.

Em especial aos mestres Dr. Giuseppe Tosi e Dr. Fredys Orlando Sorto que, cada um ao seu estilo, sabem honrar o ofício de ensinar e propagar o conhecimento, promovendo o desenvolvimento da cultura acadêmica.

Não posso deixar de agradecer também à equipe jornalística e literária do Jornal A União e do Correio das Artes, com quem, paralelamente, colaborei nesse período, publicando semanalmente artigos que me ajudaram a compor uma identidade literária que dialogou com a composição desse trabalho acadêmico. Em especial aos jornalistas Felipe Gesteira e William Costa pelas oportunidades sem as quais nenhum trabalho seria possível.

RESUMO

A modernidade ocidental que marca a passagem do súdito ao cidadão, na substituição de Estados Absolutistas por Estados Liberais, inicia a era da subjetivação dos direitos expressa na doutrina dos Direitos Humanos. O sec. XX que marca a crise da modernidade ocidental, evidencia, através da experiência do Totalitarismo, as limitações de um conceito de cidadania exclusivamente estatal. A necessidade de se evitar que experiências totalitárias se repitam, levou a Sociedade Internacional, no pós-Segunda Guerra, a construir uma ética das relações internacionais baseadas nos direitos humanos. A assimetria entre esses atores internacionais desnuda as limitações da internacionalização dos direitos humanos. Sem a democratização política dessas relações o discurso dos direitos humanos perde efetividade e levantam-se vozes que denunciam o imperialismo da modernidade ocidental travestida na retórica humanista dos direitos humanos. Em um quadro internacional complexo, onde a ideologia jusnaturalista e liberal dos direitos humanos é obscurecida pelo ceticismo negativo do realismo político, a cidadania supraestatal se apresenta como uma possibilidade em construção. O estudo dos casos brasileiros na Corte Interamericana de Direitos Humanos é um recorte epistemológico que visa a cotejar a viabilidade do conceito de cidadania supraestatal democrática, conceito que ainda vive a sua infância conceitual e política em uma era marcada por crises e transformações sem um horizonte nítido.

Palavras-chave: Cidadania Supraestatal. Direitos Humanos e Democracia. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sistema Interamericano.

ABSTRACT

Western Modernity that marks the passage from subject to citizen, in replacement Absolutists States by Liberal begins the era of the subjectivity of the rights expressed in the doctrine of human rights. The sec. XX marks the crisis of Western modernity, evidenced by the experience of Totalitarianism, the limitations of a concept of citizenship exclusively state-owned. The need to prevent totalitarian experiences recur, led the International Society in the post-World War II, building an ethic of international relations based on human rights. The asymmetry between these international actors bare the limitations of human rights internationalization. Without the political democratization of these relations, the human rights discourse loses effectiveness and rising voices that denounce the imperialism of Western modernity disguised in humanistic rhetoric of human rights. In a complex international context, where natural law and liberal ideology of human rights is obscured by negative skepticism of political realism, the supranational citizenship appears as a possibility under construction. The study of Brazilian cases in the Inter-American Court of Human Rights is an epistemological framework that aims to collate the viability of the concept of democratic supranational citizenship, a concept that still lives its conceptual childhood and politics in an era marked by crises and transformations without a clear horizon.

Key-words: Citizenship supranational. Human Rights and Democracy. International law of human rights. Inter-American system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
DA CIDADANIA ESTATAL PARA A CIDADANIA UNIVERSAL	19
2.1. O significado de Estado na modernidade	19
2.2. A paz de Westfália e o direito dos Estados	21
2.3. A passagem do súdito ao cidadão: a invenção dos direitos do homem	22
2.4. Auschwitz e as limitações do conceito de cidadania estatal	31
2.5. O Direito Internacional dos Direitos Humanos como reação à Auschwitz	34
2.6. Ordem democrática e Sociedade Internacional	41
2.7. Da cidadania estatal para a cidadania universal	44
A CONTRIBUIÇÃO LATINO-AMERICANA PARA O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	50
3.1. O passado colonial	50
3.2. A periferia de veias abertas	53
3.3. A fragilidade da democracia latino-americana	57
3.4. O significado de direita e esquerda na América Latina	59
3.5. Uma teoria latino-americana dos direitos humanos	63
3.6. A contribuição latino-americana para o Direito Internacional	67
ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA RELATIVO AO BRASIL (1998-2014)	73
4.1. Caso Ximenes Lopes e a Saúde Mental como DH: a responsabilidade do Estado e o problema da eficácia da prestação jurisdicional	74
4.2. Caso Urso Branco e Sistema Penitenciário: o direito à humanização das penas e o direito do custodiado como DH	88
4.3. Caso Escher e as garantias do devido processo legal: o direito a um processo penal democrático como DH	99
4.4. Caso Sétimo Garibaldi e a questão da violência no campo como problema de DH	109
4.5. Caso Complexo do Tatuapé e os Direitos de Crianças e Adolescentes privados da liberdade	119
4.6. Caso Nogueira de Carvalho e o dever de proteção do Estado: a problemática condição de insegurança dos defensores dos direitos humanos.	133
4.8. Caso Gomes Lund: controle de convencionalidade e a inconvenção da lei de anistia. ..	153
4.9. O significado dos casos para o processo de internacionalização dos direitos humanos	170
CONCLUSÃO	187
REFERÊNCIAS	191

INTRODUÇÃO

Desde a Paz de Westfália (1648) a civilização ocidental vem moldando o conceito de Estado moderno cuja característica é a existência de um povo assentado em um território demarcado e sob a regência de um governo soberano. Povo, elemento antropológico; território, elemento geográfico; e governo soberano, elemento político-jurídico, compõem a morfologia constitutiva do conceito de Estado moderno, uma dentre as várias formas de ordenamento político que a história das civilizações registra, com a peculiaridade de que o Estado moderno tem na territorialidade e controle de bens e pessoas que nele se encontram sua marca distintiva. Se no mundo antigo a *polis* era o ordenamento político dominante, na modernidade o Estado, não apenas enquanto nome (originário da palavra latina *status*) mas sobretudo ideia, encerrará em si uma noção fundamentalmente distinta que o diferenciara, enquanto forma de ordenamento político, da *polis* grega ou *civitas* romana. É que se para gregos e romanos a *polis* e a *civitas* eram modelos de reprodução cultural, de uma determinada comunidade política. Na Modernidade, sobretudo com a Paz de Westfália, o Estado, conceito ignorado na Antiguidade, será a base física de controle e domínio de pessoas e bens. Essa noção de *dominium* inerente ao Estado moderno é a chave da construção de um novo modelo de ordenamento político que remete cada vez mais à subjetivação de direitos, direitos antes pertencentes à comunidade política e só de maneira reflexa ao indivíduo. No Estado moderno assistir-se-á à modelação do indivíduo e da noção de *dominium* como os centros gravitacionais da comunidade política e não mais do cosmos, enquanto ordem objetiva de valores, como fonte naturalmente fundante da comunidade política de outrora.

A natureza das coisas que está na base da *polis* grega e *civitas* romana cederá espaço para a natureza humana. A *polis* deixará de deter a primazia espiritual de reprodução da identidade física e simbólica da comunidade política, onde cada vez mais o indivíduo e a noção de propriedade ocuparão o centro desta comunidade, ao ponto de o elemento geográfico- território- passar a ser o centro da vida política e não mais o simbólico e espiritual que marcavam o próprio nascimento da *polis*. O Estado moderno promove o deslocamento contínuo do espiritual para o geográfico, do objetivo para o subjetivo, da natureza das coisas para a natureza humana. Essa odisséia política que leva à constituição do Estado moderno é lenta, gradual e sujeita a refluxos ideológicos. A Paz de Westfália é apenas um marco histórico convencionalmente aceito da emergência dessa nova forma de ordenamento político de uma comunidade. O próprio contexto da Paz de Westfália, a guerra dos trinta anos, é denunciador de outra revolução política em curso e que é a marca distintiva da civilização ocidental: o conflito religioso entre católicos e protestantes. A reforma marcará o movimento de laicização da política que no Ocidente, distintamente do Oriente, perderá o caráter

sagrado. A política se divorciará da religião, abrindo espaço para a paulatina construção de uma consciência de liberdade individual.

O fenômeno de laicização da política e a emergência da consciência de liberdade individual culminará com a Revolução Francesa e no seu rebento mais notável, o conceito de cidadania moderna que inscreve a noção de dignidade nas fronteiras geográficas do Estado-nacional. Esse fenômeno da política ocidental que delimita geograficamente o espiritual e o simbólico na constituição de uma comunidade política e que separa a política da religião, extraíndo do político o ingrediente sagrado, leva ao deslocamento do poder da soberania real para a popular. Se é o rei que está na base do Estado moderno ao unificar o pluralismo normativo que caracterizou o medievo, através do monopólio estatal da lei, será sobre o cadáver do rei que a Revolução Francesa operará um segundo e fundamental momento nessa evolução histórica, a passagem do súdito para o cidadão. A Revolução Francesa é especialmente relevante porque ela criou a noção moderna de cidadania vinculada ao modelo do Estado-nacional. A soberania perdeu a coroa do rei para ganhar as ruas da soberania popular.

A trilogia da liberdade, igualdade e fraternidade constituir-se-á em um mote da noção moderna de cidadania estatal. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 será o primeiro traço de aspiração de universalidade. Os direitos humanos têm sua certidão de nascimento e eles nascem vinculados à noção de pertencimento a uma nação politicamente organizada sob uma base territorial, geograficamente delimitada. Essa será a arquitetura que levará ao nascimento dos direitos individuais- a nova sede para onde migrará a noção do sagrado que no ocidente foi expulsa da política, passando a residir no conceito de liberdade individual. Será, assim, na esfera da autonomia individual onde passará a residir o sagrado no ocidente.

Esse conceito de cidadania que se inscreve e circunscreve nas fronteiras do Estado e que marca o surgimento dos direitos humanos expressos em uma Constituição nacional, terá seu ponto de inflexão no sec. XX, entre 1939 e 1945, no campo de extermínio. O campo de extermínio, enquanto modelo político, revelou as limitações da noção de cidadania restrita às fronteiras do Estado moderno. A Alemanha nazista, ao criar o conceito de campo de extermínio, expôs a fragilidade de uma cidadania contida pela noção de pertencimento a um grupo nacional organizado na forma de Estado. Todos aqueles pertencentes ao gênero humano mas que não estavam sob o abrigo do manto do Estado, encontravam-se despojados de qualquer direito de cidadania, logo despídos de dignidade. Os apátridas e os grupos étnicos indesejados foram expulsos do paraíso moderno da

trilogia da Revolução Francesa. O holocausto judeu (Shoá) nos campos de extermínio nazistas na Segunda Guerra Mundial é o marco histórico de ruptura com esse modelo de cidadania estatal que emergiu da Revolução Francesa, a proteção nacional e estatal dos direitos humanos se revelou insuficiente, incapaz de evitar que Auschwitz existisse¹.

Todo o direito, a política e a filosofia do pós-guerra é uma reação a Auschwitz e seu significado histórico de negação de universalidade dos direitos humanos. A certidão de nascimento dessa nova fase histórica é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948². O mundo pós-Segunda Guerra formula uma outra noção de cidadania que transcende às fronteiras do Estado, ganhando as raias da sociedade internacional. Uma cidadania universal e cosmopolita (supraestatal) é a resposta ao campo de extermínio como paradigma político, a universalização da dignidade humana sua razão de ser filosófica.

A internacionalização da proteção dos direitos humanos é a marca distintiva do pós-Segunda Guerra. O fortalecimento da sociedade internacional, através da criação da ONU tendo na defesa dos Direitos Humanos seu fim institucional, é o marco político da superação da hegemonia do Estado; este último centrado na noção de soberania ilimitada. Assim, o que marca o mundo pós-Segunda Guerra é o deslocamento da cidadania estatal para a noção de uma cidadania universal e cosmopolita, através da criação de mecanismos supraestatais de proteção dos direitos humanos quando os Estados falharem. O que leva ao deslocamento da soberania de ilimitada para relativa, sendo relativizada quando ameaçar a proteção aos direitos humanos agora inscritos na esfera da Sociedade Internacional. Esse duplo deslocamento da soberania e da cidadania são os traços fundamentais do Direito Internacional no pós-Segunda Guerra.

O fenômeno da internacionalização da proteção dos direitos humanos é, por si só, suficiente para justificar o tema da pesquisa desenvolvida, pois a característica mais marcante dos direitos

¹Nas vezes em que o nome Auschwitz aparece no texto, não se está a referir exclusivamente a esse campo de extermínio, mas a todos os campos de extermínios nazistas. Esse é evidentemente um recurso metonímico que dá força ao texto sem comprometer o rigor lógico. Quanto ao campo de extermínio como modelo ou paradigma político, essa tese aparece em pensadores como Michel Foucault, no seu curso Em Defesa da Sociedade de 1976; e em Giorgio Agamben que expressamente diz seguir o projeto de filosofia política formulado por Hannah Arendt e Michel Foucault. Mais especificamente em Hannah Arendt, *Origens do Totalitarismo*, o campo de extermínio surge como conceito-limite onde tudo é possível, inclusive o descarte do ser humano com a consequente negação de sua dignidade.

²A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é quando, pela primeira vez, no âmbito da Sociedade Internacional os direitos subjetivos básicos são reunidos em um só documento com pretensões de universalidade. A Liga das Nações criada em 1919 não tinha na promoção e defesa dos direitos humanos seu fundamento. A Carta da ONU de 1945 é quando os direitos humanos surgem como fundamentos das relações internacionais entre os povos, mas é com a Declaração de 1948 que os direitos subjetivos se adensam e adquirem expressividade jurídica, embora não vinculantes, pois se trata de uma Declaração.

humanos após a experiência da negação da universalidade da dignidade humana nos campos de extermínio nazistas. Não é possível apreender a complexidade dos direitos humanos apartado do fenômeno da internacionalização dos mecanismos de sua proteção. O fortalecimento da Sociedade Internacional e a emergência de um novo domínio do Direito Internacional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é o que justifica o tema central desse estudo.

Conceitos-chaves para a filosofia política moderna serão problematizados, como a cidadania, democracia e Sociedade Internacional. Tendo, nesse estudo, como parâmetro a jurisprudência da Corte Interamericana produzida sobre o Brasil, tendo em vista a necessidade de recorte temporal, contudístico e subjetivo (os sujeitos sobre os quais recaem) para fins de estudo. É indissociável a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a problematização de conceitos centrais na filosofia política, pois constitutivos da própria noção de Estado moderno e Sociedade Internacional. O tempo todo o que se problematiza é a necessidade de construção de mecanismos que viabilizem a cidadania supraestatal, como meio de democratização da Sociedade Internacional. Com reflexos na qualidade da democracia. Pensar os direitos humanos é pensá-los em sua complexidade histórica, política, jurídica e filosófica, é pensá-los nessa unidade que apenas didaticamente é separável. Portanto, se o fenômeno de internacionalização da proteção dos direitos humanos é o tema e justificação do presente estudo, será o deslocamento da cidadania estatal para a supraestatal seu objeto de fundo ou geral e o impacto efetivo desse fenômeno, tendo, no presente estudo, como elemento de pesquisa a jurisprudência da Corte Interamericana relativa ao Brasil. O problema a animar o estudo em curso reside em se a democracia restrita às fronteiras do Estado e instrumentalizada pela cidadania estatal é suficiente para realizar o ideal de universalidade dos direitos humanos.

Por que a escolha do Sistema Interamericano e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos? O tema da internacionalização dos mecanismos de proteção dos direitos humanos e a localização geográfica do Brasil já justificariam essa escolha, mas não só isso. Da segunda metade do sec. XX até hoje, o Direito Internacional dos Direitos Humanos emergiu em sucessivas ondas, sendo a primeira identificada como a fase normativa, onde se adensam os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, tanto em nível global quanto regional. A fase da efetividade desses direitos, objeto da Conferência de Viena de 1993 que trata do desenvolvimento de mecanismos de monitoramento da efetividade dos direitos humanos e a fase atual, a fase da judicialização dos direitos humanos em foros internacionais com o surgimento de forma mais efetiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. No Sistema Regional Interamericano a

Corte de San José é o Tribunal internacional com jurisdição sobre o Brasil. A relevância e protagonismo histórico da jurisprudência da Corte Interamericana é inegável na região, jurisprudência que tem se adensado e influenciado a revisão de leis, como as leis de autoanistia da era dos regimes de exceção na América do Sul ou ainda a influência dessa jurisprudência na definição de pautas em matéria de políticas públicas, como o caso da lei Maria da Penha que foi originada pela condenação do Brasil no Sistema Interamericano, embora não emanada da Corte, mas da Comissão Interamericana. Para fins metodológicos a presente pesquisa restringiu seu paradigma de análise à jurisprudência da Corte de San José e seus reflexos no ordenamento interno nacional. O protagonismo da jurisprudência da Corte Interamericana não apenas reflete o estágio atual de justicialização do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas problematiza dois pontos sensíveis para a pesquisa: (I) a relativização da soberania dos Estados que ao aderirem ao Sistema Interamericano abrem mão de parte dessa soberania, pois passam a se submeter à jurisdição de um órgão internacional cujas decisões terão não um caráter estritamente jurídico, mas também político; (II) e o protagonismo internacional do indivíduo que passa a figurar também no rol dos sujeitos de direito internacional. Esses dois pontos são especialmente relevantes para se pensar a democracia e a sua qualidade na medida em que o surgimento de mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos termina afetando o próprio funcionamento democrático, seja pelo surgimento de organizações não governamentais que irão explorar esse foro internacional como forma de legitimar suas pautas políticas no plano interno de cada Estado, seja na problematização de até que ponto um Estado perde sua legitimidade democrática na medida em que pode ter sua política pautada por um órgão internacional que, em sua composição, não segue o método democrático, onde aqueles que decidem não foram escolhidos por aqueles sobre quem recaem suas decisões.

A metodologia que norteia o presente estudo é marcada pelo pluralismo, tendo nitidamente um caráter hermenêutico e crítico, pois basicamente bibliográfica e teórica. Ao eleger a jurisprudência da Corte Interamericana como esse parâmetro o que de fato se faz é problematizar os valores que esta veicula e até que ponto esses valores repercutem na efetivação dos direitos humanos. Logo trata-se de um trabalho norteado pela crítica no sentido da problematização dos pressupostos lógicos, axiológicos e históricos dessa jurisprudência; bem como do alcance hermenêutico desses valores, tendo, assim, um caráter não explicativo (causal), mas compreensivo (hermenêutico), no sentido que se trata de delimitar o alcance e extensão dos valores problematizados: cidadania, democracia e Sociedade Internacional.

A hermenêutica é um conceito antigo e remonta a duas tradições distintas: a teológica e a jurídica. O termo originariamente reporta à arte da interpretação e da busca do significado autêntico dos textos religiosos ou jurídicos. Será no sec. XIX, na Alemanha, que dois filósofos, Friedrich Schleiermacher e Wilhelm Dilthey, pensarão a hermenêutica como um projeto universal, desvinculada dessas duas áreas específicas. Mais especificamente Dilthey formulará uma hermenêutica das ciências humanas, onde a “compreensão” será o fenômeno cognitivo a nortear a epistemologia dessas ciências, distintamente da “explicação” que norteará as relações causais objeto das ciências da natureza (*Naturwissenschaft*). Assim, compreender é o ato cognitivo próprio aos objetos culturais, estes dotados de valor e historicidade, caracterizando-se o ato de compreensão na fixação de sentidos, na delimitação de valores, sendo o ato gnosiológico próprio ao mundo da cultura e das ciências do espírito (*Geisteswissenschaft*); já a explicação é afeta ao mundo da natureza, desvelando as cadeias causais que ligam os fenômenos naturais. No sec. XX Heidegger pensará a linguagem e a interpretação em uma perspectiva existencial, mas será Hans-Georg Gadamer quem constituirá a Hermenêutica Filosófica.

A hermenêutica filosófica tem na linguagem e na história seus conceitos centrais, Gadamer vai além de Heidegger ao pensar a linguagem e o problema da interpretação para além do indivíduo e de sua circunstância existencial. Gadamer problematiza a linguagem como fenômeno histórico. Linguagem e historicidade são indissociáveis, assim, pensar o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos é pensá-lo como fenômeno hermenêutico que se dá pela via da linguagem, mas que também está circunstanciado historicamente. Mais que isso, a hermenêutica filosófica nos chama a atenção para a artificialidade da concepção instrumental da linguagem, ela mesma é uma crítica e oposição ao instrumentalismo linguístico. Para o instrumentalismo linguístico a linguagem é um meio de compreensão do mundo e de comunicação que se dá previamente, através do encadeamento de termos e orações na produção de sentidos previamente dados. O instrumentalismo linguístico tem nesses “jogos de linguagem” o meio para a compreensão do mundo, onde a inteligência se instrumentaliza através da linguagem para produzir sentido e tecer redes de comunicação entre os agentes de uma comunidade linguística. Ocorre que o instrumentalismo linguístico atribui demasiada autonomia ao poder da razão humana. A linguagem não é dada, mas construída, a linguagem não é instrumento da razão e nem a razão com ela interage de modo autônomo. Não existindo graus zeros da linguagem onde seja possível abstrair e purificar a linguagem de seus conteúdos empíricos e contingências. A linguagem é memória e historicidade, onde sempre se opera com base em um conjunto de pré-compreensões. Assim, pensar metodologicamente o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos e seus reflexos no Estado e na Sociedade Internacional, é constituir uma objetividade hermenêutica onde o objeto de

pesquisa já traz insito seu horizonte compreensivo, um horizonte que necessariamente interage e orienta a compreensão do próprio intérprete-investigador. O próprio fato da interpretação da jurisprudência da Corte Interamericana, nos julgados relativos ao Brasil, já põe em evidência as motivações e pré-compreensões do intérprete que não chega ao objeto de sua interpretação despojado de seus próprios horizontes interpretativos; antes, será da fusão entre o horizonte interpretativo do pesquisador e do horizonte significativo do objeto de sua pesquisa que será constituída a objetividade hermenêutica da presente pesquisa e estudo.

A objetividade hermenêutica que se intenta constituir se dá como fenômeno linguístico e histórico, portanto sua carga semântica é historicamente circunstanciada: a internacionalização dos direitos humanos no sistema regional interamericano. Essa fusão de horizontes compreensivos resulta na constituição de uma objetividade hermenêutica que é fruto de escolhas semânticas, valores históricos e que nem de longe possui um grau zero de depuração semântico, muito menos uma interpretação definitiva desse fenômeno. Essa “objetividade hermenêutica” em verdade é um outro nome para o diálogo entre quem se propõe ao ato de interpretar um determinado recorte epistemológico da história e o próprio objeto a ser interpretado, onde nesse diálogo há uma interação cujo produto é o enriquecimento semântico do debate em torno do tema da internacionalização dos direitos humanos e seu significado político, jurídico e filosófico. O círculo hermenêutico do conhecimento é o núcleo metodológico desse processo de enriquecimento semântico do tema, processo dialógico que segue a via da problematização de suas bases lógicas, históricas e axiológicas. Daí o mais adequado, do ponto de vista metodológico, seria falar em método hermenêutico-crítico.

A linguagem como memória coletiva (produto histórico) de uma história inacabada e em construção que tem nos intérpretes seus agentes renovadores que adensam o horizonte semântico do objeto de interpretação e dos próprios intérpretes, é a linha metodológica que costura o mosaico de fatos, valores, sentidos e interpretações que compõem e, por vezes, transbordam os capítulos do estudo que segue.

No capítulo segundo contextualiza-se o fenômeno que orienta o presente estudo: a internacionalização dos mecanismos de proteção dos direitos humanos, ocorrida no pós-Segunda Guerra, expressa na noção de “universalização” intrínseca ao conceito de direitos humanos, bem como justifica, através de uma reconstrução histórica e epistemológica, a relevância do tema que serve de base para a presente pesquisa: a superação da cidadania estatal pela cidadania supraestatal. Bem como a necessidade de democratização da Sociedade Internacional para que a cidadania

supraestatal ganhe efetividade.

Problematizado o fenômeno histórico-epistemológico de constituição dos direitos humanos e o significado da internacionalização dos mecanismos de proteção desses direitos (tendo na universalização seu tema de fundo), o capítulo terceiro aborda a experiência latino-americana dos direitos humanos, suas especificidades históricas e o significado da democracia na região.

No quarto capítulo desenvolve-se a análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativa ao Brasil. Nitidamente inserido no fenômeno da judicialização dos direitos humanos e nos recortes metodológicos da disciplina do Direito Internacional dos Direitos Humanos, problematizando a jurisprudência produzida pela Corte Interamericana sobre o Estado brasileiro e seu significado jurídico, filosófico e político.

Analizados os casos da Corte Interamericana em que o Estado brasileiro figura como demandado, oito ao todo, casos apreciados pela Corte entre 1998, ano em que o Brasil passa a se submeter à sua jurisdição, e 2014, ano de início da presente pesquisa. Os casos analisados abrangem aqueles sobre os quais a Corte emitiu uma sentença de mérito ou levantou medidas provisórias de proteção nesse período.

Na conclusão o tema da internacionalização dos mecanismos de proteção dos direitos humanos, que em essência aborda a questão central da universalização dos direitos humanos, é cotejado com os conceitos de cidadania e democracia. Até que ponto podemos afirmar que os direitos humanos são universais se a organização política e a arquitetura jurídica que lhes dão sustentação ainda estão atreladas ao modelo do Estado (espécie de ordenamento político)? As hipóteses levantadas é que o conceito de cidadania estatal historicamente se revela insuficiente para proteger e conferir universalidade aos direitos humanos; onde só a construção e instrumentalização de uma cidadania supraestatal poderia conferir um mínimo de eficácia ao atributo da universalidade desses direitos. Mas como pensar uma cidadania supraestatal inscrita no seio da Sociedade Internacional (e não mais exclusivamente no Estado) se a mesma é marcada por assimetrias econômicas, militares e barreiras ideológicas e culturais? A democratização da Sociedade Internacional é a hipótese teórica que poderia salvaguardar o atributo da universalidade dos direitos humanos, do contrário, o conceito de direitos humanos se esvazia e corre o risco de ser reduzido a um discurso meramente performativo e retórico, incapaz que atender aos fins que se propõe: a universalização de direitos subjetivos básicos a qualquer ser humano.

DA CIDADANIA ESTATAL PARA A CIDADANIA UNIVERSAL

Índice: 2.1. O significado de Estado na modernidade; 2.2. A paz de Westfália e o direito dos Estados; 2.3. A passagem do súdito ao cidadão: a invenção dos direitos do homem; 2.4. Auschwitz e as limitações do conceito de cidadania estatal; 2.5. O Direito Internacional dos Direitos Humanos como reação à Auschwitz; 2.6. Ordem democrática e Sociedade Internacional; 2.7. Da cidadania estatal para a cidadania universal.

2.1. O significado de Estado na modernidade

A modernidade marca, no campo político, a invenção do Estado, espécie de ordenamento político que a par da *polis* grega, da *civitas* e *res publica* romanas acrescenta algo novo na evolução das formas e espécies de ordenamento político. Se na antiguidade clássica a *polis* e a *civitas* eram as formas de ordenamento político hegemônicas no ocidente, caracterizadas pela fusão dos elementos político, religioso e existencial; na modernidade o Estado surge e afirma outros valores, já não será a fundação simbólica do significado religioso e cultural de uma comunidade política, mas de uma outra noção, a de propriedade e territorialidade.

A *polis* grega, assim como a *civitas* romana não podem ser tomadas pelo significado moderno de Estado, são formas de ordenamento político fundamentalmente distintas do que na modernidade se entende por Estado. A diferença fundamental é que a *polis* e a *civitas* são constitutivas e fontes da reprodução religiosa, cultural e existencial de uma comunidade política (COULANGES, 2002). A própria noção do “político” enquanto categoria fenomenológica tem um significado específico nessas civilizações, onde o político não poderia ser pensado de forma dissociada do ético. O político estava à serviço de um ideal ético, a política era a forma, o caminho de consecução do ideal de vida virtuosa. A República de Platão, obra por excelência de filosofia política do mundo antigo, pensa a política como via de realização do ideal de uma sociedade justa, de uma vida consagrada à virtude ética. A contraposição da tipologia das formas de governo entre Aristóteles e Maquiavel é significativa dessa distinção conceitual, entre o antigo e o moderno. Em Aristóteles, as formas de governo são em seis tipos, três correspondentes às formas positivas e três às negativas. Aristóteles, tendo como critério o número dos titulares do poder, classifica as formas de governo em monarquia, governo de um só; aristocracia, governo de vários; e politéia governo de todos; e as correspondentes formas degeneradas: tirania; oligarquia e democracia (BOBBIO, 1985).

Atente-se que a democracia, segundo Aristóteles, é uma forma negativa ou degenerada de

governo. Mas o que é relevante aqui é o critério usado para essa classificação, um critério quantitativo que leva em consideração o número daqueles que titularizam o poder. As formas de governo em Maquiavel são apenas duas, e não seis como em Aristóteles: república e monarquia³ (BOBBIO, 1985). Maquiavel para chegar a essa classificação usa como critério não o número de titulares do poder, mas a forma de aquisição e transmissão do poder. O contraste da classificação das formas de governo entre Aristóteles e Maquiavel é revelador da própria concepção de ordenamento político entre antigos e modernos. Para os antigos, a *polis* e a *civitas* eram um meio de humanização do homem, o que importa na classificação de Aristóteles é quem e o número daqueles que regem esse processo de humanização (ou degeneração nas formas negativas), pois a *polis* e a *civitas* são as matrizes do religioso, do político, do cultural e do existencial. Já para os modernos o que rege o ordenamento político já não é a noção do religioso e do existencial, mas, paulatinamente, uma outra noção: a de propriedade e territorialidade.

A chave de classificação das formas de governo em Maquiavel leva em consideração o poder como coisa apropriável e transmissível. Na Monarquia o poder é uma coisa que se transmite de pai para filho e que é titularizado de forma vitalícia; na república o poder é temporário e se transmite de forma eletiva. A forma de governo em Maquiavel deixa escapar os vetores que passam a reger a forma do novo ordenamento político na modernidade: o Estado. Não por acaso é em “O Príncipe” que surge a palavra Estado, ignorada entre os antigos, e originária do latim *status*, que significava tão somente e originariamente o conjunto de atributos que identificava o indivíduo no seio da sociedade (MAQUIAVEL, 1987). Serão os filósofos políticos do Renascimento que irão cunhar a palavra *status* no sentido de forma de organização política (ordenamento político). Maquiavel consagrará a palavra e o conceito. Daí as palavras *Staat*, em alemão; *State*, em inglês; *Stato*, em italiano e Estado em espanhol e português. Os vetores da metamorfose da forma de organização política que irá contrastar com a *polis* e a *civitas* serão as noções de *dominium*, como propriedade, e a territorialidade. Paulatinamente a passagem do direito natural da “natureza das coisas” para a “natureza humana”, do cosmos para a *auctoritas* de um poder que se titulariza, levará à antropologização dos direitos naturais, construindo a teoria dos direitos subjetivos, algo até então ignorado na história do direito no ocidente e que segundo Michel Villey será obra da interpretação do direito romano feita pelos teólogos da Idade Média (VILLEY, 2007). Será esse processo de subjetivação de direitos que estará na base do surgimento do Estado como espécie de ordenamento político, uma espécie caracterizada pela primazia da propriedade e controle de pessoas e bens que

³No início de O Príncipe, Maquiavel define as duas formas de governo: “Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados.” (MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Antonio D’Elia- São Paulo: Circulo do Livro S. A., 1987.pag.37) Cabe ressaltar que é nesse trecho que Maquiavel consagra a expressão Estado, conceito inexistente no mundo antigo e medieval.

se encontram sobre um dado território (Soberania territorial). Se na *polis* e *civitas* preponderava o espiritual e o existencial; no Estado preponderará a propriedade e o geográfico.

Essa passagem da *polis* para o Estado é acompanhada da ruptura entre o ético e o político, essa ruptura leva paulatinamente à laicização da política que perde o caráter sagrado e da virtude como referencial ético. A Revolução Gloriosa inglesa e os parlamentos burgueses na Europa irão afirmar esse processo de laicização da política, processo acompanhado da subjetivação do direito com as Revoluções Liberais. O Estado, como espécie de ordenamento político, traz na laicização da política e na subjetivação do direito seus pressupostos básicos que levam a ter na delimitação geográfica do seu território e no controle do fluxo de pessoas e bens (Soberania) suas características determinantes.

2.2. A paz de Westfália e o direito dos Estados

O surgimento do Estado moderno, com a respectiva ruptura da subordinação da política à ética, só foi possível com a fratura ocorrida no coração da cristandade. A Reforma Protestante foi o fato histórico que possibilitou a emergência dessa nova forma de ordenação política, na medida em que a unidade do mundo cristão foi rompida (VILLEY, 2007). Se na idade média o Sacro Império Romano-Germânico se afigurou como a força transnacional que moldava e conferia unidade ao mundo da cristandade, onde o Papa exercia o poder espiritual e temporal sobre homens e mulheres; a Reforma Protestante não apenas dividiu essa anterior unidade, como abriu espaço para um poder civil e independente da hegemonia papal. A emergência de poderes civis e locais independentes do controle da igreja é a fissura que irá, posteriormente, desembocar nos Estados modernos. Esse processo foi gradual, caótico e não resultou de um único ato. Nesse processo de construção dos Estados modernos a Paz de Westfália exerce um papel capital. A Guerra dos Trinta anos entre católicos e protestantes devastou parte da Europa, sobretudo a Alemanha, que nessa época estava longe de ser o que entendemos modernamente por Estado. Com uma população drasticamente reduzida pela Guerra dos Trinta anos a Alemanha se fragmentou em inúmeros pequenos “Estados”, os Tratados de Westfália marcam o surgimento da noção de Estados territoriais regidos por governos civis. É com os tratados de Münster e Osnabrück que se tem o marco de nascimento dos Estados modernos, com a definição de seus elementos morfológicos: território, elemento geográfico; povo, elemento antropológico; e governo soberano, elemento político-jurídico (PINTO FERREIRA, 1957). Não só são delimitados os elementos constitutivos dessa nova forma de ordenamento político como também emerge o Direito Internacional Público como o direito dos

Estados modernos (MELLO, 2000).

Embora o mundo antigo (antiguidade clássica greco-romana) tenha conhecido institutos assimilados ao Direito Internacional, em verdade essas regras estavam mais ligadas ao comércio entre os povos e alguns princípios inerentes a conflitos bélicos que não podem ser compreendidos como Direito Internacional propriamente ditos, pois inexistente uma igualdade formal entre os Estados e a própria noção de Estado não correspondia à noção moderna. Mesmo na transição da idade média com o Renascimento e o surgimento das prósperas Cidades-Estados italianas, o que se verificou foram leis entre cidades mas que mantinham uma certa unidade cultural e linguística. Será, entretanto, no âmbito da Escola de Salamanca que os princípios e o objeto do Direito Internacional serão delimitados, através dos estudos dos espanhóis Francisco de Vitória e Francisco Suarez (MELLO, 2000). Francisco de Vitória entendia a sociedade internacional como um todo orgânico e cooperativo, entendia que a soberania não era absoluta e teve posicionamento contrário ao Papa que justificou a divisão das terras do Novo Mundo entre Espanha e Portugal, pois segundo Francisco de Vitória elas já tinham donos que eram os povos nativos daquela terra: os povos indígenas americanos. Francisco Suarez era mais teólogo que jurista, sua obra, entretanto, teve mais popularidade do que a de Francisco de Vitória, assim como o primeiro, Suarez entendia que a soberania era relativa e que a Sociedade Internacional se pautava pela cooperação. Mas o que torna a Paz de Westfália realmente importante e marca o nascimento do Direito Internacional Público é que ela pontua a passagem nas relações internacionais do “paradigma providencial e hierárquico” da Idade Média dominada pelo Sacro Império Romano-Germânico para o “paradigma laico e isonômico” da era moderna (MAZZUOLI, 2013). Com a Paz de Westfália, assim, surge uma relação de igualdade formal entre os Estados, que passam a ser os protagonistas do Direito Internacional, desaparecendo a existência de qualquer força política internacional que esteja acima dos Estados. A Paz de Westfália que põe fim à guerra entre católicos e protestantes marca a emergência do Estado moderno e do Direito Internacional Público como o direito dos Estados.

2.3. A passagem do súdito ao cidadão: a invenção dos direitos do homem

Como ressaltado, esse processo de formação do Estado moderno foi gradual e não se deu em um único momento. Marsílio de Pádua (1275-80- 1342-43) é, talvez, o elo mais remoto nesse processo de laicização da política que está na base do surgimento do conceito de Estado moderno (PINTO FERREIRA, 1957). Em uma época onde o teocentrismo ainda era a ideologia dominante e as relações internacionais se davam nos moldes do paradigma providencial e hierárquico, Marsílio de Pádua rompe com a tradição de um Estado teocrático, onde o poder do Papa tinha primazia

temporal, além de espiritual. A tese da soberania democrática defendida pelo pensador paduano em contraposição à tese curial da *plenitudo potestatis* é o antecedente remoto, ainda na idade média, do conceito de Estado laico. A compreensão de Marsílio de que o poder seria exercido pelo príncipe, um príncipe eleito, no interesse do povo e não pelo Papa, expresso no Defensor da Paz⁴ (Defensor Pacis), em um contexto histórico de disputa política entre o Papa João XXII e o rei Luís IV da Baviera; é a raiz do conceito moderno de soberania popular que será formulado de uma forma mais madura em Jean-Jacques Rousseau.

A tese de um Estado laico e escudado em uma soberania popular encontra eco, no plano do direito, nas teses de Guilherme de Ockham (1285-1347), o filósofo inglês e protegido do rei Luís IV da Baviera lançou as sementes da teoria dos direitos subjetivos que estão na base do direito natural moderno e que no sec. XVIII resultará no liberalismo político (VILLEY, 2007). Se Marsílio de Pádua está na raiz desse processo de transição da política teocrática para a laica; Guilherme de Ockham está na base da passagem do direito de fundamentação “cosmo-teológico” para um direito de base antropológica, onde o individualismo subjetivista de Ockham semeará as bases para a formulação, gerações depois, dos direitos do homem pelos filósofos empiristas ingleses. Mas, seguramente, esses pensadores sequer seriam lembrados sem o movimento da Reforma Protestante que está na base do surgimento do capitalismo e de toda essa revolução institucional que resultará nessa nova forma de ordenação política. Percepção captada por Max Weber ao identificar a ética protestante como motor da nova forma de organização econômica que emerge na era moderna: o capitalismo.⁵

Coube a Jean Bodin (1530-1596) formular o conceito central do Estado moderno: o conceito de soberania. A soberania é o conceito que está na base da formação dos modernos Estados territoriais. Jean Bodin tem o mérito de reinterpretar um instituto medieval, a suserania, adaptando-a às transformações do sec. XVI, sobretudo na França com o esfacelamento do mundo medieval (COMPARATO, 2006). Se a idade média foi marcada pelo pluralismo das fontes jurídicas e pela

⁴“É, porém, Marsílio de Pádua, o mais audaz defensor da concepção democrática. O seu trabalho intitula-se ‘Defensor Pacis’, violento ataque contra as pretensões papais da supremacia temporal, contra o ordenamento eclesiástico construído paulatinamente pelo direito canônico. Levanta os fundamentos de uma teoria secular do Estado, livre da metafísica de Dante e de Tomás de Aquino. Transluzindo, em geral, Aristóteles, nele, no entanto, extravasa a situação sócio-econômica do capitalismo italiano (segundo Sombart o capitalismo se originou na Itália, em Florença). Declara-se pela soberania do povo, como o último legislador, e cujo agente é o poder executivo: por isso não vê nenhuma origem divina no Estado. Ressumam, pois, em sua filosofia política, o secularismo e o criticismo histórico, as duas fortes vigas com que o ‘Defensor Pacis’, contribuiu para a vida intelectual contemporânea.” (PINTO FERREIRA, Luiz. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: José Confino, 1957, Vol. 1, pag. 153)

⁵Max Weber defende que a ética protestante é mais compatível com o espírito da economia capitalista. Essa relação entre economia e religião, não é de todo descabida. A economia carrega uma ética que por sua vez termina por aludir a algum elemento teológico. Não por acaso, Adam Smith, o pai da economia, era professor de Filosofia Moral. E o marxismo, segundo Edmund Wilson (ver obra Rumo a Estação Finlândia), tem muito do judaísmo em sua leitura moralizante do capitalismo industrial.

descentralização política, os modernos Estados territoriais, centrados no conceito de soberania, promovem a unificação das fontes do direito com a primazia da lei e a centralização política na figura do rei. Os Estados territoriais promovem uma verdadeira unificação de um mundo, medievo, fragmentado. A *summa potestas* é a força política dessa unidade que tem no território e na propriedade seus vetores. A soberania é o poder de decisão em última instância, na conceituação de Jean Bodin a soberania é a qualidade de um poder absoluto, perpétuo e indivisível (COMPARATO, 2006). Para chegar a essa formulação, Bodin se baseia em uma formulação dos juristas do Corpus Juris medieval, no conceito de “*civitates superiorem non recognoscentes*”⁶ como sendo aquele corpo político que não reconhece nenhum poder acima dele, em contraposição ao “*civitates superiorem recognoscentes*” (BOBBIO, 1985). Só um Estado dotado de soberania seria um “*civitates superiorem non recognoscentes*”, pois um poder absoluto. Jean Bodin distingue a diferença da soberania como qualidade de um poder absoluto em relação ao poder ilimitado. A soberania é absoluta no sentido de que o soberano não está subordinado às leis por ele mesmo criadas, mas isso não significa que o poder de soberania seja um poder “ilimitado”, pois o soberano não pode fazer tudo o que deseja, ele encontra os limites do seu exercício no direito natural. Daí se extrai outra noção importante, para Bodin a obrigação se dá sempre entre dois termos, assim, como o rei não pode se auto obrigar em relação às leis por ele criadas, a soberania popular, nessa linha, seria uma contradição, pois se o povo legislasse ele estaria automaticamente fora da esfera de sua vinculação obrigacional. Bodin nega, com isso, qualquer pretensão de legitimidade à soberania popular. A soberania também é perpétua, no sentido de que seu titular não pode aliená-la; bem como a soberania é una, no sentido que ela não comporta divisões. A soberania, assim, é o poder motriz que molda essa nova forma de ordenamento político; um ordenamento político nascido, sociologicamente, do esfacelamento do mundo medieval e da quebra da unidade da cristandade. Jean Bodin, no plano da Teoria Geral do Estado, propõe, através do conceito de soberania, uma solução autocrática para a quebra dessa unidade perdida, concentrando o poder de decisão em um monarca, unificando o pluralismo das fontes jurídicas na heteronomia da vontade absoluta de um rei que encontraria apenas no direito natural o seu limite.

A identificação da territorialidade e da propriedade como os vetores dessa nova espécie de

⁶“Bodin passou para a história do pensamento político como o teórico da soberania. Contudo, o conceito de soberania como caracterização da natureza do Estado não foi inventado por ele. ‘Soberania significa simplesmente poder supremo’. Na escala dos poderes de qualquer sociedade organizada, verifica-se que todo poder inferior é subordinado a um poder superior, o qual, por sua vez, se subordina a outro poder superior. No ápice deve haver um poder que não tem sobre si nenhum outro- e esse poder supremo, ‘summa potestas’, é o poder soberano. Onde há um poder soberano, há um Estado. Já os juristas medievais, comentaristas do corpus juris, tinham traçado uma distinção entre as ‘*civitates superiorem recognoscentes*’ e as ‘*civitates superiorem non recognoscentes*’- só estas últimas possuíam o requisito da soberania, podendo ser consideradas Estados, no sentido moderno do termo.” (BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Trad. Sérgio Bath, 4ª. ed. Brasília, Ed. da Universidade de Brasília, 1985, pag.95)

ordenamento político, ordenamento moldado pelo poder de soberania, encontra sua razão de ser em uma passagem fundamental do mundo antigo para o mundo moderno, a invenção do *homo economicus*. Se na antiguidade clássica greco-romana o trabalho estava identificado com o labor e ocupava a posição mais baixa na escala dos valores- estando associado ao lado animalesco do homem, sendo um fardo relegado à parcela da humanidade que não gozava da liberdade e logo predestinada a uma existência de fardos e sacrifícios: os escravos (COULANGES, 2002). No mundo moderno a verdadeira revolução se deu quando o trabalho de um fardo que desumanizava o homem passou a gozar do mais elevado status de virtude moral. A identificação da força de trabalho (*Arbeitskraft*) por Karl Marx é, na leitura de Hannah Arendt, a percepção do nascimento de um novo homem, o homem moderno se identifica pelo trabalho, onde a dialética do trabalho ocupa uma posição central nesse novo mundo (ARENDT, 2005). A modernidade, o Estado territorial unificado pelo poder de soberania que é antes uma soberania sobre as riquezas e as pessoas que circulam em um dado território geograficamente demarcado, tem na passagem da economia da esfera da vida privada para a pública seu acontecimento fundamental. Se a economia, como a própria etimologia da palavra atesta⁷, tinha um caráter doméstico e pertencente à esfera da vida privada, pois o trabalho estava associado à necessidade vital de sobrevivência, logo algo que exigia um desforço corporal que na visão do mundo antigo colocava o homem no mesmo pé de igualdade dos outros animais e logo deveria ser mantido fora da visibilidade da esfera pública; na era moderna, a economia, sofre uma transmutação de valores e se torna política ao ingressar na esfera pública. A modernidade transforma a economia de economia doméstica, quando pertencente à esfera privada, em economia política ao introduzi-la na esfera pública (ARENDT, 2005). Essa percepção se deu de forma gradual, desde a identificação da propriedade como direito natural em John Locke, passando pela defesa da riqueza como um patrimônio das nações em Adam Smith até a identificação da “força de trabalho” por Karl Marx como a fonte da riqueza do mundo moderno.

O Estado moderno, como nova forma de ordenamento político, está intimamente associado com a passagem da economia de doméstica para a economia política, com o surgimento do *homo economicus*, um homem que se identifica pelo trabalho, onde o trabalho é fonte de dignidade e liberdade, marcando também a publicização da noção de propriedade, um conceito que historicamente estava vinculado ao mundo invisível da vida privada.

Quem primeiro assinala esse processo de criação do *homo economicus* é o filósofo inglês John Locke. Locke (1632-1704) viveu no sec. XVII, era médico, tendo formação em ciências naturais,

⁷O termo *economia* vem do **grego** οἰκονομία (de οἶκος , **translit.** *oikos*, 'casa' + νόμος , translit. *nomos*, 'costume ou lei', ou também 'gerir, administrar': daí "regras da casa" ou "administração doméstica". (Wikipédia)

posteriormente ampliou seu leque de interesses para a política e a filosofia. Seu pensamento vai da epistemologia (*Ensaio acerca do entendimento humano*) à filosofia política (*Segundo Tratado sobre o Governo Civil*), tendo vivido em uma Inglaterra conturbada em um dos momentos mais importantes da história inglesa (BOBBIO, 1997). No plano epistemológico, John Locke refuta a tese racionalista das ideias inatas. Para Locke o entendimento humano decorre da experiência, não existindo ideias inatas e prévias à experiência, John Locke foi um filósofo empirista para quem a experiência sensível está na base de qualquer possibilidade de entendimento humano. No plano político, John Locke teceu críticas ao pensamento de um outro pensador inglês da época, Thomas Hobbes. Hobbes era defensor do absolutismo, para quem só o poder ilimitado e concentrado nas mãos de um soberano permitiria a superação do “estado de natureza”, o estado de caos e violência no qual os homens estariam mergulhados antes do surgimento pactuado do Estado, o grande Leviatã. Para Hobbes só a vida era um direito natural. Em Hobbes, portanto, a “ordem legal” é uma tautologia, pois existe para defender uma outra ordem: a segurança, o direito seria uma ordem a serviço da ordem, o “estado de natureza” uma hipótese metodológica que aponta, antes de tudo, para o caráter não naturalmente sociável do ser humano, sociabilidade que só seria adquirida posteriormente, pelo contrato social (BOBBIO, 1997).

John Locke, em sua filosofia política, investe contra o absolutismo político de Hobbes, para Locke o poder monárquico deve ser limitado pela Constituição e pelos costumes. A filosofia política de John Locke contrapõe os direitos subjetivos ao poder absoluto do rei, defendendo uma esfera de inviolabilidade do cidadão, com isso o direito positivo existe para assegurar o direito natural de vida, segurança e sobretudo propriedade. Para Locke não só a vida era um direito natural, mas também a segurança e a propriedade. Locke inclusive antecipa Karl Marx ao defender que é o trabalho a fonte da propriedade, para Locke é a “especificação”, a transformação de bens naturais pelo trabalho humano, o modo originário de aquisição da propriedade. Locke tem o mérito de ser o primeiro pensador moderno a se dar conta de que o labor é a fonte de riqueza, no sentido que o metabolismo do corpo e a necessidade vital de sobrevivência estão na base do processo produtivo, a tese lockeana da propriedade como um direito natural nada mais é que o desenvolvimento desse corolário, pois a ideia de propriedade em Locke nada mais é que a extensão do direito sobre o próprio corpo, pois é do labor do corpo, do trabalho que emana a riqueza da propriedade (ARENDT, 2005).

Para o filósofo inglês o poder civil (político) é um poder consensuado, que decorre do acordo livre e racional dos cidadãos, em contraposição às duas outras formas de poder: o familiar e o despótico. Com isso, John Locke, propõe que o “estado de natureza” só pode ser superado pela

racionalidade e o consenso e não, como queria Hobbes, pela força de um soberano absolutista. Não é demais recordar o contexto histórico em que Locke formulou seu pensamento, o sec. XVII na Inglaterra foi um século de conflitos religiosos e que marcou a hegemonia do parlamento na vida política inglesa. A Revolução Gloriosa que assinalou a ascensão do parlamento foi também um marco da dessacralização da política no ocidente. Estado e Igreja se separaram e só o Estado passou a deter a prerrogativa da coação. John Locke, em “Carta sobre a Tolerância”, defende que Política e Religião são duas realidades distintas e autônomas, cabendo a defesa da liberdade religiosa como uma escolha pessoal, mas que em nada diz respeito à política (BOBBIO, 1997).

Em Locke, portanto, surge uma teoria consistente dos direitos subjetivos e é isso que irá matizar e diferenciar sua filosofia política da de Thomas Hobbes, o contratualismo de Locke é uma obrigação de duas vias, onde o poder de soberania do monarca só será legítimo se respeitar os direitos naturais fundamentais dos súditos. No cerne da filosofia política de John Locke está a liberdade individual, a concepção de direitos subjetivos oponíveis ao poder de soberania do Estado e a percepção original de que o trabalho, que decorre da necessidade vital e metabólica do corpo, produz riqueza; riqueza que deve ser resguardada na forma de um direito natural de propriedade. A teoria dos direitos subjetivos expressa em Locke e a própria ideia dos direitos do homem surgem simultaneamente com o *homo economicus*, quando a economia sai da invisibilidade da esfera da vida privada e adentra na esfera pública. A política que adquirira autonomia em relação à ética, desde o Renascimento italiano e sobretudo Maquiavel, agora, com a invenção da economia política, a economia ingressa na esfera pública. A política passa a ser centrada nos valores vitais, na medida em que o trabalho, como expressão do metabolismo da vida que transforma a natureza em riqueza, ingressa na esfera pública e substitui a virtude ética pelo ideal de riqueza econômica.

Com Adam Smith (1723-1790), o professor de filosofia moral da Universidade de Glasgow, a economia ganha fundamento científico. Se no mundo antigo o labor e o trabalho estavam relegados à invisibilidade, na era do *homo economicus*, a economia não apenas se torna política, adentrando à esfera pública, a esfera da visibilidade e da memória, mas passa a ter na riqueza o sentido e a razão de ser da própria esfera pública. Se essa percepção remonta a John Locke e sua tese do direito natural de propriedade que, como vimos, é antes uma propriedade sobre os frutos do metabolismo corporal, Smith dá um salto mais à frente, apontando que é a riqueza o conceito central da vida das nações. O trabalho surge na teoria econômica de Adam Smith que, antes de tudo, está preocupado em justificar o acúmulo de riquezas pelos países centrais do capitalismo, como a medida padrão de riqueza, aquilo que permite a troca de mercadorias. A teoria da economia política em Smith conjuga as liberdades civis e a liberdade de mercado, conceito introduzido por ele. A liberdade de mercado,

conceito chave do liberalismo é o desdobramento econômico da teoria dos direitos subjetivos que vinha sendo desenvolvida pelos filósofos ingleses do empirismo. Adam Smith, tributário dessa tradição, tem no egoísmo o elemento motor de toda a vida social e o que distinguirá o pensamento de Smith do de Marx residirá apenas na escala em que ambos pensam as relações econômicas. Em Adam Smith encontramos uma teoria econômica fundada na natureza humana, no indivíduo e sua propensão ao egoísmo; em Karl Marx a teoria econômica é deslocada para o social e a luta de classes. Em Adam Smith, nesse egoísmo de uma sociedade de indivíduos que agem sempre pensando em seu benefício particular, intervém a “mão invisível” o elemento metafísico de sua teoria que explica como esse egoísmo inato se converte no benefício coletivo. Como que em uma alquimia a “mão invisível”, da teoria econômica do filósofo escocês, transmuda o vício individual em virtude coletiva. A esfera pública na era moderna, era da expansão do capitalismo, passa a ter a clara visibilidade da riqueza como a virtude das nações, os homens passam a ter no trabalho o seu valor pessoal e os Estados territoriais se afirmam paulatinamente como os ordenamentos políticos que melhor modulam esse mundo novo.

Os Estados territoriais modernos ao se fundamentarem basicamente no poder de soberania, um poder de decisão em última instância e que não reconhece nenhum outro acima dele; e através desse poder controlarem o fluxo de pessoas e bens, entenda-se: riquezas. Converteram-se, na era moderna, nos ordenamentos políticos centrados em valores vitais como as noções de riqueza e produtividade. Se no mundo antigo, Grécia e Roma antigas, a *polis* e a *civitas* tinham já a clara noção da “natalidade” como a categoria central do político; será na era moderna que a esfera pública adquirirá explícita e acentuadamente um caráter biopolítico⁸, ao incorporar o trabalho no espaço da visibilidade (e não mais da invisibilidade da esfera privada como era no mundo antigo) e substituir a virtude moral, o bem supremo, pela riqueza como o seu móvel, o móvel da esfera pública. Com isso, pode-se afirmar que os Estados territoriais modernos são os ordenamentos políticos por excelência da biopolítica, pois a ideia, já presente no mundo antigo, do espaço público como o espaço da vida, da natalidade e da renovação que permite a imortalidade da comunidade política (ARENDT, 2005), terá na era dos Estados territoriais um caráter acentuadamente biopolítico, ao transformar o homem em uma engrenagem econômica, ao extrair dele seu bem mais precioso identificado pela leitura arguta de Karl Marx: a força de trabalho. O espaço público se esvazia de seu conteúdo ético e o vital se confunde, na modernidade, com o acúmulo de riquezas, nesse sentido as sociedades modernas passam a identificar a força vital da comunidade política com

⁸A expressão “biopolítica”, formulada por Michel Foucault nos anos 70, têm em Hannah Arendt, mais especificamente na obra *A Condição Humana* de 1958, sua formulação conceitual, ainda que Arendt nunca tenha usado a expressão biopolítica. A ideia de natalidade como conceito central da política desvela que em sua essência a política se realiza como biopolítica, como afirmação dos valores vitais que renovam a esfera pública de uma comunidade.

o acúmulo de riquezas, com a invenção do *homo economicus* e com o surgimento do mercado, este último a pedra de toque da economia política.

A passagem dos súditos nos Estados absolutistas para os cidadãos nos Estados liberais e laicos tem seu momento culminante na Independência Norte-americana e Revolução Francesa, esta última com as “declarações de direitos do homem” quando a teoria dos direitos subjetivos que vinha sendo lentamente formulada resulta no conceito moderno de direitos humanos. O fenômeno das declarações de direitos, seja a francesa de 1789 ou a de Virgínia de 1776, tem o significado político de transformar os Estados territoriais em garantes da felicidade, transformando a felicidade em um bem individual que deveria ser “garantido” pelo Estado, bem esse que também seria imune à ingerência do próprio Estado, constituindo-se em uma esfera de abstenção de ação do Estado, esfera de autodeterminação individual onde cada indivíduo seria responsável pela construção de sua própria felicidade, não cabendo ao Estado prescrevê-la, apenas garanti-la. A menção à felicidade aparece textualmente em ambas as declarações, sendo que a concepção dessa felicidade terá em uma e outra fundamentos e significados filosóficos distintos. As declarações de direitos do homem do sec. XVIII possuem em comum uma teoria dos direitos subjetivos que passa a ter no indivíduo sua fonte e titularização de direitos inalienáveis, algo, como já ressaltado, inconcebível em outras sociedades; mas isso não significa que as declarações francesa e estadunidense sejam idênticas em sua constituição e expressão filosófica e política (BILLIER, 2005).

A Revolução Norte-americana concebe o direito à felicidade do indivíduo em uma perspectiva empírica e histórica, o direito à felicidade de que fala a declaração de 1776 refere-se ao colono inglês em sua marcha para a conquista do Oeste, onde a sua felicidade é fruto de méritos pessoais, méritos conquistados pelo seu esforço. A felicidade como direito constante da declaração francesa de 1789 é uma felicidade ideal, abstrata, concebida racionalmente, daí sua pretensão de universalidade. O cidadão estadunidense, nessa perspectiva, é o colono em sua aventura histórica e empírica de desbravamento e conquista, para quem o Estado é uma formulação artificial que apenas garante formalmente essa busca pessoal de felicidade. Na declaração estadunidense é nítida a influência da filosofia política de John Locke e da sua concepção dos direitos à segurança, vida e propriedade como direitos naturais, preexistentes e inalienáveis, onde o Estado surge como uma criação artificial, consensuada, que tem a finalidade de garantir direitos naturais que lhes são anteriores. Thomas Jefferson ao escrever a declaração norte-americana o faz influenciado pelas ideias de Locke através da leitura de Thomas Paine (BILLIER, 2005). Pode-se, com isso, afirmar, até certo ponto, que no caso estadunidense é o povo quem funda o Estado, onde também é nítido o caráter teológico desse ato de fundação do Estado Norte-americano, onde Deus surge através do

direito natural, um direito natural que não se dá pela via da revelação, mas da razão, faculdade divina atribuída aos homens e através da qual esses consensualmente podem construir seu destino histórico. A Revolução francesa, por seu turno, tem um caráter acentuadamente político, o elemento teológico é secundário, o conceito de cidadania é racional e abstrato, baseando-se na ideia mais revolucionária da era moderna: a de um homem universal. O que confere um caráter acentuadamente político à Revolução francesa e sua declaração dos direitos do homem de 1789 reside na centralidade que se confere à lei e ao Estado, o Estado na declaração francesa não surge como criação artificial, como um mal necessário, mas como instância de poder através da qual o povo é constituído enquanto coletividade política. É o Estado que através da racionalidade abstrata da lei reconhece o direito ideal de felicidade individual.

A felicidade enquanto bem-direito é conjugada com os direitos de liberdade e igualdade que também em ambas revoluções do sec. XVIII possuem pesos distintos. A liberdade na perspectiva da Independência Norte-americana tem em muito o sentido do direito natural de propriedade, um direito, antes de tudo, sobre o próprio corpo e os frutos do seu labor corporal. A Revolução Francesa, ainda que formalmente, vai tentar conjugar a liberdade com a igualdade, em uma perspectiva formal e legalista. Nesse contexto os direitos humanos surgem vinculados aos modernos Estados territoriais, onde a noção de um bem comum consensualmente compartilhado é perdido, fragmentado, não havendo mais um consenso razoável em torno do ideal de vida boa e justa, como na antiguidade. A impossibilidade desse consenso razoável, aquilo que o filósofo estadunidense John Rawls chamará posteriormente de “fato do pluralismo”, é o que possibilitará o direito individual da busca da felicidade, o “bem comum” será, no máximo, o somatório das felicidades individuais. Diante do fato do pluralismo moral o espaço público, despido de uma concepção unânime de bem comum, substituirá a moral pelo acúmulo de riquezas como o *telos* da esfera pública, a esfera da visibilidade e memória de uma comunidade política. A cidadania como direito à construção da felicidade pessoal pela via da liberdade e igualdade estará confinada aos limites territoriais do Estado, um Estado que exerce seu poder de soberania sobre o fluxo de bens e pessoas que funciona segundo um dispositivo biopolítico onde a vitalidade da atividade política reside na economia, uma economia política que traça a esfera de legitimidade de ação individual.

O Estado territorial moderno, os direitos humanos, a concepção estatal de cidadania, a economia política são conseqüências da transição da noção de um direito de base cosmo-teológico, para um direito de base antropológico e laico; de um ordenamento político que existia em função da preservação das relações da coletividade política para a garantia do indivíduo enquanto valor absoluto; transição possibilitada pela doutrina cristã mas não exclusivamente obra dela, mas sim de

uma ruptura econômica e cultural com o modelo de sociedade do mundo antigo, com a transformação da política em biopolítica, quando a esfera pública passa a ser orientada pela prática mercantilista que molda as relações humanas segundo a lógica da economia política com a invenção do homem moderno, o *homo economicus*.

2.4. Auschwitz e as limitações do conceito de cidadania estatal

Em setembro de 1941, nos arredores de Kiev, na ravina conhecida como Babi Yar os judeus foram convocados para comparecer munidos de documentos e roupas, era a véspera do Yom Kipur, aqueles que não obedecessem ao chamado seriam fuzilados. Os nazistas tinham tomado a cidade de Kiev, na Ucrânia, e a população judia residente em Kiev imaginava que aquele chamado os levariam a embarcar em trens para um futuro incerto. O *Einsatzgruppen*, agrupamento móvel de intervenção, integrante da SS (*Schutz Stafel*) agrupava os milhares de judeus reunidos pela convocação à ravina de Babi Yar em grupos de dez, em meio à multidão. Os judeus de Kiev só descobriam que não embarcariam em trens quando ouviam o grupo à sua frente sumir ao som de rajadas de metralhadoras. Nos dias 29 e 30 de setembro de 1941, estima-se que 33.771 pessoas foram executadas em Babi Yar. Eram homens, mulheres e crianças, todos civis. Nos meses que se seguiram outros judeus e não judeus russos foram também executados, em grupos de dez, com um tiro na nuca tendo diante de si uma grande vala aberta, ao todo, estima-se, seriam 100 mil executados. Aquele método de execução se revelou penoso, Himmler, o chefe da SS, percebeu o efeito deletério daquele método sobre os carrascos. Os executores com o passar do tempo foram se entregando ao vício do álcool, depressão e suicídio. Após a experiência de assassinatos nos arredores de Kiev, os nazistas alemães resolveram inovar em sua metodologia de execução, usariam caminhões com câmara de gás, os mesmos usados para executar doentes mentais na Alemanha. Mais uma vez essa metodologia seria aperfeiçoada, a Alemanha nazista, inspirada nos campos de concentração da Guerra do Boêres da África do Sul, inventaria os campos de extermínio, máquinas de assassinar em larga escala, sem os efeitos psicológicos colaterais negativos sobre sua tropa de elite, especializada em matar (ARENDR, 1989).

O totalitarismo tem no campo de extermínio seu laboratório, onde a crença que “tudo é possível” é testada. No modelo político do Estado Total a crença de que “tudo é possível” é levada a termo, o campo de extermínio surge como o espaço modelar onde essa crença é testada, onde métodos e técnicas são implementados (ARENDR, 1989). Em uma sociedade onde “tudo é possível”, não há espaço para a liberdade de escolha ou a liberdade de oposição. O totalitarismo para levar às últimas consequências sua crença de que “tudo é possível”, necessariamente tem que

destruir os direitos subjetivos que fundamentam a liberdade de escolha e oposição. O Estado só se faz total e implementa sua crença que “tudo é possível” com a destruição dos direitos subjetivos e o sepultamento da individualidade expressa em uma personalidade jurídica. Daí o campo de extermínio se manifestar através da prisão arbitrária, como forma de negar a liberdade de escolha; e através da tortura, como forma de negativa da liberdade de oposição. O paradigma do campo de extermínio implementa a crença totalitária de que “tudo é possível” e para tal nega os direitos do homem através da negativa de sua humanidade (AGAMBEN, 2002). O paradigma do campo de extermínio é a técnica política de despersonalização do homem, de negativa de sua personalidade e individualidade. Massificado, o homem despido de sua dignidade já não mais oferece perigo para a ideologia totalitária, podendo ser descartado como forma de pôr em funcionamento um modelo político que se alimenta da ideologia totalitária, onde tudo é possível, onde o homem massificado é reduzido às suas funções meramente biológicas. Como o cão de Pavlov, o homem massificado é reduzido ao ato reflexo fisiológico, sua dignidade, agora não mais reconhecida, não será obstáculo à política positivista do totalitarismo. A experiência política do totalitarismo é uma decorrência da sociedade de massas, sociedade que produziu um excedente humano ocioso, um paradigma político nascido das limitações do Estado nacional que não conseguiu abrigar apátridas, refugiados e os excedentes não assimilados por sociedades superpovoadas (LAFER, 1988). A sociedade de massas desumanizou o homem, negou-lhe seus direitos subjetivos como forma de lhe retirar o único anteparo protetor antes de descartá-lo. O campo de extermínio é esse modelo extremo onde o Estado Total concretizou sua funcionalidade mórbida de descartar as massas humanas como forma de conferir organicidade a uma sociedade demente, a sociedade de massas.

É nesse contexto que Auschwitz surge como o paradigma político do totalitarismo. As formas de governo são poucas, já conhecidas e classificadas pelos gregos antigos há um bom tempo, desde Aristóteles; mas no sec. XX, com a sociedade de massas, uma nova forma de governo emerge e se inscreve no acervo da experiência política ocidental. O Estado total é o fruto da última fronteira rompida pela biopolítica moderna, sua lógica após essa ruptura será a lógica do terror. O regime totalitário decorre, assim, da ruptura do último anteparo que frenava o desenvolvimento da biopolítica moderna. Se a biopolítica moderna se caracterizou pela inversão hierárquica entre *vita contemplativa* e *vita activa*, com a hegemonia da última; e pela era da economia política com a separação entre o político e o ético; esse fluxo da biopolítica moderna que valoriza a vida, por conferir primazia ao trabalho como a relação entre o metabolismo corporal e a natureza, tinha na distância entre a lei e a justiça sua última fronteira que obstaculizava seu fluxo natural. Com essa ruptura final, entre o jurídico e o ético, progredirá finalmente ao Estado total. Essa distância entre o direito e a moral, entre a lei e o justo, mas que formavam até então uma unidade, era o espaço

derradeiro onde, ainda, residia o abrigo que conferia proteção e legitimidade à liberdade de escolha e de resistência política (ARENDT, 1989). Era nessa distância entre o legal e o legítimo e no seu contínuo conflito e embate que residiam os direitos subjetivos. Com o positivismo jurídico esse último anteparo se rompeu, o legal tornado autônomo em relação ao legítimo passou a ter na natureza biológica (nazismo) ou na lei dialética da história (bolchevismo) sua única fonte de legitimação. O positivismo jurídico ao tornar o direito autônomo e independente da moral, tornou-o também um sistema neutro de valores, abrindo espaço para o desenraizamento do último reduto do humanismo.

Sem anteparos que respaldassem a liberdade da vontade individual e a capacidade de resistência política, a biopolítica moderna rompeu o último dique em seu processo de afirmação histórica. A biopolítica positivista totalitária, seja nazista ou bolchevista, não negou o Estado de direito, sua característica fundamental é que se tratava exatamente de Estados fundamentalmente legais. Sua peculiaridade é que a legalidade totalitária, sem o anteparo da separação e da dúvida entre o legal e o legítimo, passou a ter no natural e no histórico os elementos que ocuparam esse espaço que antes era preenchido pela dúvida e a controvérsia moral (ARENDT, 1989). O positivismo totalitário ao reduzir o direito ao legal, teve na neutralidade axiológica da lei o caminho por onde se espalhou a força motriz da natureza através da genética racista do nazismo, onde apenas a raça pura se afirmaria historicamente. Ou nas leis da história materialista dialética como a afirmação da única classe social apta ao protagonismo histórico: o proletariado. O positivismo totalitário conferiu um fluxo total à ideia originária da biopolítica moderna que tornou o biológico e o vital o centro de toda a codificação política da sociedade. A biopolítica moderna inaugurada pelo realismo político maquiaveliano se completou através do positivismo jurídico. O desenraizamento do político e do direito do terreno do ético abriram, com isso, espaço para um regime político exclusivamente e totalitariamente vitalista, onde a seleção natural darwiniana ou a dialética histórica marxista passaram a ser as leis biopolíticas de sociedades massificadas, onde o indivíduo e a individualidade se dissolveram, já não mais havendo espaço para a subjetividade, nem para os direitos do homem. O homem massificado, reduzido às suas funções fisiológicas e imerso em um mundo ideológico e fictício, passou a ser objeto de um movimento biopolítico, agora caracterizado pelo descarte das massas humanas excedentes. A lógica de uma biopolítica de homens indivisos, sem subjetividade e massificados passou a ser a lógica do terror, pois só o terror confere irmandade e compacta a coletividade de homens que perderam os vínculos históricos que os unia.

Desindividualizados, massificados e solitários, os homens sob o totalitarismo passaram a ter no terror, na arbitrariedade das prisões, na tortura e no assassinato em larga escala a lógica de uma

biopolítica que não mais conhecia limites morais, pois o terreno ético da moralidade havia sido desgarrado, desenraizado de seu solo ético e axiológico. O mundo ocidental produziu uma biopolítica total, de base positivista, que passou a ter no terrorismo a sua única lógica de concretização desse fluxo biopolítico que a era moderna desde o sec. XVI vinha tracejando. O terrorismo se afigura, assim, como a lógica da biopolítica positivista totalitária, pois implementa a crença de que “tudo é possível”, onde o vital, seja genético ou histórico, é o único fluxo consistente e coerente. O homem massificado e despojado de subjetividade só intervém como objeto de um movimento onde já não é mais o protagonista. Sua participação reside apenas como matéria descartável, onde a seleção biológica ou histórica, regida pela lógica tétrica do terror, recairá sobre apátridas, refugiados, judeus e qualquer grupo que aleatoriamente ponha em funcionamento esse fluxo biopolítico onde a única coerência residirá em uma lógica do terror que confere compactação a uma massa indivisa de homens⁹.

Foi essa sociedade de massas produzida pelo sec. XX que transbordou os limites dos Estados territoriais modernos organizados em moldes liberais de cidadania estatal. A falência do sistema pluripartidário, os custos sociais dos direitos subjetivos organizados no modelo de cidadania que esbarrava nos limites da territorialidade estatal foi o que permitiu a emergência dessa nova forma de governo que, ao romper o último dique de contenção e capilaridade do solo ético, abriu espaço para a lógica do terror, para o paradigma político do campo de extermínio onde a crença do “tudo é possível” pôde se concretizar historicamente através de Auschwitz, revelando os limites e fraqueza de um conceito de cidadania que se amolda nas estreitas fronteiras do Estado-nacional.

2.5. O Direito Internacional dos Direitos Humanos como reação à Auschwitz

O reconhecimento e a declaração dos direitos do homem podem ser divididos em dois momentos, em um primeiro momento, no sec. XVIII, os direitos do homem são reconhecidos e declarados no plano do direito constitucional vinculados aos Estados-nacionais, sobretudo com a Revolução Francesa e a Independência Americana; o segundo momento ocorre no sec. XX, pós 1945, como reação a Auschwitz, marcando, agora, o reconhecimento e a declaração dos direitos do

⁹“A tentativa totalitária de tornar supérfluos os homens reflete a sensação de superfluidade das massas modernas numa terra superpovoada. O mundo dos agonizantes, no qual os homens aprendem que são supérfluos através de um modo de vida em que o castigo nada tem a ver com o crime, em que a exploração é praticada sem lucro, e em que o trabalho é realizado sem proveito, é um lugar onde a insensatez é diariamente renovada. No entanto, na estrutura da ideologia totalitária, nada poderia ser mais sensato e lógico. Se os presos são insetos daninhos, é lógico que sejam exterminados por meio de gás venenoso; se são degenerados, não se deve permitir que contaminem a população; se têm ‘almas escravas’ (Himmler), ninguém deve perder tempo tentando reeducá-los. Vistos através do prisma de ideologia, os campos parecem até ser lógicos demais.” (ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo.- São Paulo: Companhia das letras, 1989. Pag. 508.)

homem no plano do direito internacional, vinculados à sociedade internacional. Em um primeiro momento, revoluções liberais do sec. XVIII, os direitos do homem se constitucionalizaram, mas foi só no sec. XX que os direitos do homem se internacionalizaram, transformando o Direito Internacional Público de direito das gentes (povos) em direito das gentes e dos indivíduos. O efeito desses dois momentos históricos é que no primeiro momento ocorreu a proteção do indivíduo no plano interno (constitucional) em face do Estado; e no segundo momento, sec. XX, essa proteção se estendeu para o plano internacional onde o indivíduo, assim como acontecera no plano estatal, passou a ser titular de direitos em face da sociedade internacional, reconhecidos para além do plano constitucional, pois também outorgados, agora, por tratados e convenções de Direito Internacional dos Direitos Humanos. O humanismo deixa de ser, no plano jurídico, uma categoria exclusivamente constitucional e se internacionaliza (PIOVESAN, 2011).

Se o primeiro momento ou a primeira revolução dos direitos do homem marca a sua constitucionalização, a segunda revolução dos direitos do homem marcará a sua internacionalização. À primeira se delinea a noção de cidadania estatal, à segunda a noção de cidadania universal. Desde o seu surgimento no sec. XVIII, os direitos do homem foram objeto de uma crua reação, seja de reacionários, seja de esquerdistas. Os conservadores acusaram os direitos do homem de abstracionistas e desvinculados da realidade histórica, a mesma história que Edmund Burke usou para refutar os direitos humanos proclamados pela Revolução Francesa (BURKE, 1982). Mas a esquerda também não se mostrou simpática aos direitos do homem do sec. XVIII, será Karl Marx uma das vozes a deslegitimá-los ao criticar sua vinculação a uma classe social específica: a burguesia (MARX, 2000). Os direitos do homem, assim, nascem duplamente criticados e enjeitados por aquilo que poderíamos chamar de direita e esquerda. Os vícios do abstracionismo dos direitos do homem e de seu caráter burguês passaram a compor o rol argumentativo de seus detratores. O que, em verdade, essas “revoluções dos direitos do homem” do sec. XVIII e XX assinalam é o triunfo momentâneo e gradual do individualismo que está na base da biopolítica moderna. Os direitos do homem da Revolução Francesa e Independência Americana assinalam o reconhecimento do indivíduo como titular de direitos constitucionais em face do Estado, não por acaso esse é também o momento de emergência do regime político democrático, na sua versão moderna de democracia representativa inventada pelos federalistas estadunidenses. Os direitos do homem e a democracia têm no individualismo a sua base ideológica, seja porque o primeiro tem no indivíduo o portador natural de direitos fundamentais, seja porque a segunda é uma forma de organização política que tem na regra da maioria a fórmula que consagra a vontade política do indivíduo, pois a maioria não é mais que o somatório dos indivíduos politicamente autônomos. Inspirada na fórmula rousseauiana de que a regra jurídica é aquela regra externa

(heteronomia) a qual o indivíduo adere por ter consentido e participado de sua formação, a Revolução Francesa consagrará os direitos do homem, em 1789, e a Independência Americana afirmará a democracia representativa moderna. Os direitos do homem, a democracia e a paz internacional formarão o triunvirato que passará a reger o discurso político e jurídico modernos (BOBBIO, 1992).

A biopolítica moderna¹⁰, assim, não é nada mais que a consagração do modelo individualista de sociedade. Ao passo que a biopolítica antiga estava vinculada ao modelo organicista. Não por acaso a biopolítica moderna que emerge do Renascimento italiano é marcada, no plano epistemológico pela inversão de categorias onde a *vita activa* passa a ser hegemônica; o trabalho passa a ser valorado positivamente e não mais depreciado, ingressando na esfera pública e assinalando o nascimento da economia política e delineando um novo modelo antropológico que será hegemônico na era moderna: o *homo economicus*. A essas características descritivas da biopolítica moderna, some-se o fato do pluralismo, com a separação e autonomia da política em relação à ética, com o nascimento do realismo político. Será nessa atmosfera da primazia da *vita activa*, da economia política, da separação entre política e moral, do pluralismo ético que o individualismo se consagrará como modelo sociológico. A democracia moderna, por isso mesmo, consagrará a soberania dos cidadãos, exatamente por se fundamentar no individualismo onde o todo social decorrerá de um somatório de suas partes autônomas, os cidadãos. O que assinala uma nítida distinção com relação à democracia antiga vinculada ao modelo organicista, onde as partes só existem em função do todo (CANFORA, 2015). A democracia antiga consagrava a soberania do povo, pois era o todo orgânico da sociedade quem detinha o poder. A biopolítica moderna, assim, contrapõe o individualismo em face do organicismo da biopolítica antiga. O modelo de cidadania nacional que emerge da primeira onda dos direitos do homem, no sec. XVIII, afirmam essas características civilizatórias da biopolítica moderna, no plano político vinculado aos Estados territoriais. Modelo que evidenciou suas limitações e fragilidades em face da emergência de uma nova forma de governo que só o sec. XX registrou: o totalitarismo.

O totalitarismo que evidenciou a insuficiência da cidadania estatal para tutelar a integridade e a dignidade humana e a fragilidade dos Estados territoriais, por sua vez, é também uma criação da

¹⁰O significado de biopolítica moderna, em oposição à antiga, reside na inversão operada nas categorias de *vita activa* e *vita contemplativa*, com a hegemonia na era moderna da primeira. Embora Hannah Arendt não utilize essa expressão, é em sua filosofia política (A Condição Humana) que a vida (natalidade) é destacada como a categoria central da política. Segundo Arendt toda a política gira em torno da vida como natalidade, esta entendida como aquilo que tem o poder de renovar o espaço público a cada nova geração, espaço este notabilizado por ser o espaço da memória e linguagem, onde uma comunidade política vive a experiência da imortalidade de sua renovação a cada geração.

biopolítica moderna, a outra face do mesmo fenômeno cultural ocidental. O totalitarismo, fruto da superpopulação e da sociedade de massas do sec. XX que dissolveu o individualismo subjacente a toda a arquitetura institucional dos Estados nacionais modernos, passou a operar em plena era da biopolítica moderna segundo a antiga lógica organicista do mundo antigo. Como já assinalado, o realismo político conjugado com o positivismo jurídico permitiram a substituição do individualismo pelo organicismo de uma sociedade de massas, onde o único fator de coesão passou a ser a lógica do terror (ARENDT, 1989). A biopolítica positivista dos regimes totalitários nazista e bolchevista são apenas a outra face de um mesmo fenômeno cultural que também produziu os direitos do homem no sec. XVIII. O que a distinguiu foi o fenômeno de uma sociedade de massas que perdeu seu substrato individualista e passou a ter no todo orgânico seu fator de coesão, mas operando com a mesma tecnologia política da era biopolítica moderna: a ideia de legalidade, adesão popular, existência de uma Constituição e o uso retórico e performativo do conceito de povo. É no seio dessa contradição e dos seus impactos desastrosos que emergirá a segunda revolução dos direitos do homem, representados por uma reação a Auschwitz.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é o rebento dessa reação, marcando a segunda revolução dos direitos do homem, agora de feição internacionalista e tendo na sociedade internacional seu esteio. A ideia de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, de alguma forma estava delineada na cidadania cosmopolita de Kant, que já no sec. XVIII idealizara uma cidadania respaldada por uma confederação republicana internacional. Mas foi somente em face da falência do Estado-nação e da cidadania de base exclusivamente estatal que essa ideia ganhou corpo histórico e musculatura institucional. A segunda revolução dos direitos do homem marca a ruptura com o positivismo jurídico, a reaproximação entre o jurídico e o ético, e a recuperação do substrato individualista perdido pela sociedade de massas do sec. XX, agora consagrado em nível cosmopolita, através do humanismo internacionalista. O Direito Internacional dos Direitos Humanos confere à biopolítica moderna o traço indelével do humanismo. Esse fenômeno pós-Auschwitz visa à substituir a lógica totalitária do inimigo político e do terrorismo pela lógica cosmopolita de uma política que tem na amizade e acolhimento (hospitalidade) seus parâmetros éticos, na substituição do terrorismo como operador metodológico pelo humanismo (KANT, 2005). Esse fenômeno da internacionalização dos direitos humanos ocorridos pós 1945 registrará a passagem da biopolítica moderna de positivista (era totalitária) para humanista da era do pós-Segunda Guerra. Fenômeno que registrará dois momentos básicos: o da universalização de direitos e o da especificação dos sujeitos desses direitos.

Em um primeiro momento o Direito Internacional dos Direitos Humanos universaliza os

direitos humanos no plano da sociedade internacional, cujo marco é a fundação da ONU em 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948¹¹. A emergência de convenções como os Pactos de Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais formam o International Bill of rights, em 1966. O surgimento de sistemas regionais como o europeu (1953) e o interamericano (1969) são o desdobramento desse fenômeno que podemos rotular de biopolítica moderna humanista¹². Não se pode negar o traço “ocidentalista” desse fenômeno, pois restrito à Europa e América Latina, não se podendo falar em um sistema regional efetivo de proteção dos direitos humanos africano e asiático. Sem esquecer a assimetria e importância entre os sistemas europeu e interamericano, não gozando este último da mesma relevância que o primeiro em sua região. O fenômeno da universalização desses direitos se seguiu a uma fase de especificação dos mesmos direitos com base na singularidade dos sujeitos de direito envolvidos, em um nítido movimento de valorização do indivíduo e de uma ideologia individualista que tem na autonomia da parte, cidadão, e não do todo, sociedade, sua pedra de toque. Uma autonomia oponível não mais apenas em face do Estado, como direito constitucional, mas após Auschwitz, também oponível em face da sociedade internacional, como direito internacional. Com isso, o indivíduo adquire personalidade jurídica internacional e o Estado, antes fundado em uma soberania irrestrita, passa a dividir o protagonismo internacional com outros entes e a ter uma soberania relativa (TRINDADE, 2013).

A emergência da noção de “sociedade internacional”, conceito fundante do Direito Internacional, nos sec. XVI/XVII, lastreia-se na Solidariedade como princípio a reger a relação entre os Estados no plano da sociedade internacional, assim como a soberania é o conceito fundante de Estado na modernidade. Se a soberania centrada na figura do rei¹³ e na noção jurídica do

¹¹Kant compreendeu o problema da eliminação da guerra como um problema da produção de uma situação cosmopolita constitucional. Embora este projeto também tenha sido o contexto motivador da iniciativa de Woodrow Wilson de fundar a Liga das Nações, o estatuto da Liga das Nações enquanto tal, entretanto, não associou a paz mundial com uma Constituição supranacional baseada nos Direitos Humanos, como só veio a acontecer com a ONU em 1948.

¹²“Im zwischenstaatlichen Verhältnis spielen Menschenrechte im 18. und 19. Jahrhundert kaum eine Rolle. Im Völkerrecht galt der Grundsatz der absoluten Souveränität der Staaten. Sie waren völkerrechtlich nicht nur befugt, nach freiem Ermessen Krieg zu führen, sondern hatten auch völlig freie Hand, wie sie ihre eigene Staatsangehörigen behandeln wollten. Kritik an Menschenrechtsverletzungen stellte deshalb auch juristisch eine verbotene Einmischung in innere Angelegenheiten dar, und ein Schutz der Menschenrechte durch internationale Garantien war nur schwer denkbar.” (KÄLIN, Walter und Künzli, Jörg. **Universeller Menschenrechtsschutz**. Basel: Helbing e Lichtenhahn, 2005, pag. 07) (Na relação interestatal ocorrida nos secs. XVIII e XIX os Direitos Humanos tiveram um papel menor. O direito internacional teve na “soberania absoluta” do Estado seu princípio fundamental. Eles não eram apenas legalmente habilitados para fazer a guerra a seu critério, especialmente tinham plenas mãos livres para tratar seus nacionais como quisessem. A crítica sobre violação de direitos humanos assim também era algo proibido pois assunto interno de cada Estado. A garantia internacional dos direitos humanos era algo difícil de se imaginar).

¹³“O direito no ocidente é um direito de encomenda régia. Todos conhecem, claro, o papel famoso, célebre, repetido, repisado, dos juristas na organização do poder régio. Não convém esquecer que a reativação do direito romano, em meados da Idade Média, que foi o grande fenômeno ao redor e a partir do qual se reconstituiu o edifício jurídico dissociado depois da queda do Império Romano, foi um dos instrumentos técnicos constitutivos do poder monárquico, autoritário, administrativo e, finalmente, absoluto. Formação, pois, do edifício jurídico ao redor da

contrato unificou o pluralismo das fontes do direito típico da idade média, pela primazia da lei positiva do Estado; por sua vez, a solidariedade como princípio do Direito Internacional substituiu o paradigma providencial e hierárquico que norteou as relações internacionais no medievo pelo paradigma laico e isonômico. A percepção da sociedade internacional como um todo universal fundado na isonomia e solidariedade entre os Estados e a nítida noção que a sociedade internacional dos Estados não é um fim em si mesmo mas um meio para a defesa dos indivíduos, está na origem do Direito Internacional da era moderna. Os teólogos de Salamanca traduzem essa vívida percepção, para Francisco Suárez o direito das gentes revela a unidade e universalidade do gênero humano, os Estados têm necessidade de uma ordem jurídica que regulem suas relações como membros da sociedade universal. Francisco de Vitória, por sua vez, agrega a essa percepção a nítida noção de que a sociedade internacional se sobrepõe à soberania nacional, relativizando-a. Hugo Grotius traz ainda mais nítida a percepção de que o Estado não é um fim em si mesmo mas um meio para a proteção dos indivíduos. Os chamados pais fundadores do moderno Direito Internacional tinham uma clara percepção de que o indivíduo era o destinatário final da ordem jurídica internacional. Não por acaso o Direito Internacional Público emerge junto com o jusnaturalismo, movimento jurídico filosófico que tem nos direitos subjetivos como desdobramento do individualismo moderno sua pedra de toque.

Essa percepção individualista e centrada no humanismo enquanto categoria que está na origem do Direito Internacional, foi, entretando, turbada e anuviada pela emergência e primazia do positivismo estatal, que remonta à filosofia do direito hegeliana. Hegel ao erigir a figura do Estado todo-poderoso fundado em uma soberania ilimitada, lançou as bases do positivismo voluntarista cuja ideia se traduz em que o direito é somente aquele reconhecido e posto pelo Estado. O indivíduo, assim, que está na base do jusnaturalismo que anima a origem do Direito Internacional Público, foi preterido em favor do positivismo estatal que passou a ter no Estado o sujeito exclusivo do direito internacional. A filosofia do direito hegeliana e o positivismo jurídico impuseram o ostracismo ao indivíduo, expulsando-o da esfera jurídica da sociedade internacional.¹⁴

personagem régia, a pedido mesmo e em proveito do poder régio. Quando esse edifício jurídico, nos séculos seguintes, escapar ao controle régio, quando se tiver voltado contra o poder régio, o que será discutido serão sempre os limites desse poder, a questão referente às suas prerrogativas. Em outras palavras, creio que a personagem central, em todo edifício jurídico ocidental, é o rei. É do rei que se trata, é do rei, de seus direitos, de seu poder, dos eventuais limites de seu poder, é disso que se trata fundamentalmente no sistema geral, na organização geral, em todo caso, do sistema jurídico ocidental. Que os juristas tenham sido os servidores do rei ou tenham sido seus adversários, de qualquer modo sempre se trata do poder régio nesses grandes edifícios do pensamento e do saber jurídicos.” (Foucault, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pag. 30)

¹⁴“Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del derecho internacional (notoriamente los escritos de los teólogos españoles y la obra grociana), que lo concebían como un sistema verdaderamente universal, vinieron a ser suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico, que personificó el Estado dotándolo de "voluntad propia", reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado a éstos "concedía". El consentimiento o la voluntad de los Estados (el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el

Será somente com a experiência paroxística do campo de extermínio e a consequente reação a Auschwitz que a noção que está na origem do Direito Internacional moderno será resgatada, a reaproximação entre o direito e a ética, no pós-positivismo jurídico da segunda metade do sec. XX, reencontrará o individualismo jusnaturalista perdido na era positivista. O humanismo, agora, erigido à categoria do Direito Internacional lançara as bases de um Direito Internacional que irá além do reconhecimento do Estado como sujeito exclusivo da sociedade internacional, sociedade que será diversificada com o reconhecimento de novos sujeitos e a reabilitação do indivíduo como ente dotado de personalidade e capacidade jurídica internacional.

No pós-Segunda Guerra o indivíduo, reabilitado e reconhecido pela sociedade internacional, será objeto de uma tríplice proteção no plano do Direito Internacional: o Direito Internacional dos Direitos Humanos; o Direito Internacional Humanitário; e o Direito dos Migrantes, comporão as três vertentes internacionais de proteção da pessoa humana. Para Cançado Trindade, na vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, objeto do presente estudo, o direito de petição do indivíduo perante Tribunais Internacionais de Direitos Humanos e a intangibilidade da jurisdição obrigatória desses Tribunais, constituem as cláusulas pétreas de proteção internacional dos direitos humanos.¹⁵ Talvez o legado jurídico mais relevante do sec. XX, legado que emergiu paradoxalmente de uma reação ao seu fato mais lastimável, a experiência da negação do indivíduo e de todos os seus direitos.

derecho internacional, negando *jus standi* a los individuos, a los seres humanos. Esto dificultó la comprensión de la sociedad internacional, y debilitó el propio derecho internacional, reduciéndolo a derecho interestatal, no más por encima sino entre Estados soberanos. Las consecuencias desastrosas de esta distorsión son ampliamente conocidas.

La personificación del Estado todo-poderoso, inspirada en la filosofía del derecho de Hegel, tuvo una influencia nefasta en la evolución del derecho internacional a finales del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX. Esta corriente doctrinaria resistió con todas las fuerzas al ideal de emancipación del ser humano de la tutela absoluta del Estado, y al reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional.” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano. *In El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*/ Corte interamericana de Derechos humanos, presentado por Antônio Augusto Cançado Trindade- 2. ed.- San José, 2003. pag.09)

¹⁵“En el umbral del siglo XXI, ya no puede haber duda de que el derecho de petición individual a los tribunales internacionales de derechos humanos y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de éstos, necesariamente conjugados, constituyen - como siempre hemos sostenido - verdaderas cláusulas pétreas de la protección internacional de los derechos humanos. Son ellas que hacen viable el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, el cual representa una verdadera revolución jurídica, quizás el más importante legado que nos deja la ciencia jurídica del siglo XX. A ellas se suman el deber de fiel cumplimiento, por los Estados Partes en los tratados de derechos humanos, de las decisiones de aquellos tribunales, así como el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes.” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano. *In El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*/ Corte interamericana de Derechos humanos, presentado por Antônio Augusto Cançado Trindade- 2. ed.- San José, 2003.pag. 05/06)

2.6. Ordem democrática e Sociedade Internacional

O surgimento das democracias modernas se dá em um contexto histórico e com uma racionalidade política específica. O nascimento dos modernos Estados territoriais, com áreas geográficas delimitadas e um poder político centralizado, criou também o Absolutismo Monárquico com sua tendência ao exercício abusivo do poder. As democracias modernas emergem como uma forma de contraposição ao Absolutismo e seu caráter político exorbitante (BOBBIO, 2000). Se o direito no ocidente é um direito de encomenda régia, como afirma Michel Foucault. Um direito que tem no rei sua figura nuclear. A Soberania não por acaso é o conceito fundante do Estado moderno, pois todo o exercício político e normatização jurídica terá no conceito de soberania, seus limites e legitimidade. O edifício jurídico tem na soberania sua categoria central porque titularizando politicamente o exercício da soberania, originariamente, tinha-se a figura do rei (FOUCAULT, 1999). Aponta-se, com isso, o contexto histórico das Revoluções Liberais do sec. XVIII e a racionalidade política de limitação do poder autocrático, como os pressupostos que levaram à retomada da democracia na era moderna.

A democracia, enquanto fórmula política, ao ser introduzida em sociedades individualistas, adquiriu a natureza de remédio contra a autocracia. A democracia, assim, se apresentou como remédio em face do poder que o monarca absolutista exercia de cima para baixo e, via de regra, de modo excessivo. A necessidade de resguardar o indivíduo e a liberdade individual em face do exercício arbitrário e abusivo do poder, é o fundamento de racionalidade política da democracia moderna. A democracia se contrapõe à autocracia, espécie de poder abusivo que se exerce de cima para baixo. Mas a Monarquia Absolutista não exerce apenas um poder autocrata, exerce também um poder monocrata- ou seja, um poder concentrado em um único órgão. Daí que as democracias modernas, distintamente das democracias organicistas antigas, apresentam-se também com a fórmula política do pluralismo. Pluralismo e democracia são fórmulas políticas que se contrapõem ao poder abusivo e exorbitante, fórmulas distintas contudo complementares (BOBBIO, 2000). É que se a democracia é o remédio ao poder autocrático que se exerce de cima para baixo, o pluralismo político, ou poliarquia, constitui-se no remédio contra o poder concentrado em um só órgão que inevitavelmente tende ao excesso. As democracias modernas são também pluralistas na medida em que a oposição à Monarquia Absolutista permitiu a conjugação de forma complementar dessas duas técnicas políticas: a democracia; e a poliarquia¹⁶. O pluralismo democrático é, assim,

¹⁶“ A teoria democrática e a teoria pluralista têm em comum o fato de serem duas propostas diversas mas não incompatíveis (ao contrário, são convergentes e complementares) contra o abuso do poder; representam dois remédios diversos mas não necessariamente alternativos contra o poder exorbitante. A teoria democrática toma em consideração o poder autocrático, isto é, o poder que parte do alto, e sustenta que o remédio contra esse tipo de poder só pode ser o poder que vem de baixo. A teoria pluralista toma em consideração o poder monocrático, isto é, o poder concentrado

fruto da conjugação de duas técnicas políticas distintas porém complementares (BOBBIO, 2000).

O pluralismo democrático moderno surge da oposição ao absolutismo monárquico, tendo no individualismo e na defesa das liberdades civis seu solo ideológico. Ao se apresentar como fórmula política contra a autocracia e a monarquia, o pluralismo democrático traz para a experiência política o consenso contra o arbítrio da Monarquia Absoluta. A passagem da Monarquia Absoluta para o pluralismo democrático substitui o arbítrio pelo consenso como fundamento da prática política. Assim, o caráter essencial da democracia moderna é o valor especial que se confere ao consenso. Não por acaso, pois são o indivíduo e sua liberdade os soberanos da ordem democrática. Com esses fundamentos podemos tentar uma aproximação conceitual e compreender a democracia como o regime político do consenso, o regime que tem no consenso seu fundamento no exercício do poder. A questão que se coloca em uma democracia, como aponta Norberto Bobbio, é se esse consenso é real ou fictício. A democracia é o regime político que pauta suas decisões políticas em consensos reais, onde os cidadãos são livres de coerções que possam viciar sua vontade e se orientem por um estatuto mínimo de racionalidade.

O inimigo da democracia é tudo aquilo que comprometa a capacidade de produção de consensos reais na gestão e exercício do poder. E isso, o bom funcionamento da democracia, através de consensos reais e não artificiais, só pode ser aferido de forma indireta. É pela via do dissenso, da possibilidade efetiva da discordância que a saúde da democracia pode ser aferida. A democracia não é o regime político do dissenso, mas o regime político que ao permitir e resguardar a possibilidade do dissenso e do contraditório, permite a construção de consensos reais e não fictícios (BOBBIO, 2000).

O consenso democrático, entretanto, exige regras claras e bem definidas. O que confere esse “estatuto de racionalidade mínimo” à democracia são as regras que permitem o jogo político em uma democracia. A questão central não reside apenas na definição dessas regras, uma vez que outros regimes políticos não democráticos também possuem regras mais ou menos bem definidas e certo grau de complexidade. A questão reside em como se chega a essas regras e o seu significado para a construção de consensos reais. As “regras do jogo democrático”, seu estatuto de racionalidade, são produtos da experiência política, de testes, provas e contraprovas. Possuem, portanto, uma clivagem científica, pois são fruto da experiência autocontrolada. Assim o que diferencia as regras do jogo político na democracia, dos demais regimes políticos, é a possibilidade de revisão dessas mesmas regras; ou seja, elas evoluem com a experiência acumulada. E dentre os seus significados para a construção de consensos reais, destaca-se a regra da maioria.

Dentre as regras do jogo democrático, a experiência política acumulada pela democracia nos revela que a regra majoritária é a mais importante (BOBBIO, 2000). O que não significa que ela seja a única regra importante, nem que excepcionalmente não possa ser secundada, mormente em situações que comprometam a própria integridade do jogo democrático. Por exemplo, um governo eleito pela vontade majoritária que uma vez investido no poder resolva mudar as regras do jogo e afastar a regra majoritária ou ainda, que resolva suprimir todos os direitos fundamentais. Dito isto, a regra majoritária é a regra básica do jogo democrático devendo ser sempre aplicada desde que não entre em choque com a integridade do próprio sistema democrático. A regra majoritária na democracia significa que das decisões políticas devem participar o maior número de pessoas, deliberando mediante consensos livres de coerções que possam viciar a formação de consensos reais. A questão que se coloca para a democracia dos dias correntes já não é mais a questão do sufrágio universal. Em democracias minimamente estabelecidas o direito de voto é estendido para a quase totalidade da população adulta. Mas a democracia não se resume ao direito ao voto, mas sim à participação do maior número possível de pessoas junto a instâncias de deliberação. Não basta que as pessoas votem, é necessário democratizar o acesso aos espaços de formação da vontade política.

Partindo dessa constatação de que: (1) a regra majoritária é fundamental, devendo estar em consonância com a integridade do sistema; (2) que o direito ao voto por si só não é suficiente para construir uma democracia social; (3) que se deve democratizar os espaços públicos de formação da vontade política. A questão que se põe é: é possível uma democracia efetiva que se limite às fronteiras do Estado? É possível que a democracia exista e se fortaleça entre Estados, partindo de uma situação ideal em que todos estes sejam democráticos, quando a Sociedade Internacional não se estrutura em parâmetros democráticos? É possível a construção de uma Sociedade Internacional democrática entre agentes internacionais democráticos e não democráticos? Ou entre agentes internacionais democráticos mas com profundas assimetrias econômicas e militares? Diante desses questionamentos podemos classificar a Sociedade Internacional em quatro grandes espécies: (1) A Sociedade Internacional anárquica, que em verdade é a própria negação da existência de uma sociedade internacional; (2) A Sociedade Internacional ordenada democraticamente, o oposto da primeira espécie; (3) A Sociedade Internacional regida por uma potência hegemônica, como na era da *pax romana* ou da *pax americana*, algo intermediário entre as espécies extremas 1 e 2, mas estando mais próxima da 1, a anárquica; (4) A Sociedade Internacional do equilíbrio entre potências, algo intermediário, mas mais próximo da espécie 2, no caminho de uma futura democratização (BOBBIO, 2000).

A espécie 1, a Sociedade Internacional anárquica, é o modelo de relações internacionais pautado

pela violência e na sobreposição da guerra sobre o direito, é a negação do Direito Internacional. Seria uma espécie da “estado de natureza” internacional. Configura-se, assim, como uma mera possibilidade teórica e figura historicamente superada pelo estágio civilizatório atual. Mas se a Sociedade Internacional anárquica é algo superado, a Sociedade Internacional democrática é uma realidade ainda distante. Assim, diante do quadro fático que se estabelece, estamos entre dois extremos no plano da Sociedade Internacional: superamos a anarquia crônica, mas não democratizamos a Sociedade Internacional. Em face de uma Sociedade Internacional não ordenada democraticamente até que ponto podemos pensar em democracias efetivas reclusas ao interior do ordenamento político que é o Estado? Ao convencionarmos que a democracia segue a regra majoritária, democratizando os espaços públicos de formação da vontade política, não podemos limitar essa metodologia política ao Estado, tendo em vista que ele é uma espécie de ordenamento político, mas não o único. Se a democracia é a metodologia política mais consistente com a experiência, pois se aperfeiçoa com ela. Podemos concluir que se a experiência política não se limita à figura do Estado, a democracia também não deve se limitar às suas fronteiras. Acreditar que é possível construir Estados democráticos em uma Sociedade Internacional não democrática, é condenar esses mesmos Estados a uma regressão não democrática futura. A democracia enquanto metodologia política se aplica às várias espécies de ordenamento político, sendo imperiosa, portanto, sua aplicação à esfera da Sociedade Internacional, até como forma de sobrevivência das democracias estatais. Uma Sociedade Internacional constituída por Estados democráticos e não democráticos, como no estágio atual, é uma realidade histórica que ou tende para a democratização generalizadas de todos os Estados, ou corre-se o risco de um regresso anárquico ou ao uso da força por uma potência hegemônica, com uma reedição da *pax romana*. Talvez o maior problema radique em como ordenar democraticamente a Sociedade Internacional em meio a agentes assimétricos. A assimetria entre os agentes internacionais, sejam as figuras clássicas dos Estados, sejam as figuras que surgiram no curso do sec. XX como as coletividades internacionais não estatais, é o que se constitui no principal desafio para a democracia. No quadro fático atual de um equilíbrio artificial mantido por potências hegemônicas, hegemonia propiciada pelo monopólio do domínio da tecnologia termonuclear por alguns atores, o desafio é superar as assimetrias econômicas e militares que inviabilizem a construção de espaços de deliberação democrática no plano da sociedade internacional.

2.7. Da cidadania estatal para a cidadania universal

A esfera pública é a esfera da condição humana onde os interesses e bens comuns são

compartilhados, a ela se contrapõe a esfera dos interesses privados. Se na esfera privada a condição humana se dá como labuta e trabalho, na esfera pública ela se dá como linguagem e ação política (ARENDT, 2005). A esfera dos interesses privados é a esfera dominada pelos imperativos biológicos do metabolismo do corpo ou pelas relações de trabalho que permitem ao homem transformar a natureza ao seu redor. A esfera dos interesses públicos, por sua vez, é a esfera da cultura que se estrutura e constrói pela via da linguagem e norteia os valores de uma comunidade. Se o homem se inscreve na esfera dos interesses privados pela labuta e pelo trabalho, na esfera dos interesses comuns ele adere pela linguagem e ação. A esfera pública é aquilo que permite a manutenção da memória e renovação cultural de uma determinada comunidade. Não por acaso são linguagem e ação os fios com os quais se tecem as malhas da esfera pública, pois é pela via da linguagem que a memória sobrevive, pela via da ação política que uma comunidade se renova. A esfera pública é, assim, a esfera em que uma determinada comunidade de homens e mulheres aspira à imortalidade, uma vez que individualmente ela é impossível, e a eternidade é uma qualidade inerente aos deuses ou à natureza. Na construção do ideal de imortalidade de uma dada comunidade, a memória e a natalidade desempenham um papel fundamental. A linguagem permite a organização da experiência e sua transmissão para as gerações seguintes, a política tem em seu cerne o impulso vital de renovação, a natalidade como categoria central da política. Em sua essência a política é e se dá como biopolítica. A natalidade que é a capacidade que uma comunidade tem de renovar seu quadro de atores e agentes políticos, é o que permite também a manutenção da identidade política dessa mesma comunidade pelo cultivo da memória. A entrada e a saída (nascimentos e mortes) de novos protagonistas a cada geração que se sucede é o que permite a oxigenação da esfera pública, seu sopro de vitalidade, a memória da linguagem comum é o fio que une as gerações.

A cidadania é a capacidade de participar da esfera pública, a esfera dos interesses e bens comuns. A cidadania não se confunde com a nacionalidade ou a capacidade eleitoral. A nacionalidade é o vínculo jurídico que une um indivíduo a um Estado, vínculo que se dá pelo lugar do nascimento (*jus soli*) ou pela descendência (*jus sanguinis*). A capacidade eleitoral é a capacidade de votar (capacidade eleitoral ativa) ou ser votado (capacidade eleitoral passiva). A cidadania é mais ampla que a nacionalidade e a capacidade eleitoral, é basicamente uma atividade política e que só existe enquanto exercida. A cidadania, portanto, tem natureza política e exige um exercício ativo. A cidadania que é exercida pela ação e pelo discurso vincula um indivíduo não a um Estado enquanto figura jurídica, mas a uma comunidade política efetiva. A cidadania pressupõe relação ativa com uma determinada comunidade. Assim, pensar a cidadania é pôr em evidência a capacidade que o indivíduo tem de agir, influenciar e ser influenciado na esfera pública. Embora as Revoluções Liberais tenham transformado os súditos em cidadãos, o Estado moderno, com sua noção de

territorialidade e domínio, tenha circunscrito a comunidade política às fronteiras desse mesmo Estado; não se pode perder de vista que o Estado é apenas uma espécie de ordenamento político, como a *polis* fora no mundo antigo e a sociedade internacional vem, aos poucos, desenhando-se desde a paz de Westfália. Na esfera internacional a dicotomia “guerra e paz” dá o tom das relações internacionais. Essa dicotomia pode ser traduzida como “anomia e nomia”, ou seja, a guerra como a ausência do direito na solução dos conflitos internacionais; e a paz como sendo uma conquista da razão jurídica na administração desses conflitos. Aos poucos, na esfera das relações internacionais, a guerra foi perdendo a primazia como um meio legítimo de solução dos conflitos. De regra, a guerra nos costumes internacionais passou à exceção. A teoria da “guerra justa” de Hugo Grotius foi perdendo o consenso que dante gozara. A história do Direito Internacional moderno marca o abandono progressivo da guerra como o meio de solução de conflitos mais legítimo e imediato; e eleva o indivíduo, através do reconhecimento de sua personalidade, ao patamar de um sujeito do direito internacional. O Estado deixa, sobretudo no sec. XX, de ser o único protagonista da sociedade internacional. No curso do sec. XX ela se torna mais diversificada e cresce a noção do direito internacional como meio de racionalização do convívio entre estes protagonistas.

É possível se pensar a paz internacional, a nomia (direito) como metodologia de gestão de seus conflitos, sem que haja a sua democratização? A democracia como sendo a técnica política mais condizente com a experiência, clama pela democratização de todas as esferas políticas, não apenas a esfera interna do Estado. Admitir uma sociedade internacional que se estruture em parâmetros não democráticos, ainda que todos os Estados sejam democráticos, é uma ameaça inclusive para a manutenção da democracia interna. O quadro fático atual da sociedade internacional nos revela um impasse, pois temos sua organização regida por potências que mantêm essa sociedade em um equilíbrio estável, mas ao mesmo tempo desde o fim da Segunda Guerra Mundial emergiu uma consciência internacional baseada no reconhecimento do indivíduo e dos direitos humanos. Uma sociedade internacional regida por potências hegemônicas e ao mesmo tempo que reconhece a dignidade do homem e de seus direitos para além do Estado, ou tende a uma ordenação democrática da sociedade internacional e, com isso, supera o modelo do equilíbrio delicado entre potências hegemônicas; ou o discurso dos direitos humanos e do reconhecimento do indivíduo como sujeito internacional se tornam inconsistentes. O maior obstáculo para a democratização da sociedade internacional é a existência de assimetrias econômicas e militares profundas entre seus agentes. A tecnologia termonuclear monopolizada por alguns agentes é o maior inimigo da democracia e seu maior obstáculo rumo a criação de uma ordem democrática internacional. Ordem democrática internacional sem a qual as democracias internas dos Estados se veem ameaçadas. O mais expressivo exemplo desse impasse entre um quadro fático de sociedade internacional de equilíbrio induzido por potências hegemônicas e de outro lado a multiplicação de tratados e convenções

multilaterais sobre direitos humanos, é simbolizado pela ONU (Organização das Nações Unidas) que se tem na Carta da ONU de 1945 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o reconhecimento do indivíduo como titular de direitos, por outro lado o Conselho de Segurança da ONU, seu órgão mais decisivo em matéria de conflito internacional se organiza como uma pentarquia. Se a ONU, ao suceder a Liga das Nações, teve o mérito de ter na opção pelos direitos humanos seu valor fundante, por sua vez muito do seu descrédito crescente reside na mensagem contraditória que ela transmite a essa mesma sociedade internacional ao se organizar de forma não democrática na formação de sua opinião política em matéria de segurança internacional. A internacionalização dos direitos humanos pressupõe a democratização da sociedade internacional. Reconhecer o indivíduo como sujeito de direitos para além do Estado (Internacionalização dos Direitos Humanos) exige, ao mesmo tempo, que a sociedade internacional permita a participação de um número cada vez maior de agentes, dentre eles os indivíduos. A democracia pressupõe, antes de tudo, para ser efetiva que o maior número possível de pessoas participem das instâncias de decisão.

A cidadania, nestes termos, não pode se restringir à esfera doméstica do Estado. A cidadania universal ou supraestatal é um instrumento imprescindível para a democratização da sociedade internacional. Democratização sem a qual a nomia do Direito Internacional se torna mitigada, abrindo espaço para a volta da guerra de agressão como forma atávica de solução generalizada de conflitos, ou ainda, a volta da descartabilidade do indivíduo, nos moldes de Auschwitz em uma reedição do paroxismo totalitário sempre a espreita.

A existência de Cortes Internacionais de Direitos Humanos, como a Interamericana e a Europeia, militam a favor da construção de uma cidadania para além do Estado. Concorrem assim, como instrumentos, para a democratização da sociedade internacional. A existência de Cortes Internacionais de Direitos Humanos permanentes e a possibilidade de petição direta dos indivíduos perante essas mesmas Cortes, exercendo sua capacidade processual, são imprescindíveis nesse processo de criação de espaços democráticos no plano da sociedade internacional. Direitos Humanos só podem ser reconhecidos e efetivados em espaços políticos democráticos. A democracia na medida que valoriza a vontade individual como fonte das decisões políticas, tem nos direitos humanos o reconhecimento e proteção do indivíduo como protagonista desse processo político. Direitos Humanos e democracia se exigem reciprocamente.

Nesse particular, a Corte Interamericana encontra-se a meio caminho. A Corte de San José tem o mérito de existir e ser um farol a iluminar a penumbra de uma cena latinoamericana, como já observado, marcada por violações generalizadas dos direitos fundamentais da pessoa humana (ZAFFARONI, 1989). Por sua vez, o fato de a Corte Interamericana não funcionar integralmente, mas apenas por certos períodos do ano; e a impossibilidade de petição direta do indivíduo perante a

Corte de Direitos Humanos, mitigam sua força democratizadora. Seu reduzido número de juízes, são sete ao todo, revela-se insuficiente para atender às demandas de um continente inteiro. A cláusula da subsidiariedade que possibilita que a Corte de San José só seja acionada após esgotados os meios internos ou diante da ausência ou inércia desses meios domésticos, deve ser vista como um mecanismo de filtro do sistema que permite a seleção dos casos mais representativos, como, por analogia, o instituto da repercussão geral no sistema brasileiro ou o *writ of certiorari* do sistema norteamericano. A inexistência de um órgão de promotoria permanente perante a Corte de San José, também é um ponto de fragilidade, função suprida pela Comissão Interamericana de Washington. Mas talvez o ponto mais delicado resida no financiamento da Corte que sofre a cada ano mais restrições e que depende de convênios com países europeus que estão sujeitos a flutuações de seus interesses e demandas internacionais. A crise dos refugiados sírios na Europa teve como reflexo a perda de financiamento por parte da Corte Interamericana. A falta de autonomia orçamentária da Corte é o maior obstáculo para sua atuação. Nesse particular não se pode esquecer o papel das ONG's no processo de afirmação do Sistema Regional Interamericano. Estas organizações concorrem para a democratização desse espaço e levam à Corte demandas que de outra forma ficariam invisíveis (HANASHIRO, 2001).

Os casos relativos ao Brasil, judicializados na Corte Interamericana, são um exemplo claro da necessidade de democratização da sociedade internacional e do papel central, para isso, da cidadania supraestatal. Casos como o de Damião Ximenes Lopes, a ser analisado, seriam apenas mais um se não fosse a sua judicialização perante a Corte Interamericana. Demanda relevante por chamar atenção para o problema da violação de direitos de pessoas com deficiência mental, talvez, o mais vulnerável dentre os grupos vulneráveis. Decisão que teve impactos na política pública de saúde mental no Brasil. O instituto da tutela de urgência também se revelou extremamente útil em face dos casos analisados. Instituto sem o qual vidas seriam ceifadas, como nos casos de morticínio que foram estancados em verdadeiros matadouros humanos como nos casos de Urso Branco e da Penitenciária de Araraquara. Os casos apreciados revelam um pouco do perfil de violação de direitos humanos, casos mais vinculados aos direitos civis e políticos, que revelam a fragilidade das liberdades civis no cenário brasileiro. Um cenário que guarda semelhança com os dos demais Estados da região, como revelado no estudo da jurisprudência da Corte. Nesse particular chama-se a atenção para a função democratizante da jurisprudência que não se restringe a uma mera técnica jurídica de julgamento, mas tem também um significado político, exercendo protagonismo determinante no processo de democratização da sociedade internacional no âmbito regional interamericano. Talvez, por isso mesmo, as forças rebeldes ao processo de democratização se manifestem restringindo os recursos econômicos da Corte de San José. Não se pode ignorar também que as ONG's ao atuarem perante a Corte, muitas vezes agem com estratégias políticas

voltados para a política doméstica de seus países de origem, tendo em uma eventual condenação pela Corte de San José um trunfo político para fins de disputas na esfera de influência da política interna.

Diante desse quadro, a cidadania universal, uma cidadania para além do Estado, revela-se problemática diante da realidade fática posta por uma Sociedade Internacional não ordenada democraticamente. A própria noção de universalidade dos direitos humanos também não goza de consenso, sendo vista por culturas não europeias como forma de colonização imposta pela hegemonia ocidental. Percepção lastreada na não integração da experiência civilizatória das culturas islâmica, indiana e sino-confucionista, seus valores éticos, institutos jurídicos diversos da tradição normativista do *civil law* continental europeu ou da jurisprudência do *common law* anglo-saxão. Realidade esta decorrente da ausência da democratização efetiva da Sociedade Internacional sem a qual não é possível a criação de um direito internacional efetivamente fundado em uma experiência civilizatória comum e de aspiração universal.

Nos capítulos que se seguem, a necessidade de construção de uma cidadania para além do Estado e da democratização da Sociedade Internacional se concentrará na experiência política e jurídica latino-americanas e na posição do Brasil tendo como parâmetro a jurisprudência da Corte Interamericana.

A CONTRIBUIÇÃO LATINO-AMERICANA PARA O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Índice: 3.1. O passado colonial. 3.2. A periferia de veias abertas; 3.3. A fragilidade da democracia latino-americana; 3.4 O significado de direita e esquerda na América Latina; 3.5 Uma teoria latino-americana dos Direitos Humanos; 3.6 A contribuição latino-americana para o Direito Internacional.

3.1. O passado colonial

A América Latina é fruto da expansão do capitalismo comercial europeu. Toda a paisagem ecológica e antropológica que foi sendo moldada entre os séc. XV e XIX, este último quando ocorrem os movimentos de formação nacional na América Latina, atende às demandas e interesses do capitalismo comercial. O espaço político, econômico e demográfico latino-americano tem uma história visceral com as engrenagens do capitalismo europeu. Pode-se afirmar que a América Latina e também Anglo-saxônica são expressões da expansão da civilização europeia, onde na América Latina houve a agregação dos povos originários ameríndios e africanos trasladados.

Assim, é o capitalismo comercial e sua lógica da “metrópole-colônia” quem irá moldar a matriz das relações políticas na América Latina. Essa estrutura de poder fundada na exclusão da participação na riqueza de povos indígenas e africanos- com a hegemonia da elite europeia metropolitana- dará o mote das relações de poder ao longo da história latino-americana (STEIN/STEIN, 1977).

Nos movimentos, ocorridos no sec. XIX, de independência da América espanhola e portuguesa, o que se terá é a substituição de uma elite por outra, com a manutenção da mesma estrutura de poder colonial. A independência da América espanhola em relação à metrópole, Espanha, constituir-se-á na substituição da elite metropolitana, pela elite regional *criolla*. Na América portuguesa, a própria elite metropolitana portuguesa se antecipará à onda de independência latino-americana e fará a independência da colônia, prolongando em 60 anos seu predomínio (1822-1889).

A história política e institucional da América Latina pode ser resumida pela seguinte passagem do Romance “Il Gattopardo” do escritor italiano, Giuseppe Tomasi de Lampedusa, que embora retratando uma outra realidade histórica, cai como uma luva na história cultural latino-americana: “Tudo deve mudar para que tudo fique como está”. A ruptura com a estrutura política e institucional

colonial, nos movimentos nacionais de independência do sec. XIX, foram aparentes, em verdade não houve revolução no sentido sociológico do termo. O discurso independentista latino-americano teve uma função retórica para legitimar a substituição de uma elite por outra, a elite metropolitana ibérica pela elite local, na América espanhola chamada de *criolla*. Simón Bolívar, o herói da independência de boa parte da América espanhola na América do Sul, era um *criollo*, integrante da elite branca de ascendência espanhola, o mesmo se diga de San Martín, que fez a independência da Argentina, Chile e Peru. No Brasil, foi um português quem declarou a independência e o país recém independente adquiriu a forma monárquica, única experiência dessa forma de governo no continente americano.

É interessante notar que o mercantilismo expansionista europeu confere um caráter racial à estrutura de poder na América Latina, pois a escravidão, instituto milenar, na antiguidade clássica greco-romana não tinha um caráter racial. A escravidão, base da economia colonial, na América Latina tem um recorte racial, são índios e majoritariamente povos africanos os escravos que movimentam a economia colonial. Segundo Foucault e Agamben a modernidade é biopolítica¹⁷, no sentido de que é majoritariamente na modernidade que a vida adquire uma codificação política. Em outras palavras a modernidade produz uma contínua codificação política da vida, do navio negreiro ao genoma humano, passando pelo campo de concentração, o que a modernidade faz é se tornar biopolítica. O caso da escravidão moderna é um bom exemplo disso. No mundo antigo a escravidão era uma forma de deixar os demais homens livres para se dedicarem à atividade política de humanização da *polis* grega ou da *civitas* romana, onde o trabalho era visto como uma atividade desumanizada que colocava o homem no mesmo patamar dos animais, mas que em momento algum teve um fim comercial no sentido da busca da lucratividade exclusiva como na era do *homo economicus* moderno. Na era moderna, com o ingresso do trabalho na esfera pública, a esfera da visibilidade e da memória, com a valorização do labor como a fonte da riqueza que passa a ser a virtude dessa nova era, a escravidão passa a ser também explorada comercialmente e o racismo biopolítico é inventado pelo capitalismo comercial como forma de racionalizar e justificar a divisão internacional do trabalho.

Assim o colonialismo europeu na América Latina produziu a escravidão racial e mesmo com o surgimento da história nacional na América Latina, o que se assistiu foi à reelaboração dessa escravidão racial, na forma de biopolítica latino-americana que promoveu a interdição social com base em um critério étnico-racial. Caso ilustrativo foi a insurgência ocorrida em 1780 no Peru, sob a

¹⁷Essa assertiva pode ser extraída das obras dos referidos autores citadas na bibliografia, notadamente *Homo Sacer* de Agamben e *Em Defesa da Sociedade* de Michel Foucault.

liderança de Tupac Amaru II, que organizou as forças ameríndias locais em um movimento que, se não falava em “Independência”, defendia o fim do “Imperialismo espanhol” no continente. O líder indígena Tupac Amaru II não contou com o apoio da elite *criolla*, que se uniu à elite metropolitana para derrotá-lo. Algumas poucas décadas depois houve o movimento de independência do Peru, liderado pela elite *criolla* local. Em nenhum movimento de formação de Estado nacional latino-americano houve uma integração social e econômica dos povos oprimidos da era colonial, o traço racial continuou vivo na história da era nacional (GLAVE, 2010).

A capacidade de articulação e cooptação das elites latino-americanas se revela desde a criação da figura do “Curaca”¹⁸ na América andina, que era a aristocracia étnica de povos ameríndios, que fazia a ponte entre a elite metropolitana e *criolla* e os povos oprimidos ameríndios, gozando de um relativo bem estar econômico, com distinções militares, exercendo a função de coletores de impostos, até à estética literária, onde os movimentos do romantismo, intimamente vinculados à legitimação da formação de uma identidade nacional, usaram a imagem do índio como elemento de identificação nacional. No Brasil o romantismo, na poesia e romance, constrói esse imaginário do índio como o elemento genuinamente nacional, são artífices dessa ideologia Gonçalves Dias e José de Alencar, mesmo no sec. XX, a estética modernista recorrerá à etnia indígena na busca de um elemento fundamentalmente nacional, seja na ideia da “antropofagia” que dará nome à estética literária em alusão aos povos indígenas que recorriam a essa prática, seja em Mário de Andrade que em seu romance “Macunaíma” recorre mais uma vez ao índio como o elemento genuinamente brasileiro. Se o elemento indígena serve à retórica política de legitimação da nova elite, na era das histórias nacionais na América Latina, por sua vez os povos indígenas que sobreviveram nunca foram efetivamente integrados, passando por um contínuo e penoso processo de genocídio cultural.

O elemento racial no sec. XIX é teorizado pelo positivismo de Augusto Comte e o darwinismo social de Spencer, onde o mestiço surge como expressão do patológico e responsável pelo atraso cultural e econômico dessas regiões periféricas. Uma obra significativa desse fenômeno é “O Mulato” do escritor brasileiro Aluísio Azevedo, que retrata o drama de um homem de olhos claros, rico e educado na Europa, mas que sofre uma interdição social na sua cidade natal, São Luís-MA, em virtude de sua ascendência, era filho de um português com uma escrava negra. É interessante

¹⁸“ Los curacas eran jefes de grupos étnicos. Por su importancia, fueron objeto de suspicacia y se quiso limitar su poder, pero como sin ellos no se podían movilizar los recursos sociales, se les concedieron privilegios y obtuvieron el cargo de caciques gobernadores, que se sucedían por linaje. Además, los descendientes de las familias de los incas que lograron reconocimiento a su nobleza se mezclaron con los curacas formando una nueva casta de gobernadores. Ellos se encargaban de recaudar tributos, reclutar mano de obra, de que los indios fueran a los servicios religiosos y, finalmente, de servir de soldados del Rey.” (GLAVE, Luis Miguel. La Emancipación de Perú. In **La Aventura de la Historia**. Año 12, n. 143, septiembre de 2010. pag.100)

notar as “metamorfoses conceituais”, pois o mesmo mestiço que era sinônimo do atraso e do patológico no sec. XIX, será exaltado pela intelectualidade latina no sec. XX, em autores como o antropólogo brasileiro Darcy Ribeiro, “ser mestiço é que é bom”. Sendo bom ou ruim, o elemento racial continuará pautando a codificação das relações de poder no sec. XX e início do XXI.

3.2. A periferia de veias abertas

A obra “As veias abertas da América Latina”¹⁹ constitui-se em um clássico da literatura ensaística latino-americana, é uma obra dos anos 70, que, portanto, reflete o contexto político e ideológico em que emergiu. A obra tem um nítido viés esquerdista, fazendo uma leitura da história da América Latina segundo os oprimidos. O materialismo histórico é a base teórica que serve de estofamento conceitual para um amplo manancial de dados sobre o processo de dominação da América Latina por parte, primeiro das potências coloniais ibéricas, depois, no curso do sec. XX, pelo Imperialismo estadunidense.

A obra de Galeano é rica em dados históricos, é um misto de historiografia, texto jornalístico e também dotada de virtudes literárias, mas é, antes de tudo, uma interpretação da história com enfoque *ex parte populi*.

O que, preliminarmente, já foi ressaltado é que a América Latina é uma invenção do capitalismo comercial europeu. A realidade econômica, política, antropológica e ecológica que pode ser rotulada por “América Latina” é fruto da expansão do capitalismo europeu do sec. XV e XVI. Toda a estrutura econômica e política que irá moldar a civilização latino-americana é baseada no binômio “metrópole-colônia” que irá exercer uma função central no processo de acumulação primitiva de capital: o mercantilismo. Essa estrutura não irá se romper com os movimentos nacionalistas latino-americanos do sec. XIX, o que acontecerá será apenas a substituição de uma elite por outra, a elite hegemônica metropolitana será substituída pela elite regional, mas a estrutura de “espoliação” e “exclusão” permanecerá a mesma. Esse texto de Galeano desenvolve uma interpretação que põe em evidência que no curso do sec. XX o pacto originário da divisão internacional do trabalho da era mercantilista não será quebrado na era do capitalismo industrial tardio latino-americano. O pacto

¹⁹“É a América Latina, a região das veias abertas. Desde o descobrimento até os nossos dias, tudo se transformou em capital europeu ou, mais tarde, norte-americano, e como tal tem-se acumulado e se acumula até hoje nos distantes centros do poder. Tudo: a terra, seus frutos e suas profundezas, ricas em minerais, os homens e sua capacidade de trabalho e de consumo, os recursos naturais e os recursos humanos. O modo de produção e as estruturas de classes de cada lugar têm sido sucessivamente determinados, de fora, por sua incorporação à engrenagem universal do capitalismo.” (GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Trad. Galeno de Freitas, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977. pag.14)

internacional do trabalho mercantilista que legou às colônias ibéricas uma posição secundária, marginal, tendo suas riquezas naturais e humanas sugadas pela máquina do capitalismo metropolitano, não sofrerá uma mudança estrutural no capitalismo industrial. À América Latina continuará a caber uma posição periférica, de exportadora de gêneros agrícolas, com baixo valor agregado e de importadora de produtos industrializados. Some-se a isso a hegemonia regional norte-americana, que no curso do sec. XX, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial se afirmará como uma superpotência global e passará a ocupar de uma forma bem nítida o espaço político, na América Latina, das antigas metrópoles ibéricas.

Esse fenômeno da hegemonia estadunidense, embora se notabilize no pós-Segunda Guerra, em verdade já vem sendo construído no curso do sec. XIX, quando os EUA já são uma potência econômica emergente e com o declínio do império britânico, com o fim da Primeira Guerra Mundial, já se impõem como potência econômica. A Segunda Guerra Mundial vai marcar definitivamente o declínio europeu, já iniciado na Primeira Guerra Mundial, e assinalará a emergência norte-americana como superpotência militar, além de econômica global. Em relação à América Latina, desde o sec. XIX, os EUA já defendem a doutrina Monroe, anunciada pelo presidente estadunidense, James Monroe, em 1823. Bem como a doutrina do “destino manifesto” que elabora razões de ordem teológica para a hegemonia norte-americana no continente. No curso do sec. XX, os EUA, sobretudo no jogo geopolítico da guerra fria, terão na América Latina uma região estratégica (GALEANO, 1977).

As multinacionais, sobretudo estadunidenses, e a tecnologia exercerão função neocolonialista na América latina, cooptando as elites regionais que em troca de um bem estar material, não terão pudor em deixar que se dilapidem as riquezas naturais de seus países e que se aprofunde ainda mais a desigualdade interna, com nítido prejuízo para grupos historicamente subjugados: negros e índios. O caráter predador do capital financeiro especulativo, bem como a ação nefasta, no plano da política interna, de multinacionais ávidas pelo lucro fácil, com nítido prejuízo para o desenvolvimento tecnológico e humano da população local. A ciência e a tecnologia são também formas de poder a serviço de quem as detém, no caso as potências hegemônicas do capitalismo central que através desse expediente continuarão a drenar as riquezas naturais da América Latina para incrementar o mercado de negócios e consumo dos países desenvolvidos, legando à América Latina a destruição ecológica e pobreza econômica que açodarão sua paisagem humana com os traços do subdesenvolvimento.

O fenômeno do subimperialismo²⁰, por sua vez, é um ponto que merece atenção na medida em que os países periféricos tendem a reproduzir o modelo de exploração internacional no âmbito interno, onde regiões como São Paulo, ou a região metropolitana de Buenos Aires e Rosário, na Argentina, ou a Cidade do México, no México, concentram as indústrias e capitais em suas áreas geográficas, ao passo que outras regiões são legadas à miséria e subdesenvolvimento. O dualismo, como no exemplo brasileiro, Norte atrasado, Sul desenvolvido, reproduz o mesmo modelo imperialista do pacto internacional da divisão do trabalho, no âmbito da economia doméstica. O próprio fenômeno da industrialização tardia da América Latina, sobretudo suas três maiores economias, Argentina, Brasil e México, com o crescimento acelerado e desordenado são uma das principais causas do atual quadro de violência endêmica na América Latina, a região mais violenta do mundo, com os maiores índices de homicídio do planeta²¹. Potências regionais como Brasil e México, hoje- uma vez que a Argentina foi, ao longo de sucessivas crises, perdendo o posto de potência regional- reproduzem o imperialismo no plano regional. É notório o caso de bolivianos, paraguaios e mais recentemente haitianos que migram para o Brasil e aqui são vítimas de toda forma de violação de seus direitos humanos, não apenas trabalhistas.

O subimperialismo latino-americano desnuda a fragmentação e divisão interna da América Latina, que longe de ser um todo homogêneo, é uma confederação de interesses conflitantes e que se alimenta de sentimentos e símbolos históricos que não escondem o vivo racismo e sentimento de superioridade de certas regiões e grupos humanos em relação a outros. É essa estrutura de poder de divisão e fragmentação que opera com tanta eficácia na América Latina desde os tempos coloniais

²⁰“Surge a categoria **subimperialismo**, para designar um processo dinâmico do capitalismo nacional, que expande seus capitais sobre as economias vizinhas, porém sob os limites impostos pelo capital monopólico mundial. O conceito de subimperialismo refere-se à necessidade da burguesia dos países dependentes desdobrar sua acumulação para o exterior, ao alcançar um determinado grau de composição orgânica do capital com a industrialização. O subimperialismo produz o movimento ao exterior sem integrar a economia nacional em um mercado de massas, em razão da superexploração, que limita o espaço interno de realização da mais-valia (...) Subimperialismo dá-se pela ação da 'nova dependência', principalmente a dependência tecnológica, pois a burguesia periférica não tem força própria para competir mundialmente. O capitalismo nacional dependente vincula a sua realização crescentemente ao mercado exterior, à medida que o mercado interno é atrofiado e o consumo do Estado é limitado pelo endividamento público. Contudo, apesar de rivalizar parcialmente com o país central, o país sub-imperialista não rompe com a dependência. Serve na prática como plataforma de intermediação de capitais e de mais-valia entre o país central e os países periféricos. Sendo inclusive condição necessária ao sistema mundial imperialista, havendo uma divisão de trabalho entre o país central e os países sub-imperialista.” (Wikipédia)

²¹ “La inseguridad, insiste la ONU, es un reto compartido y un obstáculo para el desarrollo social y económico en todos los países de América Latina. El último informe de desarrollo humano refleja con nuevos datos como el crimen y la violencia impactan en la región. Hay un dato que visualiza la dimensión de un problema en aumento: más de 100.000 asesinatos al año. Es decir, mientras que la región fue un motor del crecimiento mundial, más de un millón de personas murieron asesinadas entre 2000 y 2010. El PNUD denuncia que en más de la mitad de los países analizados la tasa de homicidio aumentó, incluso en los que tienen menores niveles de pobreza. En 11 países se superan los 10 asesinatos por 100.000 habitantes, un nivel 'epidémico’”. (POZZI, Sandro. **Crecimiento y violencia, la paradoja de América Latina**. El País. 12 nov de 2013. http://internacional.elpais.com/internacional/2013/11/12/actualidad/1384281483_057259.html)

até os nossos dias que fez os sonhos dos heróis libertadores da América Latina, sobretudo espanhola, naufragar. De Simón Bolívar a San Martín a América Latina carece de unidade e integração.

No caso brasileiro, é bom frisar que o dualismo Nordeste-Sudeste é explicado historicamente pelo modo que o capitalismo internacional ocupou e colonizou o espaço geográfico e modelou a paisagem antropológica nacional. O Nordeste é fruto do capitalismo comercial, o Sudeste do capitalismo industrial; duas regiões que serviram, em momentos históricos distintos, a interesses de dois momentos marcantes e diversos da evolução do capitalismo eurocêntrico. O Nordeste, a primeira região brasileira a ser colonizada pelo capitalismo europeu, serviu à indústria mercantilista, não por acaso Ariano Suassuna capta em sua obra literária o espírito do Nordeste na Europa ibérica medieval, mesclada a elementos indígenas e africanos (Exemplos notórios são o “Auto da Compadecida”, inspirada no estilo teatral típico da Europa ibérica cristã da transição medieval e o “Romance da pedra do reino”, uma versão nordestina de *Don Quijote* do espanhol Miguel de Cervantes). Com o fim do ciclo mercantilista o Nordeste fica à deriva e no novo ciclo do capitalismo, agora da era industrial, é incorporado pela periferia como uma região satélite, dentro do satélite que é o Brasil. Serão as regiões de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais as contempladas nesse novo ciclo, o Nordeste se reduzirá, nesse novo momento a exportar mão de obra desqualificada. A industrialização do Sudeste no sec. XX irá confirmar essa lógica de que é a ação internacional da expansão do capital que irá determinar os destinos de regiões e povos na América Latina; no Brasil, esse papel de hegemonia interna caberá ao Sudeste, com o declínio do Nordeste, cuja economia, demografia e organização política estavam arraigadas ao terreno abortado de um ciclo da expansão capitalista já superado: o mercantilismo.

O último quarto do sec. XX e início do XXI é marcado por mudanças no plano geopolítico, os EUA desde os anos 90 concentraram sua política externa no Oriente Médio, com as Guerras do Iraque e Afeganistão. Dos anos 2000 para cá a América Latina tem assistido à invasão de um outro domínio imperialista: o chinês, que vem aos poucos fincando seus tentáculos na vida econômica e institucional latino-americana. A América Latina de hoje não é mais dominada por regimes militares de direita como na época em que Galeano, com méritos, pensou e interpretou as causas do subdesenvolvimento latino-americano, anos 70; mas sim, hoje, tem sua paisagem humana e política marcada por governos civis, muitos de esquerda, que têm no discurso anti-imperialista, como o das “Veias Abertas da América Latina”, seu mantra político. Regimes como o de Chávez e Maduro na Venezuela, Morales na Bolívia, Correa no Equador, Kirchner na Argentina e o petismo brasileiro de Lula e Dilma Rousseff, têm no anti-imperialismo seu inimigo político como forma de fixarem sua

estratégia de hegemonia política interna que termina por redundar, em alguns desses casos, em um entrave para o desenvolvimento do regime democrático e como subterfúgio para a violação de direitos humanos. Se o discurso anti-imperialista tem o poder de denunciar aquilo que a globalização tem de neocolonial, por sua vez ele também serve ou pode servir para que regimes civis e de esquerda adquiram um viés populista e inviabilizem o desenvolvimento de sociedades democráticas que contemplem as liberdades civis. Exemplos expressivos desse fenômeno são a ditadura chavista com seu viés populista na Venezuela que mesmo com a morte de Chávez, teve continuidade através de Maduro, lançando a sociedade venezuelana em uma grave crise humanitária; na Argentina a família Kirchner encontra-se envolvida em escândalos de corrupção, mesma situação recai sobre a cúpula petista que teve vários de seus ícones políticos condenados nos episódios conhecidos como Mensalão e Petrolão. Fatos mais recentes como a não sucessão dos Kirchner na Argentina e o Impeachment de Dilma no Brasil assinalam para o fim do ciclo populista de esquerda na América Latina.

3.3. A fragilidade da democracia latino-americana

A democracia é o conceito central da experiência política nas sociedades ocidentais modernas. O conceito de democracia, como sabido, nasce no mundo antigo, mais especificamente na Grécia antiga e encerra em si uma ideia essencialmente anti-aristocrática, Clístenes será o artífice político da democracia ateniense ao liderar uma revolta popular contra a hegemonia da aristocracia em Atenas. A novidade introduzida por Clístenes, na experiência política ocidental, residirá exatamente na ruptura com o modelo político até então dominante na história de sociedades regidas por uma elite política. A democracia encerra em seu âmago uma ideia antielitista do modo de fazer política. Em verdade de Clístenes, o fundador, a Péricles, no período áureo no sec. V a.c., até o colapso da democracia no sec. IV, a experiência democrática grega, sobretudo ateniense, dura em torno de 250 anos, experiência breve quando comparada com a história anterior e a que lhe sucede em matéria de formas e modos de organização política. Mesmo em Atenas, comumente chamada de “berço da democracia”, o que se tinha, em verdade, era uma aristocracia onde os homens livres deliberavam sobre os negócios políticos da *polis*, a ideia de antielitismo das decisões políticas estava restrita à classe dos homens livres que constituíam a ampla minoria de uma sociedade escravocrata, escravos e estrangeiros que constituíam, segundo os historiadores, cerca de 90% da população de Atenas, estavam excluídos da vida pública (CANFORA, 2015).

A democracia que os gregos legaram aos modernos reside mais em uma ideia do que uma prática efetiva, inviabilizada por uma circunstância história onde o baixo rendimento da tecnologia

não permitia a emancipação do homem da prática escravista dos meios de produção.²² A democracia que as sociedades ocidentais modernas advogarão, sobretudo em meados do sec. XVIII, será uma invenção estadunidense. Coube às treze colônias inglesas da América a invenção da democracia representativa em seu processo de ruptura e independência da metrópole inglesa. A ideia de democracia representativa era completamente desconhecida entre os gregos antigos. Até Montesquieu se acreditava completamente impossível uma república democrática em uma grande extensão territorial.²³ No processo de independência das treze colônias inglesas da América a discussão entre federalistas e antifederalistas deu o tom e serviu como útero para a gestação da nova engenharia e arquitetura política que matizaria a experiência política das sociedades ocidentais modernas. As ex-colônias inglesas não adquirem de imediato a forma de um Estado, elas formam uma confederação onde cada Estado conserva sua soberania. No embate entre federalistas e antifederalistas é que emerge a Constituição dos EUA, de 1776, que surge, primeiramente, como tratado internacional, pois firmada entre Estados soberanos que aderiram à uma confederação com direito de secessão. Somente com a ratificação desse tratado por nove das treze ex-colônias, é que o tratado se converteu na Constituição do Estado norte-americano que deixou de ser uma confederação de Estados soberanos para se converter em um Estado federal com unidades autônomas, onde a soberania seria, agora, monopólio da União. Assim a Constituição estadunidense nasceu como um tratado internacional para depois transmudar-se em Constituição nacional²⁴. A grande revolução trazida pela Constituição norte-americana residiu na criação da forma federativa de Estado, o primeiro da história, invenção não de teóricos mas do espírito prático e experiência

²²“Bem antes que reaparecesse a Constituição de Atenas, de Aristóteles, Alexis de Tocqueville formulara a definição mais antirretórica, em essência verídica e levemente irônica, do 'sistema' ateniense. Ele partia apenas do dado demográfico: 'Todos os cidadãos participavam dos assuntos públicos, mas eram apenas 20 mil cidadãos em mais de 350 mil habitantes: todos os outros eram escravos e executavam a maior parte dos ofícios e serviços que, em nossa época, cabem ao povo e às classes médias.' É provável que esse quadro se funde em outro tipo de fonte, e não na colocação de Schifac Leone. Tem como base a informação de Ateneu sobre o censo ateniense realizado na época de Demétrio de Falero (316-06 a. C.), talvez filtrada por Hume ou mesmo pelas aulas de Volney na École Normale. Tocqueville deduz: 'Atenas, portanto, com seu *suffrage universel*, não passava, no fundo [*après tout*], de uma república aristocrática onde todos os nobres tinham um direito igual ao governo.'” (CANFORA, Luciano. **O mundo de Atenas**. Trad. Federico Carotti.- 1. ed.- São Paulo: Companhia das Letras, 2015). pag.45)

²³ “The error which limits republican government to a narrow district has been unfolded and refuted in preceding papers. I remark here only that it seems to owe its rise and prevalence chiefly to the confounding of a republic with a democracy, applying to the former reasonings drawn from the nature of the later. The true distinction between these forms was also adverted to on a former occasion. It is, that in a democracy the people meet and exercise the government in person; in a republic, they assemble and administer it by their representatives and agents. A democracy, consequently, will be confined to a small spot. A republic may be extended over a large region.” (MILL, John Stuart. **American State Papers/The Federalist**. The University of Chicago, by Encyclopedia Britannica, 1952. pag.60)

²⁴“Após a independência, os Estados se agruparam numa confederação. Efetivamente, o Congresso submeteu em 1777 aos Estados um tratado de união perpétua. Destarte, em 1781, os treze Estados celebraram o tratado que ficou conhecido como Artigos da Confederação. Neste tratado, declara-se que cada Estado conserva a soberania, a liberdade e a independência, bem como o poder, a jurisdição e os direitos que não tivessem sido legados expressamente pelos Estados à Confederação (...) O congresso aprovou a Constituição e submeteu-a à ratificação dos Estados. Ela entraria em vigor, conforme reza o artigo VII, se pelo menos nove Estados a ratificassem, eliminando, dessa forma, o obstáculo da unanimidade do consentimento, como determinavam os Artigos da Confederação.” (SORTO, Fredys Orlando. **O Federalista e a Constituição dos Estados Unidos**. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 82, jan./1996. pags. 135-137)

concreta dos *founding fathers* estadunidenses. Além da forma federada de Estado, houve a criação da democracia representativa, ideia central da experiência política ocidental moderna e que, como ressaltado, era completamente desconhecida no mundo antigo. A ideia de uma república democrática em um território de grandes proporções geográficas de uma impossibilidade teórica até Montesquieu (que na obra “O espírito das leis” defendeu só ser possível a república em pequenos Estados), demonstrou-se uma realidade possível através do espírito pragmático de Jefferson, Washington e Madison, os federalistas saíram vencedores e a grande extensão territorial dos Estados Unidos aliada à pluralidade de interesses se mostrou favorável à unidade nacional e um obstáculo razoável contra o facciosismo que no máximo poderia contaminar regiões mas dificilmente toda a extensão continental da nova nação americana.

Se na América anglo-saxônica a democracia foi formulada e encontrou solo institucional favorável, na América Latina a experiência democrática foi algo ignorado durante boa parte de sua história, chegando ao ponto de Thomas Jefferson, um dos *founding fathers* estadunidenses e seu terceiro presidente, afirmar que ela seria completamente impossível na América Latina, pois constituída de povos não afeitos à liberdade. Se o vaticínio de Jefferson é contestável do ponto de vista filosófico, no plano da prática política e institucional ele se revelou verídico até o último quarto do sec. XX. Não se podendo falar que a democracia seja o paradigma político da organização institucional latino-americana, mesmo na era dos Estados nacionais inaugurada no sec. XIX na América Espanhola e Portuguesa. No curso do sec. XX assistir-se-á a uma sucessão de regimes de exceção seja de direita de perfil militarista ou de esquerda de viés populista que se sucedem com tênues intervalos de democracia formal.

3.4. O significado de direita e esquerda na América Latina

No contexto da Revolução Francesa emergiram as categorias políticas de “direita” e “esquerda” que norteiam o discurso político ocidental. O primeiro grande marcador teórico, entre essas duas categorias, que tenta dar inteligibilidade ao complexo fenômeno político, decorre do debate entre Edmund Burke e Thomas Paine. Edmund Burke, político e filósofo de origem irlandesa fez sérias críticas à “Revolução em França”, sendo um teórico de referência da direita conservadora; Thomas Paine, um dos *founding fathers* norte-americanos, foi um entusiasta da Revolução Francesa e defensor da democracia em uma época em que democracia era sinônimo de “revolução” e ruptura institucional (BURKE, 1982). Os conceitos políticos de “direita” e “esquerda” dentro da experiência europeia e estadunidense têm significados próprios. A direita basicamente advoga a crença que a liberdade econômica- o liberalismo econômico- com a liberdade de mercado seria a

pedra de toque para a criação de uma sociedade justa; a esquerda tem na igualdade um valor central, o que a esquerda deseja é a criação de uma sociedade mais igual e justa, ainda que se tenha que sacrificar a liberdade em algum grau. A direita por acreditar na liberdade e não na igualdade para se construir um “mundo melhor”, defende um Estado-mínimo, que não intervenha no “mercado” e que se atenha à suas funções básicas: saúde, segurança e educação. O resto cabe aos indivíduos conquistar pelo seu esforço em um mercado livre. A esquerda é cética quanto à tese de que o mercado livre e o mérito pessoal produzam uma sociedade justa, a esquerda venera a igualdade e não a liberdade, para a esquerda o Estado não só pode como deve intervir para evitar as distorções do capitalismo. A esquerda não quer um Estado liberal mínimo, mas um Estado de bem-estar social que crie uma rede de proteção social, que promova inclusão e igualdade entre as pessoas.

Esses são os conceitos “clássicos” de direita e esquerda sobretudo europeus. Quando se chega à América Latina esses conceitos ganham outros significados, na América Latina “direita” e “esquerda” são categorias políticas com significados diversos do significado clássico da experiência europeia e norte-americana. No Brasil esses conceitos foram totalmente esvaziados e raciocinar com as categorias clássicas da filosofia política tem o perigo de distorcer ou não compreender o fenômeno político brasileiro. A começar pelo significado de “esquerda” na América Latina e no Brasil. A esquerda latino-americana é antes de tudo nacionalista e anti-americana (anti-imperialista) a ideologia política de esquerda na Europa nasce e é internacionalista, basta recordar o marxismo e a Primeira Internacional de 1864 em Londres. A esquerda latino-americana é nacionalista e, em geral, de tendência autoritária, não acreditando efetivamente no pluralismo político, pois a liberdade política não lhe é um valor caro, mas sim a igualdade social. A esquerda europeia quer igualdade econômica, mas sabe o valor da liberdade política, pois ao longo do sec. XX aprendeu, com o socialismo real, que sem liberdade política não existe justiça social. A esquerda latino-americana não aprendeu essa lição, influenciada pela experiência cubana, advoga um estatismo econômico e anti-imperialista, por vezes delirante e raivoso. A direita latino-americana, por sua vez, não existe, não no sentido clássico do termo. Uma direita liberal e democrática que defenda um Estado-mínimo e não intervencionista, que tenha na liberdade econômica sua pedra de toque é algo inexistente na experiência política latino-americana. O que se chama de direita na América Latina e no Brasil são, em verdade, partidos que expressam a vontade política das oligarquias regionais. O que direita e esquerda, sobretudo no Brasil, têm em comum é a crença em um capitalismo de Estado. Tanto a chamada direita latino-americana quanto as “esquerdas” têm no Estado uma via compulsória do capitalismo, o que torna o Estado, enquanto máquina e aparelho político, o conceito central tanto da direita quanto da esquerda na América Latina (COLLETON, 2011).

Nesse contexto da história social latino-americana onde a democracia é uma experiência tênue e formal e onde as categorias políticas de esquerda e direita possuem um significado próprio na região, a experiência dos Estados de Exceção, na América Latina nos anos 60 e 70, não é um acidente histórico, mas antes o desenvolvimento de um processo mais amplo e global, a América Latina não pode ser pensada fora do contexto do desenvolvimento e expansão do capitalismo ocidental. Se a noção de Estado de Direito surge na Europa mercantilista como reação ao Estado Absolutista, essa contínua tensão não será superada em um só ato. A própria Revolução Francesa, símbolo maior da emergência dessa consciência histórica de reconhecimento político do indivíduo, de sua dignidade e dos direitos universais do homem, já carregava em si os germes do terror, com a guilhotina que pôs fim não apenas ao modelo medieval da sociedade aristocrática de corte, mas também espalhou o terror fundada em uma lógica contraditória que procurou assegurar a liberdade da Revolução pelo terrorismo e o assassinato levado a cabo pelos Jacobinos liderados por Robespierre. O mesmo terror foi usado na Revolução Russa para assegurar a igualdade, nos *gulags* soviéticos da era stalinista; ou nos campos de extermínio nazistas para assegurar a pureza da raça, no sec. XX. Os mesmos revolucionários franceses que defendiam a liberdade, igualdade e fraternidade para o terceiro estado francês, mantiveram a escravidão em suas colônias (BAGGIO, 2008). O Estado de Direito no Ocidente é fruto da Modernidade, do Iluminismo, mas sofre também um contínuo processo de regressos e tensões no seio dos Estados centrais do modelo econômico, político e cultural do mundo ocidental. Os fatos mais marcantes dos últimos duzentos e cinquenta anos de história revelam antes uma contínua tensão entre o Estado de Direito, seu ideal de universalização dos direitos humanos, e o Estado de Exceção, não mais fundado no poder de soberania de um rei, mas expresso em outras formas de autoritarismo e personalismo que negam a pluralidade e diversidade humanas, o reconhecimento de suas identidades e dignidade. Um modelo de exceção que no sec. XX até os nossos dias se transmutará e adquirirá a forma, biopolítica, expressa no Totalitarismo Nazista ou Soviético e que na América Latina terá contornos específicos.

José Gaspar Rodríguez de Francia, teólogo, advogado e político paraguaio é um exemplo das especificidades da experiência dos Estados de Exceções latino-americanos. Dr. Francia foi o fundador da primeira República da América do Sul, teólogo de formação, desenvolve um trabalho de catequização de povos indígenas no Paraguai. Em 1811, tem papel determinante na independência do Paraguai. Dr. Francia, advogado e doutor em teologia na Universidade de Córdoba de Tucumán, que em sua juventude defendia ideais democrático-liberais e anti-clericais, o que irá lhe render posteriormente sua excomunhão, converter-se-á no protótipo do ditador latino-americano, mandando assassinar seus inimigos políticos ou encarcerá-los. O Paraguai passa, sob o comando autocrático do Dr. Francia, por um processo de isolamento e forte sentimento nacionalista

que leva à definição de suas fronteiras, para isso extingue o serviço de correios, fecha a igreja, jornais, acaba com o ensino superior, terminando por eliminar qualquer forma de oposição política. Dr. Francia, apoiado por setores campesino populares, reprimiu econômica e politicamente o partido dos proprietários *criollos*, criou uma polícia secreta e mandou exterminar todos os cachorros (perros) do país, exigindo dos paraguaios, que o encontrassem pela rua, que o cumprimentassem levando a mão à aba do sombreiro- ficou conhecido entre os Guaranis como “Karaí Guazú”, o Grande Senhor.

Esse histórico latino-americano de alheamento à liberdade democrática e pluralismo político ganha especificidades e inúmeros capítulos ao longo do sec. XX. A história da democracia e dos direitos humanos na América Latina é a história de sua contínua violação, o Estado de direito, quando existe formalmente, é vasado por espaços políticos de exceção e no mais, vive-se uma contínua sucessão entre regimes autoritários de direita ou esquerda, como ressaltado.

Exemplificativas desse quadro interpretativo são a Revolução cubana e o Golpe de Estado chileno que depôs o presidente Salvador Allende. A Revolução cubana ocorre em meados do sec. XX, em 1959, quando um grupo de guerrilheiros liderados por Fidel Castro depõem o presidente cubano Fulgencio Batista. A história de Cuba até então era a história comum a toda a América espanhola, Cuba era até Fulgencio Batista basicamente dependente da cultura do tabaco, portanto uma economia dependente de gêneros agrícolas, cuja população majoritariamente negra era dominada e explorada por uma elite branca que tinha íntimas ligações com os EUA, a imensa maioria da população cubana era analfabeta. Se a Revolução cubana liderada pelos irmãos Fidel e Raúl Castro, com a participação emblemática do médico revolucionário argentino Ernesto Che Guevara, trouxe melhoras no campo social, econômico e cultural, por sua vez o contexto internacional da guerra fria, levou Cuba, sob a batuta de Castro à mais longa ditadura do sec. XX, com um inegável prejuízo político para a sociedade civil cubana. A Revolução cubana debelou o analfabetismo, os problemas crônicos de medicina social mas ao mesmo tempo eliminou qualquer forma de pluralismo político e oposição em Cuba, o país mais fechado de toda a América Latina. Por sua vez, no início dos anos 70, Salvador Allende foi o primeiro presidente socialista democraticamente eleito na história. A experiência de uma democracia socialista no Chile teria uma curta duração, sendo quebrada por um golpe de Estado perpetrado por militares de direita. Ambas experiências, a cubana e chilena, dão uma demonstração de que essa contínua tensão entre Estado de Direito versus Estado de Exceção marca o cenário político, social e cultural latino-americano. Não sendo nem de longe os únicos, mas dois exemplos claros de que uma revolução socialista como a cubana pode em pouco tempo se tornar uma aberração política autoritária; ou ainda, uma

democracia socialista pode ter suas “assas partidas” por uma conspiração militarista de direita com apoio logístico e econômico de potências internacionais, uma reação conservadora diante de reformas políticas e estruturais que ousam romper com séculos de opressão. O golpe de Estado chileno perpetrado por Pinochet foi um dos mais sangrentos do continente, com flagrantes violações de direitos humanos. Fidel Castro que dá um golpe de Estado e protagoniza a ditadura mais longa da história recente passou, após cinquenta anos, o poder para o seu irmão, Raúl Castro, e vive agora o outono do patriarca da Revolução cubana. Pinochet, o general conservador que derruba a experiência democrático-socialista chilena que leva à morte de Salvador Allende, praticando crimes contra a humanidade, morre sem nunca ter sido responsabilizado por seus atos. A Cuba de Fidel e o Chile de Pinochet são desdobramentos de uma história social latino-americana que guarda parentesco com Dr. Francia e a República Paraguai do sec. XIX, onde não existe espaço para o pluralismo político e a crítica democrática livre.

3.5. Uma teoria latino-americana dos direitos humanos

Em 1492, quando formalmente se inicia a história da América, uma história que os europeus chamam de “descoberta” e “Novo Mundo”, quando a história dos povos autóctones já contava milhares de anos; o que se tem é o choque de duas civilizações, onde a assimetria tecnológica entre elas determinará o início do genocídio da civilização autóctone e a expansão dos povos invasores. O encontro entre o europeu ibérico, seja em 1492 na América espanhola, seja em 1500 na América portuguesa, com os povos nativos marca o início do choque civilizatório que irá resultar em algo novo no plano da antropologia cultural, embate que se deu no nível bacteriológico e imunológico dos seus corpos até o choque de valores religiosos e espirituais de culturas fundamentalmente distintas que ambos portavam em seus corpos e mentes (ZAFFARONI, 1989).

O conceito de direitos humanos é uma criação da cultura e civilização ocidental, é um conceito fundamentalmente da era moderna, nascido com os Estados territoriais e a transformação do direito natural de um direito objetivo na antiguidade, em subjetivo na modernidade. Segundo Michel Villey o conceito de direitos humanos é fruto de uma interpretação equivocada do direito romano feita por teólogos, em referência aos escolásticos de Salamanca e ao franciscano Guilherme de Ockham (VILLEY, 2007). Se no direito romano a noção de direito estava vinculada à normatização das relações entre os sujeitos para regular o funcionamento da cidade-estado, na transição da Idade Média para a moderna, por influência do cristianismo, o sujeito e não mais a relação e o ordenamento da cidade passa a ser a fonte do direito, o direito passa a residir na dignidade desse sujeito e o direito natural de caráter social e objetivo, adquire um caráter individual e subjetivo.

Nesse cenário o conceito de *dominium* como propriedade exerce um papel fundamental no processo de antropologização do direito, pois será exatamente a ideia da propriedade como direito natural a chave que marcará o início da era moderna com a passagem da economia da esfera da vida privada para a pública, com o surgimento do mercantilismo. A discussão, em torno da escravidão natural do índio, entre Batolomé de las Casas e Juan de Sepúlveda é um dos momentos nesse processo de subjetivação dos direitos que resultará na teoria dos direitos subjetivos no sec. XVII. A oposição do religioso espanhol à escravização dos povos indígenas, o reconhecimento de direitos a esses povos originários marca também uma ruptura importante com a ideia de um direito de base cosmo-teológico, não havendo uma escravidão natural e povos originariamente destinados à escravidão. Em Bartolomé residem as sementes dos direitos subjetivos, sobretudo o direito subjetivo à liberdade e a noção de dignidade intrínseca ao indivíduo, algo ignorado pelo direito natural antigo (TOSI, 2005). Se as raízes da teoria dos direitos subjetivos modernos podem ser vislumbradas em Las Casas, por sua vez essa percepção não foi clara e integral como possa parecer em uma interpretação retrospectiva, a defesa dos povos indígenas pelo religioso espanhol se deu no contexto de um instituto medieval usado nas cruzadas, a “encomienda”²⁵, onde El Rey de España permitia que os conquistadores não escravizassem os conquistados, desde que os convertessem ao cristianismo e recolhessem impostos para a coroa espanhola. Na prática o instituto da “encomienda” não impediu o genocídio dos povos indígenas na América Latina, que em tese eram livres. Foi justamente contra esse instituto que Las Casas lutou, sem êxito, durante toda a sua vida.

O choque entre as civilizações europeias e ameríndias é o primeiro capítulo desse processo de modelação de uma nova forma de organização civilizatória, as Américas são frutos da expansão do mercantilismo europeu. O que entendemos por América Latina é o reverso dessa expansão, o choque entre europeus e índios o primeiro ângulo dessa experiência periférica que marca a noção dos direitos humanos na América Latina. Se se pode falar em direitos humanos na América Latina eles se dão pela perspectiva *ex parte populi*, por uma perspectiva periférica dos povos oprimidos pela expansão do capitalismo comercial que não foi inventado no “Novo Mundo” mas implantado nele, modelando-o. Essa perspectiva *ex parte populi* da experiência latino-americana dos direitos

²⁵“A **encomienda**, originalmente aplicada na região das Antilhas em 1503, com posterior projeção em outras porções da América espanhola, constando nos registros legislativos coloniais até o século XVIII, foi uma instituição jurídica imposta pela coroa com vistas a regular o recolhimento de tributos e circunscrever a exploração do trabalho indígena. Estabelecida a partir de um arranjo contratual, caracteriza-se pela submissão de um número variável de indígenas “pagadores de impostos” a um encomendero, – inicialmente os mais notáveis soldados espanhóis nas guerras de conquista – responsável por viabilizar sua incorporação aos moldes culturais, econômicos e sociais europeus. No âmbito da circunscrição territorial, a encomienda não é uma concessão de terras, mas uma concessão de recolhimento de tributos. Diferentemente do que ocorre com a escravidão, não é perpétua nem transmitida hereditariamente, já que os nativos, ao menos juridicamente, foram tomados não por propriedade, mas por homens livres, embora seja possível uma aproximação entre ambas, dado que são expressões da forma de trabalho compulsório.” (Wikipédia)

humanos fica bem nítida desde Bartolomé de las Casas a Túpac Amaru II. Mas esse é apenas um dos capítulos dessa história, um outro igualmente relevante é responsável pela maior migração forçada que se tem notícia na história. Não foram as guerras, as epidemias ou a fome generalizada que produziram a maior migração forçada da história, foi o mercantilismo e a busca de riqueza como ideal da era moderna. Os povos africanos trasladados para o continente americano constituem esse outro capítulo fundamental nessa experiência latino-americana dos direitos humanos. Dos navios negreiros do Golfo do Benin até a Revolução haitiana no sec. XVIII os povos africanos constituíram-se na principal força de trabalho a mover as engrenagens do mercantilismo europeu na periferia do mundo capitalista. Se em Bartolomé de las Casas podemos vislumbrar a ruptura com o direito natural objetivo e o início da subjetivação dos direitos; com a escravidão moderna dos povos africanos, por sua vez, podemos visualizar a face racista da biopolítica. A escravidão moderna distinguir-se-á da antiga por ser uma escravidão de recorte racial, e isso não se dará por acaso, é que na modernidade a política se converte em biopolítica, a ideia que norteou a antiguidade clássica e o mundo medieval de uma política regida pela ética, tendo no ideal de uma vida virtuosa o seu fim, será rompida no Renascimento italiano quando o ideal da *vita contemplativa* aristotélica for substituído pelo ideal de *vita activa*. A política não mais se regerá pela busca do “bem comum”, mas pelo ideal de riqueza e de seu acúmulo. A política se converterá em biopolítica com a hegemonia da categoria da *vita activa* na esfera pública e com a valorização do trabalho que passará de uma atividade desprezada no mundo antigo, para o ideal de virtude moderna, com o seu ingresso da esfera pública: a esfera da visibilidade e da memória coletiva (ARENDT, 2005). Essa transformação na economia que sai da invisibilidade da vida privada e doméstica para a visibilidade da esfera pública marca o nascimento do *homo economicus* moderno, a biopolítica transformará a escravidão de um instituto que libertava o homem do fardo do trabalho - na medida em que existia a escravidão natural e os povos naturalmente servis - em escravidão biopolítica de recorte racial e a serviço da lucratividade do comércio de escravos. A escravidão biopolítica será uma escravidão a serviço do lucro e não, como no mundo antigo, a serviço da emancipação do fardo do trabalho pelos homens livres, o único meio de que dispunham para a sua humanização no espaço público da *polis*.

A centralidade do trabalho na ética moderna que transforma a economia de doméstica, reclusa à esfera privada, em economia política, com seu ingresso na esfera pública, tem o poder, por sua vez, de esvaziar a esfera pública de sua unidade moral, unidade que deixa de gozar de um consenso em torno do que é virtuoso ou do que seja o “bem comum”. A política como atividade humana se encontra sua autonomia no realismo político maquiaveliano nesse período, emancipando-se da ética, por sua vez passará a ter na economia uma categoria central. O espaço público esvaziado de sua unidade e consenso ético, terá na riqueza e no seu acúmulo seu novo ideal na era mercantilista.

Aos poucos o *homo economicus* vai se desenhando no horizonte, abandonando preocupações de ordem teológica e social e adquirindo cada vez mais um caráter antropocêntrico e individual. Nesse delineamento do homem moderno a categoria do trabalho é central, a economia se dá como economia política e não mais doméstica; por isso, a política adquire esse caráter biopolítico, pois centrada na vida que se revela como trabalho. Por sua vez será revelado na percepção de que a “força de trabalho” é a fonte da riqueza, riqueza agora fundamentalmente econômica e material. John Locke, Adam Smith e Karl Marx apontam com seus estudos esse caráter biopolítico do homem moderno, sobretudo por evidenciarem que o trabalho é a fonte da transformação da natureza em bens econômicos. Se na linha de Locke, Smith e Marx a política é biopolítica na era moderna, pois o trabalho passa a ser a categoria central da esfera pública²⁶. Essa biopolítica iniciada na era mercantilista, na medida em que ela substitui a virtude ética pela busca e acúmulo de riquezas, também produz o reverso da moeda na periferia do mundo capitalista. A biopolítica moderna produz também a espoliação, a miséria e o subdesenvolvimento. A biopolítica latino-americana não é centralizada na categoria do trabalho como natalidade, mas na categoria da opressão como mortandade. O mercantilismo na era colonial e o capitalismo industrial tardio na América Latina são verdadeiros moinhos de moer gente. A escravidão que vigorou por trezentos anos nas Américas não foi uma invenção dos povos originários, o racismo biopolítico também não, se a biopolítica da era moderna produziu riqueza e exaltou a vida, ela, em seu rastro de entronização da economia política nos países centrais do capitalismo, por sua vez, modelou uma paisagem marcada pela pobreza e opressão na América Latina. A biopolítica que exalta a vida através do acúmulo de riqueza e da centralidade do trabalho é a mesma que produz o subdesenvolvimento, a pobreza e a morte na periferia do seu processo de expansão e reprodução. É nessa perspectiva que pode ser pensado o conceito de direitos humanos na América Latina, por um ângulo, uma quadratura hermenêutica de povos que têm uma experiência periférica dos direitos humanos, fundamentalmente pela via da opressão, na condição de povos que não ficaram com a face vital e portentosa da biopolítica moderna, mas daqueles que arcaram com o vazio e pobreza da ausência dessa riqueza drenada para outras geografias e latitudes.

Se o capitalismo tem em Marx um dos seus intérpretes mais agudos e notórios, não só por identificar na força de trabalho (*Arbeitskraft*) sua categoria basilar, mas também por identificar as contradições do desenvolvimento da dialética entre capital e trabalho, será nas pegadas de Karl

²⁶“A súbita e espetacular promoção do labor, da mais humilde e desprezível posição à mais alta categoria, como a mais estimada de todas as atividades humanas, começou quando Locke descobriu que o labour é a fonte de toda a propriedade; prosseguiu quando Adam Smith afirmou que esse mesmo labour era a fonte de toda riqueza; e atingiu o clímax no ‘system of labor’ de Marx, no qual o labor passou a ser a origem de toda produtividade e a expressão da própria humanidade.” (ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer-10. Ed.- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. Pag.113)

Marx e do seu conceito de alienação do trabalho- um conceito que tem implicações éticas, além da evidente natureza econômica- que nos anos setenta do sec. XX a América Latina produzirá, talvez, sua efetiva contribuição teórica e prática para a tradição ocidental dos direitos humanos através da “Filosofia da libertação” que pensará a filosofia a partir da realidade de opressão latinoamericana (RUFINO, 1999). A filosofia da libertação coloca no centro da especulação filosófica, uma importante tradição do pensar ocidental, a categoria da opressão como questão ética fundamental (DUSSEL, 1995).

Assim como Karl Marx pensou o capitalismo do sec. XIX nos países centrais, sua contradição e a opressão e pobreza de uma classe social: o proletariado; a filosofia da libertação latino-americana, no sec. XX, irá pensar o capitalismo também de uma perspectiva *ex parte populi*, só que não restrito à luta de classes nos países centrais do capitalismo como o fez Marx, mas na perspectiva dos povos oprimidos da periferia do capitalismo. A filosofia da libertação também é uma *praxis* e como ação transformadora ela adquire em suas várias expressões na América Latina outras denominações, como a “teologia da libertação” no seio da cristandade latino-americana ou a “pedagogia do oprimido” em Paulo Freire. Se a biopolítica moderna, a que os direitos humanos estão atrelados, produziu a pobreza e o subdesenvolvimento na América Latina, a experiência periférica dos povos latino-americanos só poderia contribuir com o discurso dos direitos humanos partindo da categoria do oprimido, através da “ética da libertação” como a formulada por Enrique Dussel que parte da realidade de opressão histórica gerada pela expansão do capitalismo na América Latina. A ética é, em verdade, a questão central que também anima Karl Marx a elaborar sua teoria econômica e crítica do capitalismo. A “ética da libertação” de Enrique Dussel visa à libertação dos povos oprimidos da América Latina, partindo da realidade histórica da pobreza e do subdesenvolvimento que inundam a paisagem latina no continente, uma libertação que tem na categoria da opressão uma realidade ontologicamente constituída que clama por sua superação histórica e que devolva esses povos a um caminho ético e existencial condizente com o núcleo do conceito de direitos humanos, uma ética da dignidade que torne o homem emancipado de toda e qualquer forma de opressão.

3.6. A contribuição latino-americana para o Direito Internacional

Se a história dos direitos humanos na América Latina é uma história de sua sistemática negação, onde a categoria da opressão e exclusão ocupam uma posição central; a experiência dos povos latino-americanos aporta, sob essa quadratura periférica, conceitos, princípios e valores que têm inovado o campo do direito das gentes. Os problemas latino-americanos de crônica desigualdade social, violência, marginalização de grupos étnicos, assimetrias regionais, permite, por sua vez,

visualizar a necessidade regional de construção de um novo *jus gentium*, em que as condições de vida de todas as pessoas de todos os lugares possa ocupar a posição central, onde essa nova razão de humanidade possa primar sobre a vetusta razão de Estado.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem sua origem histórica com a Carta de Bogotá de 1948 (Carta da Organização dos Estados-Americanos), aprovada na 9ª Conferência Interamericana, ocasião em que também foi publicada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. A Declaração Americana juntamente com a Carta de Bogotá constituem a base normativa de proteção do sistema interamericano que antecede a Convenção Americana (Pacto de San José) e que incide principalmente sobre os Estados não-parte da Convenção. O Pacto de San José (1969), por sua vez, é o principal instrumento normativo de proteção dos direitos humanos do sistema interamericano, ao qual se agrega o protocolo de San Salvador, protocolo adicional que versa sobre direitos sociais, econômicos e culturais, não contemplados no Pacto de San José, este último que guarda estreita influência do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU de 1966.

Antes mesmo da formação do sistema interamericano, o direito das gentes na América Latina construiu uma experiência própria, o princípio da proibição do uso da força nas relações internacionais já era advogado na região em 1907, expresso pelos juristas latino-americanos na II Conferência de Paz de Haia, quatro décadas antes de sua adoção pela Carta da ONU de 1945, em ruptura com uma longa tradição do direito internacional que tinha na guerra um modo legítimo de solução de conflitos internacionais. O jurista argentino Luis María Drago formulou, em 1902, o princípio da igualdade jurídica entre os Estados, negando, com isso, o unilateralismo (hoje novamente em voga) de alguns Estados europeus. Isidro Fabela, jurista mexicano, retomando o pensamento de Luis Drago, ponderou que sem igualdade jurídica entre os Estados, o direito internacional simplesmente se revelaria inviável. Nessa linha de igualdade jurídica entre os Estados, inscreve-se a doutrina Calvo, formulada pelo jurista argentino Carlos Calvo, que basicamente advoga a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros sob a única jurisdição do Estado onde vivem, afastando, com isso, a intervenção de Estados militar e economicamente mais poderosos nos mais débeis. A cláusula Calvo passou a ser inserida nas convenções internacionais, consistindo na ausência de proteção diplomática e insistência na solução não violenta dos conflitos, sob a jurisdição isonômica do lugar onde o estrangeiro efetivamente vive.²⁷(TRINDADE, 2003)

²⁷ “La influyente doctrina del otro publicista argentino, Carlos Calvo, expuesta en su obra *Le Droit international théorique et pratique* (Paris, 1896), se basó en el principio fundamental de la igualdad entre nacionales y extranjeros. La doctrina de Calvo generó la práctica de la inserción en contratos internacionales de la llamada cláusula Calvo, de renuncia a la protección diplomática (para evitar la intervención) y de insistencia en una solución pacífica de la controversia bajo la jurisdicción del Estado receptor (previo agotamiento de los recursos internos). Vistas desde una perspectiva histórica, la doctrina y la cláusula Calvo pretendieron sostener o restablecer el principio de la igualdad

No cenário atual das relações internacionais em que a velha doutrina da Guerra Justa, travestida de nova roupagem como Doutrina de ataque preventivo é retomada, cabe lembrar o aporte doutrinário latino-americano para o Direito Internacional. Segundo o jurista uruguaio Eduardo Jiménez de Aréchaga, o princípio da proibição da ameaça e uso da força é um dos pilares básicos das relações internacionais na perspectiva latino-americana. O jurista brasileiro Ruy Barbosa, no transcurso da Primeira Grande Guerra (1914-1918), sentenciava que o militarismo era a mais grave enfermidade moral de sua época, que ou a humanidade colocava um freio à guerra ou ter-se-ia que negar a civilização.

O particularismo da experiência latino-americana não tem o efeito de negar o universalismo insito ao direito das gentes. O jurista venezuelano Andrés Bello, acertadamente apontou que América e Europa pertencem a uma família comum de nações, compartilhando um mesmo substrato de valores jurídicos na composição da sociedade internacional. Alejandro Álvarez, jurista chileno e juiz da Corte Internacional de Justiça, defendia na linha universalista um “direito de solidariedade continental” e o jurista brasileiro Clóvis Bevilacqua assinalava, no começo do sec. XX, a insuficiência da soberania para fundamentar as relações internacionais. O ordenamento jurídico internacional por ser supraestatal só poderia encontrar fundamento no conceito de solidariedade (TRINDADE, 2003).

Na linha da justiça internacional é oportuno consignar que o primeiro tribunal internacional da história moderna surgiu na América Latina em 1907, *La Corte de Justicia Centroamericana* e que durou por cerca de uma década, antecedendo a criação da Corte Permanente de Justiça Internacional. Para além do pioneirismo, a Corte de Justiça Centroamericana trouxe importante aporte para o direito internacional na medida em que permitiu o acesso direto do indivíduo à Corte, problematizando a tese até então hegemônica de que só o Estado exclusivamente teria personalidade jurídica de direito internacional.

A Convenção Americana (1969) é a Constituição do sistema interamericano em matéria de direitos humanos, é o seu centro gravitacional e axiológico. Criada formalmente em 1969 e fortemente inspirada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana só entra efetivamente em vigor em 1978, quando o décimo primeiro Estado-parte a ratifica.

jurídica para regir la conducción de relaciones económicas entre partes ostensivamente desiguales (como los países latinoamericanos importadores de capital y los inversores extranjeros). Subyacente a ellas encuéntrase el principio de la no-intervención, al mismo tiempo en que proclama el principio de la igualdad entre nacionales y extranjeros.” **(Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional** / Antônio Augusto Cançado Trindade; Alfredo Martínez Moreno - San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. pags.40/41)

Dividida em duas partes, na primeira a Convenção Americana elenca um rol de direitos fundamentais de natureza civil e política; em sua segunda parte os meios de defesa desses direitos. Além da Convenção Americana (Pacto de San José) o sistema interamericano de direitos humanos conta com o Protocolo Facultativo sobre direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador) aprovado na capital de El Salvador em 1988. Contando, ainda com o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à abolição da Pena de Morte (1990); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); desaparecimento forçado de pessoas (1994); prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará); Convenção interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994); e a Convenção interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (1999). (GOMES, 2000)

Os artigos 1º e 2º da Convenção Americana (obrigação de respeitar os direitos; e dever de adotar disposições de direito interno para protegê-los) servem de base jurídica para os demais direitos elencados no Pacto de San José. A obrigação dos Estados-partes de respeitar os direitos consagrados na Convenção, exclui a “cláusula de reciprocidade” consagrada no Direito Internacional Clássico; por esta última cláusula um Estado só estaria obrigado a respeitar um direito internacional na medida que o outro Estado coobrigado assim também o faça. Essa regra continua em vigor em matéria de comércio internacional, mas em matéria de Direito Internacional dos Direitos Humanos ela não se aplica, um Estado não se isenta de respeitar normas de direitos humanos porque outro Estado igualmente coobrigado a desrespeita. Assim, a obrigação internacional decorrente de violação de norma internacional de direitos humanos tem caráter de responsabilidade objetiva. Assome-se a essa regra o artigo 2º da Convenção que prescreve que os Estados devem adotar disposições internas de proteção, nesse sentido é pacífico no Direito Internacional dos Direitos Humanos que a regra internacional prepondera sobre a interna, ainda que esta tenha natureza constitucional. Para o direito internacional normas de direito interno que entrem em colisão com o Direito Internacional dos Direitos Humanos são meros fatos sem significado jurídico. Exemplificativamente o *caso A última tentação de Cristo versus Chile* em que a Constituição chilena estabelecia censura prévia na produção cinematográfica, em choque com o artigo 13 da Convenção que prevê a liberdade de pensamento e expressão, a Corte de San José considerou a norma constitucional chilena como simples fato, afastando sua incidência ante o que dispõe a Convenção Americana. No caso o Estado Chileno foi responsabilizado, ainda que o ato de violação tenha emanado de sua própria Constituição. A responsabilidade do Estado pela não observação dos direitos previstos na convenção abrange todos os seus agentes, independente do órgão e hierarquia a que pertença, esse foi o entendimento fixado pela Corte de San José no seu primeiro caso julgado, o *caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*, sentença de fundo de 1988.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos constituem-se nos dois órgãos que compõem o Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos. A Comissão é órgão não jurisdicional e de caráter bifronte, integrando tanto o sistema da OEA como o da Convenção Americana; a Corte Interamericana é órgão jurisdicional e exclusivo da Convenção Americana. A Comissão Interamericana foi criada em 1959, mediante Resolução (Resolução VIII, adotada na V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, ocorrida em Santiago, Chile), nesse particular distintamente da Corte Interamericana que é órgão convencional, pois criada diretamente pela Convenção Americana e órgão exclusivo dela. Daí decorre o caráter bifronte da Comissão Interamericana, pois a ela cabe a promoção e defesa dos direitos humanos previstos na Carta da OEA e na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; ao mesmo tempo que também integra do sistema convencional do Pacto de San José. A Comissão assim atua como órgão geral do Sistema Interamericano, defendendo os direitos humanos previstos na Carta da OEA e na Declaração Americana; e ao mesmo tempo como órgão processual no sistema da Convenção Americana, acionando judicialmente a Corte Interamericana. Nestes termos, aqueles Estados da OEA que não ratificaram a Convenção Americana nem por isso estão isentos de respeitar os direitos humanos, cabendo à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington D. C., a defesa dos direitos, em um rol mais restrito, previstos na Carta da OEA e na Declaração Americana. Até que todos os Estados-membros da OEA venham aderir à Convenção, o Sistema de Direitos Humanos da OEA subsistirá (MAZZUOLI, 2013).

A Corte Interamericana é órgão jurisdicional exclusivo da Convenção Americana (Pacto de San José), distinguindo-se da Comissão pelo caráter vinculante de suas decisões, decisões que vinculam os Estados-membros da OEA que adotam a Convenção Americana e se submetem à sua jurisdição. No sistema de direitos humanos convencional, previstos no Pacto de San José, o rol de direitos é mais amplo e a Corte de San José possui jurisdição contenciosa, quando acionada pela Comissão Interamericana (único órgão do sistema que pode acioná-la além dos Estados-partes da Convenção), como não-contenciosa, através de Opiniões Consultivas, que também têm caráter vinculante. A atuação da Comissão Interamericana nesse particular, do sistema de direitos humanos da Convenção Americana, é similar ao de um órgão do Ministério Público, de caráter acusatório. Nesse particular a Comissão pratica atos processuais e não gerais como quando fundada na Carta da OEA e Declaração Americana de Direitos Humanos (1948). Cabe assinalar que as petições individuais são feitas à Comissão Interamericana, não havendo hipótese de o particular acionar diretamente a Corte Interamericana, o que mitiga o ideal de jurisdição universal da Corte de San José,

encontrando, entretanto uma razão prática, a Corte Interamericana não funciona integralmente durante todo o ano, constituída por sete juízes, possui limitações materiais e de tempo, em face da irrefreável demanda de litígios que pululam no cotidiano latino-americano. Cabe, assinalar que o Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos, de base convencional, não conta com dois dos principais Estados do continente americano, Os Estados Unidos da América e o Canadá, que não se submetem à jurisdição da Corte, o que deixa ao desabrigo a violação de direitos humanos de cerca de 340 milhões de pessoas que vivem nesses países e que se fiam exclusivamente nos seus sistema de justiça nacionais. A atuação da Corte interamericana é subsidiária ao sistema nacional de cada Estado, sendo, assim, uma atuação supletiva em face da jurisdição interna. Por razões históricas e políticas o sistema interamericano de direitos humanos pode ser traduzido como o sistema latino-americano de direitos humanos.

ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA RELATIVO AO BRASIL (1998-2014)

Índice: 4.1. Caso Ximenes Lopes e a Saúde Mental como DH: a responsabilidade do Estado e o problema da eficácia da prestação jurisdicional; 4.2. Caso Urso Branco e Sistema Penitenciário: o direito à humanização das penas e o direito do custodiado como DH; 4.3. Caso Escher e as garantias do devido processo legal: o direito a um processo penal democrático como DH; 4.4. Caso Sétimo Garibaldi e a questão da violência no campo como problema de DH; 4.5. Caso Complexo do Tatuapé e os Direitos de Crianças e Adolescentes privados da liberdade; 4.6. Caso Nogueira de Carvalho e o dever de proteção do Estado: a problemática condição de insegurança dos defensores dos direitos humanos; 4.7. Caso da Penitenciária de Araraquara: autonomia das medidas provisórias e dever de humanização do sistema penitenciário; 4.8. Caso Gomes Lund: controle de convencionalidade e a inconvenção da lei de anistia; 4.9. O significado dos casos para o processo de internacionalização dos direitos humanos.

No esteio do fenômeno da internacionalização dos mecanismos de proteção dos Direitos Humanos que marca a sociedade internacional da segunda metade do sec. XX (Conforme estudado nos capítulos precedentes), com relevantes implicações para a filosofia, política e direito; segue-se o estudo da jurisprudência da Corte Interamericana, protagonista no sistema regional interamericano a implementar o ideal de justiça internacional como instrumento de universalização de direitos. O estudo dos casos relativos ao Brasil é um imperativo metodológico, que visa a, em última instância, aferir e problematizar como esse fenômeno tem se desenvolvido na região. A seleção dos casos que seguem se deu com base no recorte temporal em que o Estado brasileiro se submeteu à jurisdição da Corte Interamericana (1998) e a data do início da pesquisa (2014). Foram selecionados os casos que tiveram início nesse intervalo de tempo e que receberam da Corte Interamericana uma sentença de mérito, no casos contenciosos; ou levantadas as medidas provisórias de proteção em processo cautelar perante a Corte de San José. A jurisprudência da Corte Interamericana se revela como um importante repositório de fatos, eventos e acontecimentos representativos dos fenômenos políticos, jurídicos e filosóficos que matizam e caracterizam a cena cultural da região.

As análises que se seguem se atêm aos casos em face da Corte Interamericana, do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua jurisprudência. Serão problematizadas questões jurídicas da justicialização internacional dos direitos humanos, sem perder de vista a matéria de fundo filosófica e política em que elas estão indissociavelmente contextualizadas

4.1. Caso Ximenes Lopes e a Saúde Mental como DH: a responsabilidade do Estado e o problema da eficácia da prestação jurisdicional

A silhueta curvilínea de um ser humano andrógono, como que saído em forma de névoa negra de dentro da terra e tendo o rosto entre as próprias mãos, expressa desespero em um grito que ecoa, em cores mórbidas e traços retorcidos em vermelho e cinza, a dor e a angústia existencial. Tendo como fundo a doca de Oslofjord em um pôr-do-sol, Edvard Munch retrata em “O Grito” (Skrik) a metáfora de um novo tempo, o tempo em que os transtornos mentais passariam a tingir de cores pálidas e doentias a cena pública de sociedades industrializadas que cada vez mais avizinham a loucura e a razão. O traço psiquiátrico de uma sociedade cada vez mais tingida pelo tom pastel e turvo dos transtornos emocionais foi intuído pela tinta, pincel e palheta de um artista plástico norueguês na virada do sec. XIX para o XX, como que em um prenúncio do quadro social que se descortinaria a partir de então.

Não por acaso o regime nazista classificou Edvard Munch como um artista degenerado, o quadro “O Grito” foi considerado tão perturbador que se aconselhou que mulheres grávidas evitassem a sua exposição, por fim sua obra foi banida da Alemanha nazista. O regime que venerava a beleza da harmonia e simetria das formas não poderia tolerar os traços degenerados da patologia psiquiátrica de um tempo onde a angústia e o desespero ameaçavam a higidez da pureza e saúde da raça. O “Grito” de Munch teve a percepção de intuir esteticamente aquilo que os teóricos da estética nazista desconfiavam: que a loucura é a outra face, a face opaca em que se apoia o ideal de uma civilização iluminista, racional e científica, como aquela que desejavam desesperadamente construir.

Em 4 de outubro de 1999, na Casa de repouso Guararapes, em Sobral-CE, um homem também gritava, seu grito também era agonizante, mas uma agonia que pedia socorro. Damião Ximenes Lopes, usuário do sistema de saúde pública, sob custódia do Estado brasileiro, após intensa tortura veio a óbito, não sem antes pedir socorro, um grito surdo e abafado que só sua mãe e irmã ouviram. As autoridades constituídas locais, sejam os médicos que lhe deveriam prestar assistência, dado o seu estado de vulnerabilidade, pois portador de transtornos mentais, seja o delegado de polícia, promotor e juiz locais se fizeram todos surdos ante os seus gritos. Foi pela força de seus familiares que o caso de Damião Ximenes Lopes chegou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e posteriormente à Corte Interamericana.

O cadáver fala

Quando a mãe de Damião Ximenes Lopes o encontrou, em 4 de outubro de 1999, ele estava agonizando, seus punhos estavam dilacerados e totalmente roxos, suas mãos estavam também perfuradas, com sinais de unhas e uma parte do seu nariz estava machucado. Com as mãos amarradas para trás, cheirando a excremento, com dificuldades para respirar e agonizando, Damião Ximenes gritava e pedia socorro à polícia. A mãe de Damião Ximenes Lopes pediu socorro ao médico Francisco Ivo de Vasconcelos, por crer que o filho, em tais circunstâncias, iria morrer, o médico não interveio e Damião Ximenes faleceu naquele mesmo dia²⁸. Segundo os médicos a causa da morte foi “natural, por parada cardio-respiratória.” O corpo então foi levado para Fortaleza, para que se fizesse a necropsia, a qual concluiu que a causa da morte foi “indeterminada”. Damião Ximenes tinha um histórico de transtornos mentais e internações, já estivera internado na Casa de repouso Guararapes, em Sobral, em 1995 e a última vez em 1998, quando também apresentou cortes, feridas no joelho e tornozelo, lesões testemunhadas por sua irmã, Irene Ximenes Lopes Miranda, na época dos fatos, 1998. O questionamento formulado por ela à Casa de repouso sobre as razões das lesões pelo corpo do irmão, então interno também naquela ocasião, foram justificadas como decorrentes de uma tentativa de fuga por ele empreendida. Com a morte de Damião Ximenes, em outubro de 1999, a irmã do falecido tomou conhecimento de que muitas outras pessoas também tinham um histórico de espancamentos sofridos na Clínica Guararapes, relatadas por elas próprias ou por parentes, mas que temiam a polícia e o próprio hospital.

Posteriormente, em fevereiro de 2000, por requisição do Ministério Público, foi formulado questionamento aos médicos que realizaram a necropsia em 1999, se as lesões descritas no cadáver e que concluíam por “causa indeterminada”, seriam compatíveis com tombos e espancamentos, o Instituto Médico Legal de Fortaleza ampliou o conteúdo de suas conclusões e informou que as lesões descritas foram provocadas por ação de instrumento contundente, mas não sendo “possível

²⁸“No dia 4 de outubro de 1999, quando a mãe da testemunha encontrou o senhor Damião Ximenes Lopes ele estava agonizando, e ela pediu socorro ao médico Francisco Ivo de Vasconcelos, porque acreditava que seu filho ia morrer devido às condições em que estava. No entanto, o médico não atendeu seus pedidos. O senhor Damião Ximenes Lopes morreu nesse mesmo dia. Seu cadáver apresentava marcas de tortura; seus punhos estavam dilacerados e totalmente roxos, e suas mãos também estavam perfuradas, com sinais de unhas e uma parte do seu nariz estava machucada. A causa da morte foi dada pelos médicos como “morte natural, parada cardiorespiratória” e nada mais. O corpo do senhor Damião Ximenes Lopes foi então levado para Fortaleza para que fosse realizada uma necropsia, a qual também concluiu que se tratava de “morte indeterminada”. A família não acreditou nesse laudo e acredita que houve manipulação e omissão da verdade. A raiz do seu envolvimento com o caso do seu irmão, encontrou muitas pessoas que sofreram maus-tratos ou que tiveram parentes espancados dentro da Casa de Repouso Guararapes, mas as famílias e as vítimas não tinham interesse em denunciar, porque tinham medo de enfrentar a polícia e o hospital.” (**Caso Ximenes Lopes versus Brasil**, sentença de 04 de julho de 2006. Parágrafo 47, Prova Testemunhal e Pericial, 1- Testemunhas propostas pela Comissão, a) Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã do senhor Damião Ximenes Lopes, pag. 13)

afirmar o modo específico”²⁹.

Em exumação do cadáver, ocorrida em abril de 2002, por determinação da quinta vara cível da comarca de Sobral-CE, no curso de processo de responsabilidade civil, o Instituto Médico Legal Walter Porto, concluiu, em face do avançado estado de decomposição cadavérica do corpo, que as causas da morte eram “indeterminadas”.³⁰

Da competência e procedimento perante a Comissão Interamericana

A República Federativa do Brasil é, desde 25 de setembro de 1992, Estado-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo aceito a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1998. Conforme dispõe o art. 62.3³¹ da Convenção Americana, a Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação dos dispositivos da Convenção Americana que lhe seja submetido, desde que o Estado-parte tenha reconhecido sua competência. O fato que subsidia o caso levado a conhecimento da Corte de San José, data de 4 de outubro de 1999.

Em 22 de novembro de 1999, Irene Ximenes Lopes Miranda apresentou petição junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão administrativo do sistema regional,

²⁹“Posteriormente, em 17 de fevereiro de 2000, em resposta à solicitação do Ministério Público, para que os médicos que realizaram a necropsia “definiram se as lesões encontradas no cadáver poderiam ter sido consequência de espancamento ou de tombos sofridos pelo senhor Damião Ximenes Lopes”, o Instituto Médico Legal ampliou o conteúdo de suas conclusões e informou que “as lesões descritas no laudo do exame cadavérico foram provocadas por ação de instrumento contundente (ou por espancamento ou por tombos), não [...] sendo possível afirmar o modo específico” (**Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006. Parágrafo 112.15, pag. 33)

³⁰“Em 2002 a Quinta Vara Cível da Comarca de Sobral (doravante denominada “Quinta Vara Cível”), no decorrer da tramitação do processo civil instaurado pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes, ordenou que fosse feita a exumação do corpo da suposta vítima para o esclarecimento das causas de sua morte (par. 112.52 e 112.54 *infra*). A exumação foi feita em 6 de abril de 2002 pelo Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto. O relatório do exame póstumático descreveu o seguinte:

Exumamos e necropsiamos às 10:10 horas do dia 6 de abril de 2002 no Município de Varjota, Ceará, no Cemitério São Raimundo, o cadáver do senhor Damião Ximenes Lopes, por solicitação da juíza de Direito da Comarca de Sobral, Dra. Maria Valdenisa de Sousa Bernardo, conforme ofício nº 372/2001. [...] Após a identificação do local onde fora inumada a vítima, a sepultura em gaveta foi aberta, observando-se um caixão de madeira em estado precário de conservação, contendo os restos mortais da vítima em avançado processo de decomposição cadavérica, ou seja, verificamos a presença apenas dos ossos deste corpo. Após minucioso exame pericial, osso por osso, constatamos que o crânio apresentava craniotomia transversal (resultado de exame pericial anterior) e neste seguimento corporal não foram evidenciadas fraturas, ou seja, o crânio apresentava integridade de todos os seus ossos. Os demais ossos deste corpo também não apresentavam fraturas. Conclusão: Pelo exposto e na ausência de outros achados necroscópicos em virtude do avançado estado de decomposição cadavérico do corpo, concluímos tratar-se de um caso de morte real, de causa indeterminada.” (**Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006. Parágrafo 112.16, pag. 33)

³¹“A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.” (art.62.3 da **Convenção Americana de Direitos Humanos** de 22 de novembro de 1969)

denunciando os fatos ocorridos em prejuízo do irmão, Damião Ximenes Lopes. Em 14 de dezembro de 1999, a Comissão iniciou a tramitação da petição sob o n. 12.237, solicitando, em um prazo de 90 dias, que o Estado Brasileiro informasse “qualquer elemento de juízo” que permitisse à Comissão Interamericana verificar o esgotamento ou não dos recursos da jurisdição interna. Em 09 de outubro de 2002, em face da ausência de resposta do Estado Brasileiro, a petição 12.237 foi aceita através do Relatório de Admissibilidade n. 38/02. Ambas as partes foram notificadas e a Comissão em 08 de maio de 2003 colocou-se à disposição de ambas as partes para uma solução amistosa. Em 08 de outubro de 2003, a Comissão aprovou Relatório de Mérito n.43/03, através do qual concluiu a violação de diversos dispositivos da Convenção por parte do Estado Brasileiro, dentre eles: art. 5 (direito à integridade pessoal); art. 4 (direito à vida); art. 25 (proteção judicial); e art. 8 (garantias judiciais). A Comissão recomendou ao Estado Brasileiro a adoção de uma série de medidas para reparar as violações. Em 31 de dezembro de 2003, a Comissão Interamericana encaminhou Relatório de Mérito n. 43/03 ao Estado-parte e fixou prazo de 2 meses para que ele informasse sobre as medidas adotadas com vistas ao cumprimento das recomendações da Comissão. Em 17 de março e 18 de junho de 2004, o Estado Brasileiro solicitou à Comissão a concessão de prorrogação de prazo para implementação das medidas determinadas pela Comissão, prescritas no Relatório de Mérito n. 43/03, as prorrogações foram concedidas. Em ambas prorrogações o Estado-parte aceitou que as dilações suspendiam o prazo fixado no art. 51.1 da Convenção que estabelece o lapso temporal para o encaminhamento do caso à Corte de San José.

Em 23 de setembro de 2004 o Estado apresentou um relatório parcial sobre a implementação das recomendações da Comissão; no dia 29 de setembro, doze dias após o vencimento do prazo concedido, o Estado-parte apresentou contestação ao Relatório de Mérito da Comissão. Em 30 de setembro de 2004 a Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tese de acusação e defesa perante a Corte Interamericana

Em 1 de outubro de 2004 a Comissão Interamericana apresentou a demanda à Corte, anexando prova documental e oferecendo prova testemunhal e pericial. Em 3 de novembro de 2004, após a apreciação dos requisitos preliminares da demanda pelo seu presidente, o Estado Brasileiro foi notificado sobre os prazos para apresentar contestação e designação de representante no processo, em 3 de dezembro de 2004 o Estado Brasileiro designou Virgínia Charpinel Junger Cestari como agente e se reservou o direito de designar outros no curso do processo. O Centro de Justiça Global atuou na lide como representante da suposta vítima e familiares, no polo ativo da demanda.

O pedido da Comissão, assistida pelos representantes da suposta vítima e familiares, consistiu na reparação de danos materiais e imateriais, determinação de medidas de não-repetição e reembolso das custas e gastos. Assinale-se que a Corte Interamericana, como um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, não possui jurisdição penal, apenas civil, pois o demandado é o Estado-parte, não os agentes que em tese, como no caso *Damião Ximenes*, teriam praticado crimes como o de homicídio de natureza penal. A Corte de San José não julga pessoas físicas, mas o Estado-parte que se comprometeu a velar e aplicar os dispositivos normativos constantes de Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em fundamento de seu pedido a Comissão Interamericana, assistida pelos representantes de *Damião Ximenes* e familiares, apontou a violação do direito à vida (art.4), integridade pessoal (art.5), garantias judiciais (art.8) e proteção judicial (art.25). A tese de acusação apresentada na Corte de San José não se limitou à suposta violação do direito à vida de *Damião Ximenes Lopes*, mas também abrangeu o direito à sua integridade e de familiares, tendo em vista que esses sofreram danos indiretos ou em ricochete em face do fato, com efeito deletério em suas saúdes físicas e mentais. A inércia da polícia judiciária, ministério público e poder judiciário também foi alvo de acusação, capitulada nos arts. 8 e 25, como violação do direito à garantia do devido processo legal.

Em 8 de março de 2005 o Estado-parte apresentou contestação e exceção preliminar, em sede de exceção preliminar o Estado Brasileiro arguiu que a ação não atenderia ao requisito do esgotamento prévio da jurisdição interna, com fundamento no art. 46.1.a) da Convenção³². Em sentença de 30 de novembro de 2005 a Corte de San José se pronunciou sobre a exceção preliminar de mérito oferecida pelo Estado Brasileiro, reiterando a sua jurisprudência já firmada em outros casos- como o *caso de la comunidad Moiwana*, *caso de las Hermanas Serrano Cruz* e *caso Tibi*- no sentido de declarar a preclusão (perda do prazo para prática de ato processual), em face da renúncia tácita, pois o requisito de esgotamento prévio da jurisdição interna de um Estado-parte para que só então a justiça internacional seja demandada, deve ser arguida logo na primeira oportunidade, no caso no procedimento ainda perante à Comissão, fase administrativa.³³ No mérito o Estado-parte

³²“Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44º ou 45º seja admitida pela Comissão, será necessário:

a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;” (art. 46.1. a))

³³“La Corte ya ha establecido criterios claros que deben atenderse sobre la interposición de la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos. De los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, a los cuales se refiere la regla del agotamiento de los recursos internos, resulta, en primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita a la invocación de esa regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de recursos internos debe plantearse, para que sea oportuna, en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión, o sea, antes de cualquier consideración en cuanto al fondo; si no es así, se presume que el Estado renuncia tácitamente a valerse de ella.” (**Caso Ximenes Lopes versus República Federativa del Brasil**, Sentencia de 30 de

reconheceu sua responsabilidade internacional quanto aos artigos 4 e 5 da Convenção (direito à vida e integridade pessoal) relativos a Damião Ximenes, pois, naquele momento, era frágil o serviço estatal de atendimento mental, no que não foram adotadas medidas eficazes para impedir os maus tratos e morte do sr. Damião Ximenes Lopes. Nestes pontos foi cessada a controvérsia da lide, mas não reconheceu o direito de reparação em face da violação dos artigos acima declinados por parte de familiares, no que ficou aberta a controvérsia, bem como não reconheceu a violação dos arts. 8 e 25 relativos a efetividade da prestação jurisdicional em face dos fatos capitulados nos arts. 4 e 5 da Convenção.

Das regras de apreciação de provas nas Cortes Internacionais de DH

O conceito de prova na Teoria Geral do Processo não tem o mesmo significado de prova em outros ramos do conhecimento. A prova processual é a fonte de formação da convicção (crença) do juiz sobre a procedência ou não do pedido. A prova, assim, no âmbito processual tem um caráter persuasivo e não coercitivo, encontrando fundamento na razoabilidade e verossimilhança e não em uma demonstração cabal e definitiva. Os sistemas de apreciação de prova, na teoria geral do processo, em regra são de três categorias. O sistema de prova tarifado, onde a própria legislação define o valor e a hierarquia das provas; o sistema da livre persuasão, onde o julgador tem ampla liberdade e discricionariedade para apreciar as provas e decidir, inclusive sem declinar as razões que fundamentam a sua decisão, como ocorre com os jurados do Tribunal do Júri, onde o Conselho de Sentença, decide sem dizer as razões de sua decisão, pois a motivação e fundamentação legal cabe ao juiz togado que preside o Júri; e o sistema do livre convencimento motivado, ou de persuasão racional, onde o juiz é livre para apreciar as provas, mas deve decidir de forma racional e fundamentada, sob pena de nulidade.

No âmbito da Corte Interamericana de direitos humanos a sistemática de apreciação de provas é a do livre convencimento motivado, mas se acrescenta a isso, que o recebimento e valoração de provas não segue a mesma rigidez formal das cortes internas. “A incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuada dispensando-se especial atenção às circunstâncias do caso concreto e tendo presentes os limites que impõe o respeito à segurança jurídica e ao equilíbrio processual das partes.” (Sentença de Mérito, **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**, de 04 de julho de 2006) Com isso a Corte de San José assinala que a fase instrutória segue um caráter tópico, pois “dispensando-se especial atenção às circunstâncias do caso concreto”, mas essa flexibilidade não é ilimitada, encontra limites na “segurança jurídica” e no “equilíbrio entre as

partes”. No que toca a apreciação de provas a Corte Interamericana, no esteio dos Tribunais Internacionais, goza de ampla liberdade de apreciação, segundo “normas de crítica sã”, não sendo fixado de modo rígido o *quantum* de prova necessária para fundamentar uma sentença. Essa flexibilidade que caracteriza os Tribunais Internacionais na apreciação de provas encontra, entretanto, seu balizamento na lógica e nas regras de experiência.³⁴

Dos fatos provados

Fato incontroverso, pois reconhecido pelo Estado brasileiro, é a violação dos arts. 4 e 5 da Convenção, relativos ao direito à vida e integridade pessoal, no caso tendo como vítima o sr. Damião Ximenes Lopes, maus-tratos e morte ocorridos no interior de instituição de saúde mental vinculada ao sistema único de saúde brasileiro (SUS), casa de Repouso Guararapes, em Sobral-CE, única a prestar esse serviço na região na época dos fatos, outubro de 1999 e com histórico de violência e morte de internos.³⁵

A Corte Interamericana, após a fase processual de instrução, entendeu caracterizada a materialidade dos maus-tratos e homicídio ocorridos no interior da Casa de Repouso Guararapes, nos seguintes termos: “A Corte considerou provado que no momento da visita de Albertina Viana Lopes à Casa de Repouso Guararapes, em 4 de outubro de 1999, o senhor Damião Ximenes Lopes se encontrava sangrando, apresentava hematomas, tinha a roupa rasgada, estava sujo e cheirando a excremento, com as mãos amarradas para trás, com dificuldade para respirar, agonizante, gritando e pedindo socorro à polícia. Posteriormente a esse encontro, deram-lhe um banho ao senhor Damião Ximenes Lopes e este, ainda com as mãos atadas, caiu da cama. A suposta vítima permaneceu no solo, foi medicada e posteriormente faleceu, sem a presença ou supervisão de médico algum. A

³⁴“A Corte salientou, quanto ao recebimento e valoração da prova, que os procedimentos seguidos perante ela não estão sujeitos às mesmas formalidades que as atuações judiciais internas e que a incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuada dispensando-se especial atenção às circunstâncias do caso concreto e tendo presentes os limites que impõe o respeito à segurança jurídica e ao equilíbrio processual das partes. A Corte tem considerado, ademais, que a jurisprudência internacional, ao considerar que os tribunais internacionais têm o poder de apreciar e avaliar as provas segundo as normas da crítica sã, não fixou de maneira rígida o *quantum* da prova necessária para fundamentar uma sentença. Este critério é especialmente válido com relação aos tribunais internacionais de direitos humanos, os quais dispõem, para efeitos da determinação da responsabilidade internacional de um Estado pela violação de direitos da pessoa, de ampla flexibilidade na avaliação da prova a eles apresentada sobre os fatos pertinentes, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência.” (**Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006, Parágrafo 44, pag. 08)

³⁵“No contexto de violência contra os pacientes, e anteriormente à morte do senhor Damião Ximenes Lopes, ocorreram na Casa de Repouso Guararapes pelo menos duas mortes em circunstâncias violentas, que teriam incluído golpes na cabeça com objetos contundentes e em que os pacientes ingressavam na Casa de Repouso em boas condições físicas e faleciam durante o período de internação.⁹³ A senhora Raimunda Ferreira de Sousa morreu na Casa de Repouso Guararapes em outubro de 1987 e o senhor Gerardo Alves da Silva também ali faleceu em fevereiro de 1991.” (**Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006, Parágrafo 112.58, pag. 43)

necropsia realizada ressaltou que o corpo apresentava escoriações localizadas na região nasal, ombro direito, parte anterior dos joelhos e do pé esquerdo, equimoses localizadas na região do olho esquerdo, ombro homolateral e punhos, motivo por que esta Corte considerou provado que a morte se deu em circunstâncias violentas (par. 112.9, 112.10, 112.11 e 112.14 *supra*). No reconhecimento parcial de responsabilidade internacional, o Estado reconheceu os fatos da demanda relacionados com o falecimento do senhor Damião Ximenes Lopes e a falta de prevenção para superar as condições que permitiram que tal incidente ocorresse, bem como a precariedade do sistema de assistência mental a que a suposta vítima foi submetida, no momento dos fatos, o que constituiu uma violação do artigo 4 da Convenção. O Estado, ademais, reconheceu os maus-tratos de que o senhor Ximenes Lopes foi vítima antes de sua morte, em violação do artigo 5 da Convenção (par. 36, 63 e 66 *supra*).” (**Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006, Parágrafos 121 e 122, pag. 50)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu também provada a violação do art.5 da Convenção, relativo à integridade pessoal, no tocante aos familiares do sr. Damião Ximenes Lopes, reconhecendo, assim, em interpretação *pro homine*, que a integridade pessoal não abrange apenas a vítima direta da violação, mas também as vítimas indiretas.

A senhora Albertina Viana Lopes, mãe de Damião Ximenes, após entregar o seu filho aos cuidados da casa de Repouso Guararapes e recebê-lo morto, desenvolveu um quadro de depressão aguda, somatizada por uma gastrite nervosa e uma úlcera duodenal. O senhor Francisco Leopoldino Lopes, pai de Damião Ximenes, sofreu de profunda angústia, alimentando por muito tempo desejo de vingança. Irene Ximenes Lopes, irmã do sr. Damião Ximenes, teve depressão por três anos, em virtude da morte do irmão, afastou-se do convívio social, deixou de amamentar a filha recém nascida na época dos fatos e perdeu o emprego nessas circunstâncias. Cosme Ximenes Lopes, irmão gêmeo do sr. Damião Ximenes, entrou em choque com a morte do irmão e as circunstâncias em que ela se deu, tendo depressão e deixou de trabalhar.³⁶

³⁶ Analisadas as circunstâncias do caso, com base na Convenção Americana, e à luz do princípio *iura novit curia*, a Corte considera provado o sofrimento da senhora de Albertina Viana Lopes, mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, pelo tratamento a ele dado pelo Estado, que culminou com sua morte. Foi ela quem entregou o filho à guarda da Casa de Repouso Guararapes, por encontrar-se enfermo, à espera de sua recuperação. Três dias depois da internação, no entanto, o encontrou em condições deploráveis e nada pôde fazer por ele. Ela tomou conhecimento do falecimento do filho ao chegar a sua casa depois de havê-lo deixado no hospital. Tudo isso lhe causou grande dor e tristeza. Depois da morte do filho sofreu grandes depressões e problemas de saúde. A esse respeito, sua filha, Irene Ximenes Lopes Miranda, na audiência pública perante esta Corte, declarou que:

[sua mãe] ficou com a vida completamente arruinada, até hoje sofre de depressão e diz que tem vontade de morrer, perdeu o gosto pela vida, também teve uma gastrite nervosa e em consequência uma úlcera duodenal que [...] foi tratada com muita dificuldade [...].

Igualmente, de acordo com as particularidades do caso, este Tribunal estima necessário considerar a situação do senhor Francisco Leopoldino Lopes, pai do senhor Damião Ximenes Lopes, da senhora Irene Ximenes Lopes

Resultou ainda, segundo a Corte de San José, comprovado a violação do art. 8.1 e 25.1 relativos à garantia de acesso à justiça e proteção judicial, em relação às Sras. Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, pois até a data da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, julho de 2006, haviam transcorrido mais de seis anos da morte de Damião Ximenes sem que qualquer pessoa ou instituição tenha sido responsabilizada, nem sequer houve sentença de primeiro grau em processo penal. A Corte entendeu que enquanto dure a inércia em processo judicial para punir os responsáveis o Estado brasileiro estará descumprindo sua obrigação de punir de maneira efetiva e em prazo razoável. O caso de Damião Ximenes não apresenta peculiaridade que o torne especialmente complexo, segundo a Corte, de modo que não se justifica a demora na prestação jurisdicional interna.

Dos termos do dispositivo da sentença

A Corte Interamericana, após o devido processo legal, que se iniciou com o recebimento da petição originária da Comissão Interamericana e a notificação do Estado Brasileiro em 3 de novembro de 2004, em 4 de julho de 2006 decidiu que o Estado brasileiro deveria garantir, em um prazo razoável, que o processo interno de investigação e responsabilização dos fatos surtisse os

Miranda e do senhor Cosme Ximenes Lopes, estes últimos irmãos da suposta vítima, já que, segundo o alegado pelos representantes e manifestado pela senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, entre os diversos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, eram sua mãe e seu pai, bem como os mencionados irmãos em particular, as pessoas afetivamente mais próximas dele.

A Corte considerou provado o sofrimento e angústia do pai da suposta vítima, senhor Francisco Leopoldino Lopes, que, embora estivesse separado da mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, não havia rompido os laços familiares com o filho (par. 111.71 *supra*). O senhor Francisco Leopoldino Lopes sofreu com o falecimento do filho, que era tão jovem quando morreu, e viveu por muito tempo com um desejo de vingança, segundo declarou a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda perante a Corte.

A irmã do senhor Damião Ximenes Lopes, ademais do sofrimento e tristeza que lhe causou a morte do irmão, sofreu seqüelas psicológicas, como uma depressão que durou mais de três anos, o que afetou suas relações familiares e a fez perder a capacidade de amamentar sua filha recém-nascida. Tendo um contrato de trabalho que se estenderia até 31 de dezembro de 2004, abandonou-o. Sofreu e reviveu de maneira constante as circunstâncias da morte do irmão, Damião Ximenes Lopes, perante os órgãos judiciais e de direitos humanos, uma vez que se dedicou à busca da verdade e da justiça com relação a esses acontecimentos, para o que participou ativamente do processo judicial interno e dos trâmites seguidos perante a Comissão e agora perante esta Corte. Em virtude disso, separou-se da família por longos períodos.

A angústia que sofreu a irmã do senhor Damião Ximenes Lopes se observa na declaração prestada na audiência pública perante a Corte, quando manifestou que: no dia do enterro do irmão no cemitério ela se ajoelhou sobre o caixão dele e jurou que sua alma não sossegará enquanto não houverse justiça no caso de Damião Ximenes Lopes, e faz seis anos que ela busca justiça [...].

O senhor Cosme Ximenes Lopes, que também esteve internado em instituições psiquiátricas, em razão do vínculo afetivo e da identificação que havia entre os dois irmãos pelo fato de serem gêmeos, sofreu com a perda do senhor Damião Ximenes Lopes. Logo que recebeu a notícia da morte do irmão, entrou em estado de choque; em seguida, entrou em depressão e deixou de trabalhar.

A Corte considera, com base no acima exposto, que o Estado tem responsabilidade pela violação do direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes. (**Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006. Parágrafos 157/163, pag. 58/59)

devidos efeitos.

Decidiu que, em um prazo de 06 meses, o Estado brasileiro deveria publicar no Diário da União e em outro jornal de grande circulação nacional o Capítulo VII da sentença da Corte Interamericana, relativo aos fatos provados, bem como a parte resolutiva da sentença.

Determinou que o Estado brasileiro deveria continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem, bem como todos aqueles que atuem na área de saúde mental, com observância dos princípios internacionais que devem reger o tratamento de pessoas portadoras de deficiência mental.

Condenou o Estado brasileiro a pagar indenização, em dinheiro no prazo de um ano, a título de dano material no valor de 10. 000,00 dólares americanos em favor da sra. Irene Ximenes Lopes Miranda, pelo tempo em que esta esteve impossibilitada de trabalhar e 1.500,00 dólares americanos a sra. Albertina Viana Lopes a título de dano emergente que a família teve com gastos funerários e traslado do corpo de Sobral para Fortaleza para realização de necropsia.

A Corte fixou, com base no critério de equidade, indenização por dano imaterial em favor do sr. Damião Ximenes Lopes no valor de 50 mil dólares americanos, devendo esse valor, em dinheiro, ser distribuído entre as Sras. Albertina Lopes e Irene Ximenes Lopes e os Srs. Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes. Indenização por dano imaterial em favor de Albertina Viana Lopes, no valor de 30 mil dólares americanos; para Francisco Leopoldino, 10 mil dólares; Irene Ximenes Lopes, 25 mil dólares; e Cosme Ximenes Lopes, 10 mil dólares.

O Estado brasileiro foi condenado a ressarcir os familiares das custas e gastos que esses tiveram com o processo interno e internacional no valor de 10 mil dólares, bem como à ONG Centro de Justiça Global, esta última em valor que o Estado julgue pertinente para que a ONG recomponha os custos despendidos no curso do processo junto à Corte de San José.

O uso da contenção e os princípios para proteção dos doentes mentais da ONU

Desde 17 de dezembro de 1991, através da Resolução 46/119, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a proteção dos doentes mentais e o aprimoramento dos cuidados relativos à Saúde Mental têm uma padronização internacional. Os “princípios para a proteção de pessoas

acometidas de transtorno mental e a melhoria de assistência à saúde mental” segue a linha normativa da “Declaração de direitos do deficiente mental” de 1971. Nos termos da Declaração de direitos do deficiente mental “O deficiente mental tem direito aos cuidados médicos e aos tratamentos físicos apropriados”. (art.2) Esse dispositivo da Declaração de 1971 é complementado pelo princípio 08 que disciplina o “padrão de assistência” dos princípios de 1991: “Todo usuário será protegido de danos, inclusive de medicação não justificada, de abuso por parte de outros usuários, equipe técnica, funcionários e outros, ou de quaisquer outros atos que causem sofrimento mental ou desconforto físico.” (Princípio 8.2) Os fatos atestados pela instrução processual no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, retratam uma franca violação da normativa internacional sobre a matéria, havendo provas de que a “contenção” era praticada por “outros usuários”, tendo como metodologia de contenção recorrente o uso da “gravata”³⁷, meio em que o usuário pode ser asfixiado, sem falar na falta de preparo de técnicos da equipe de assistência médica, que não observavam a padronização mínima prescrita na normativa acima citada, lembrando que o fato que subsidiou a ação perante a Corte Interamericana é de outubro de 1999, portanto, bem posterior às normativas internacionais, no que o Estado brasileiro não poderia se escusar de não conhecê-las.

A contenção, segundo a Corte Interamericana, é “qualquer ação que interfira na capacidade do paciente de tomar decisões ou que restrinja sua liberdade de movimento.” Em atenção ao art. 5 da Convenção Americana, a contenção se apresenta como o último recurso, devendo sempre ser compatibilizada com os direitos à autonomia e o melhor interesse do paciente. Segundo decisão expressa da Corte de San José no caso *Damião Ximenes*:

“Entende-se sujeição como qualquer ação que interfira na capacidade do paciente de tomar decisões ou que restrinja sua liberdade de movimento. A Corte observa que o uso da sujeição apresenta um alto risco de ocasionar danos ao paciente ou sua morte, e que as quedas e lesões são comuns durante esse procedimento. O Tribunal considera que a sujeição é uma das medidas mais agressivas a que pode ser submetido um paciente em tratamento psiquiátrico. Para que esteja de acordo com o respeito à integridade psíquica, física e moral da pessoa, segundo os parâmetros exigidos pelo artigo 5 da Convenção Americana, deve ser empregada como medida de último recurso e unicamente com a finalidade de proteger o paciente, ou o pessoal médico e terceiros, quando o comportamento da pessoa em questão seja tal que esta represente uma ameaça à

³⁷“Na Casa de Repouso Guararapes havia um contexto de violência, agressões e maus-tratos, em que diversos internos freqüentemente apresentavam lesões nos membros superiores e inferiores, causadas pelos empregados do hospital; os auxiliares de enfermagem e vigilância utilizavam pacientes para conter outros; aplicavam a “gravata” (manobra que implica possibilidade de asfixia) em alguns pacientes, os quais pensavam que essa prática “era a lei” ou que era “para manter a ordem”; determinavam a contenção física de forma indiscriminada, independentemente de este procedimento ter ou não sido indicado pelo médico responsável, e incentivavam enfrentamentos físicos entre os pacientes.” (**Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006. Parágrafo 112.56, pag. 43)

segurança daqueles. A sujeição não pode ter outro motivo senão este e somente deve ser executada por pessoal qualificado e não pelos pacientes.

Ademais, considerando que todo tratamento deve ser escolhido com base no melhor interesse do paciente e em respeito à sua autonomia, o pessoal médico deve aplicar o método de sujeição que seja menos restritivo, depois de uma avaliação de sua necessidade, pelo período que seja absolutamente necessário, e em condições que respeitem a dignidade do paciente e que minimizem os riscos de deterioração de sua saúde.

O senhor Damião Ximenes Lopes foi submetido a sujeição com as mãos amarradas para trás entre a noite do domingo e a manhã da segunda-feira, sem uma reavaliação da necessidade de prolongar a contenção, e se permitiu que caminhará sem a adequada supervisão. Esta forma de sujeição física a que foi submetida a suposta vítima não atende à necessidade de proporcionar ao paciente um tratamento digno nem a proteção de sua integridade psíquica, física ou moral.” (**Caso Ximenes Lopes**, sentença de 04 de julho de 2006, Parágrafos 133/136 pag.53/54)

A casa dos loucos, o poder psiquiátrico e os limites da universalidade da dignidade humana

O caso Damião Ximenes Lopes não foi apenas o primeiro caso em que o Estado brasileiro foi julgado e condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi o primeiro caso enfrentado pela Corte de San José que versou sobre a violação dos direitos humanos de doentes mentais. Esse caso problematiza questões centrais para o discurso dos direitos humanos e expõe os seus limites. Pois a noção de direitos humanos pressupõe que o indivíduo que o titulariza (a ideia-chave dos direitos humanos reside no conceito de direitos subjetivos) atenda a pelos menos dois requisitos: que seja dotado de razão; que sua vontade seja livre ou não viciada. O doente mental, assim, é um ponto fora da curva que não possui os pressupostos mínimos exigidos pela teoria e discurso dos direitos humanos para ser titular pleno de direitos e fazer efetiva sua dignidade. De todos os grupos vulneráveis, o dos “loucos” é o mais desprotegido pois desinvestido do requisito básico para jogar o jogo dos direitos, o requisito da “razão”. O par razão-loucura é o binômio que está na base do surgimento da instituição asilar, os hospitais psiquiátricos surgidos no sec. XVIII. Michel Foucault argumenta que até esse período “os loucos” eram tolerados no convívio público³⁸

³⁸“Antes do sec. XVIII, a loucura não era sistematicamente internada, e era essencialmente considerada como uma forma de erro ou ilusão. Ainda no começo da idade clássica, a loucura era vista como pertencendo às quimeras do mundo; podia viver no meio delas e só seria separada no caso de tomar formas extremas e perigosas. (...) A prática do internamento no começo do sec. XIX, coincidiu com o momento em que a loucura é percebida menos com relação ao erro do que com relação à conduta regular e normal. Momento em que aparece não mais como julgamento perturbado

não havendo, até o sec. XVIII, a necessidade de reuni-los e ocultá-los do convívio social no interior de asilos específicos, “a casa dos loucos” é um imperativo da sociedade disciplinar da era das luzes com sua noção de higienização social e progresso como razão histórica. O surgimento dos hospitais psiquiátricos, assim como as prisões, tem no par razão-loucura, assim como as prisões no par licitude-crime³⁹, a base em torno da qual se estrutura uma nova forma de poder, o poder psiquiátrico cuja lógica reside em medicalizar os transtornos mentais, através de uma taxinomia da loucura, conferindo e concentrando poder na figura do médico, aquele que por deter o conhecimento dos sintomas, diagnose e evolução do quadro da loucura detém um poder sobre o paciente que este, em face da sua condição de vulnerabilidade, ignora. O poder psiquiátrico tem no hospital psiquiátrico e na psiquiatria, como medicalização da loucura, o espaço onde se desenvolve um discurso particular, médico-psiquiátrico, onde a implicação prática reside em uma descomunal concentração de poder com flagrante prejuízo para a autonomia e dignidade daquele que se encontra sujeitado no interior dessas instituições asilares. É no interior do hospital psiquiátrico que o homem etiquetado, pelo discurso psiquiátrico, com a tarja da doença mental se vê despido de sua autonomia e em última instância de sua dignidade, daí o interior de instituições como o hospital psiquiátrico ser um espaço de especial vulnerabilidade e não raro violação de direitos, pois o poder psiquiátrico, em sua própria constituição histórica, coloca-se em uma rota de colisão com o discurso dos direitos humanos que visam à universalidade de direitos e emancipação do indivíduo.

O movimento antipsiquiátrico do sec. XX desperta para essa concentração de poder e assimetria

mas como desordem na maneira de agir, de querer, de sentir paixões, de tomar decisões e de ser livre. Enfim, em vez de se inscrever no eixo verdade-erro-consciência, se inscreve no eixo paixão-vontade-liberdade.” (FOUCAULT, Michel. **A casa dos loucos** in *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado- Rio de Janeiro: edições Graal, 1979. Pags.120/121.)

³⁹Em voto apartado o juiz Sergio Ramírez capta a essência do problema iluminado pelo litígio na Corte Interamericana e a especial vulnerabilidade a que estão expostos dos doentes mentais no interior das instituições psiquiátricas: “Junto à deplorável condição das prisões, considerada e salientada uma e outra vez pela Corte Interamericana, surge agora a péssima condição de algumas - quantas? – instituições de tratamento de doentes mentais. A resistência dos afetados, naqueles casos, só ser qualificada como motim – certamente não como inconformidade democrática – e reprimida com severidade.

O protesto, se o há, por parte dos doentes mentais, vencendo as brumas da ausência ou da estranheza, pode desembocar em um destino acaso pior: a absoluta indiferença ou a aplicação de corretivos “terapêuticos” que constituem, no fundo, castigos muito severos ou intimidações sem sentido. A reação do prisioneiro é consequência da “má índole”; a do doente mental, da “loucura”: esta é, por definição, irracional e inatendível.

Salientei que o encontro entre o suposto ou provável delinquente e o Estado julgador e executor expõe a região mais nebulosa para o império dos direitos humanos: enfrentam-se o “crime” e a “lei”; é previsível o destino do enfrentamento. No entanto, talvez seja mais densa a penumbra, a propósito desse império, no encontro entre o Estado terapeuta e o doente mental: chocam-se a razão e a ausência de razão, a cordura e a loucura. O final do lance também é previsível.

Entre o ser humano privado de razão e o Estado dotado de poder – não apenas a força física do guardião, mas a força científica do tratante - só existe a linha divisória dos direitos humanos e a disposição do Estado de cumprir o encargo de garante que lhe atribui a Constituição. A Sentença se referiu a alguns aspectos desta questão ao mencionar o ‘desequilíbrio intrínseco de poder entre uma pessoa internada e as pessoas que detêm a autoridade (que) se multiplica muitas vezes nas instituições psiquiátricas.’” (**Voto fundamentado do juiz Sergio García Ramírez com relação à sentença da Corte Interamericana no caso Damião Ximenes versus Brasil de 04 de julho de 2006**, Parágrafos 19, 20,21, pags. 4/5)

entre médico-paciente, uma assimetria dissimulada pela medicalização da loucura que ao concentrar poder se torna o espaço propício para a negativa de direitos como no caso Damião Ximenes Lopes, um caso paradigmático que tem o mérito de desnudar um espaço normalmente esquecido, pois justificado pela interdição da loucura em uma sociedade que pressupõe a razão para a titularidade e gozo de direitos, um espaço que em países subdesenvolvidos se revela extremamente cruel e corrupto, a clamar uma revisão institucional que compatibilize o discurso dos direitos humanos e o discurso psiquiátrico no sentido do reconhecimento da humanidade daquelas pessoas que por infortúnio padecem de transtornos mentais. Como no quadro de Edvard Munch, o grito de agonia que ecoa tem em Damião Ximenes a expressão que ocorre, nesse caso, à Corte Interamericana, clamando pela humanização do espaço psiquiátrico.

Se o caso Damião Ximenes tratou da condição de especial vulnerabilidade das pessoas acometidas por transtornos mentais, o caso seguinte abordará os efeitos deletérios do sistema de reclusão e a violação dos direitos subjetivos dos apenados. Assim como o hospital psiquiátrico, os presídios carregam o signo da exclusão que se traduz, em muitos casos, na negação da dignidade ínsita ao ser humano.

4.2. Caso Urso Branco e Sistema Penitenciário: o direito à humanização das penas e o direito do custodiado como DH

No final dos anos 90, na cidade de Porto Velho, capital do Estado de Rondônia, foi construída a Casa de Detenção José Mário Alves, mais conhecida como presídio Urso Branco. Com capacidade para 420 internos, o presídio Urso Branco destinava-se a abrigar presos provisórios, entre 2002 e 2004, o presídio Urso Branco tinha na maior parte de sua população carcerária presos definitivos, sendo o maior presídio da região norte, com quase mil custodiados, mais do que o dobro de sua capacidade. Porto Velho, fundada em 1907 no auge do ciclo da borracha, nos meses de agosto e setembro chega a atingir temperaturas médias superiores a 35° C, seu clima é tropical superúmido, o que aumenta a sensação térmica de calor.

O presídio Urso Branco registra um histórico de rebeliões, assassinatos entre facções rivais de presos e a indiferença das autoridades penitenciárias. Nesse clima, em 07 de dezembro de 2001, um grupo de detentos tentou uma fuga em massa, com destruição de cadeados e tentativa de assassinato de presos rivais, a tentativa de fuga em massa foi controlada pelos agentes penitenciários que colocaram os presos jurados de morte no “seguro”, celas separadas. O presídio de Urso Branco também possuía os “celas livres”, presos que tinham livre circulação em Urso Branco e suas celas ficavam abertas. A tensão carcerária continuava e em 20 de dezembro de 2001 o juiz da Vara de Execuções Penais determinou à direção do presídio que todos os presos “celas livres” fossem recolhidos à carceragem, proibindo a manutenção de presos nessa condição⁴⁰.

No último dia do ano de 2001, véspera de Réveillon, a determinação da Vara de Execuções Penais foi cumprida, a ordem de não mais existir presos “celas livres” foi executada pela Direção do Presídio, entre o estouro da champagne e a iminência do estalar de fogos a direção de Urso Branco interpretou que a proibição de celas livres deveria ser equacionada da seguinte forma: presos matadores, selecionados e trancafiados próximo à administração do presídio; presos do seguro, aqueles que cometeram crimes considerados imorais pelos próprios presos, seriam distribuídos em número de 05 por cela, trancados no pavilhão com os demais presos, juntos com os

⁴⁰“ la ubicación de los internos en la Cárcel de Urso Branco antes del 1 de enero de 2002 tenía las siguientes particularidades: aproximadamente 60 internos se encontraban ubicados en celdas especiales -conocidas como celdas de “seguro”-, en virtud de que estaban recluidos por crímenes considerados inmorales por los demás internos o debido a que se encontraban en riesgo de sufrir atentados contra su vida o integridad física por parte de otros reclusos; por otro lado, algunos internos de confianza de las autoridades -conocidos como “celdas libres”- gozaban de cierta libertad de movimiento dentro del centro penal; sin embargo, un juez de ejecución penal ordenó que estos últimos fueran ubicados en celdas.” (**Caso de la cárcel Urso Branco**. Medidas Provisionales respecto de la República Federativa del Brasil, pag.01)

celas livres que agora perderiam esse privilégio. Em primeiro de janeiro de 2002 estoura uma rebelião, os presos do seguro são assassinados pelos demais presos (celas livres), após 18 horas a tropa de choque da polícia militar de Rondônia controla a situação, o saldo de mortos é de 45 assassinados a golpe de “chuços”, instrumentos pérfuro-cortantes confeccionados pelos presos.

Urso Branco: um caso sem mérito

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 6 de junho de 2002, acionou com base no art. 63.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte de San José. Estabelece o referido dispositivo normativo que “em caso de gravidade e urgência” e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis à pessoa, a Corte poderá tomar medidas provisórias que considere pertinentes, ainda que o caso não seja objeto de conhecimento da Corte em processo previamente instaurado, desde que acionado, nesse caso, pela Comissão Interamericana.⁴¹

Em fundamentação de seu pedido de medida cautelar, a Comissão Interamericana apresentou como argumento a existência de suficientes elementos probatórios que permitem presumir que se encontram em grave risco de vida e integridade os detentos do presídio Urso Branco. Situação de extrema gravidade onde entre 1 de janeiro de 2002 e 05 de junho do mesmo ano, 37 pessoas foram brutalmente assassinadas no interior de Urso Branco. Onde, em face dos fatos, está caracterizada a incapacidade do Estado de controlar a situação de modo a resguardar a vida e integridade dos demais presos. A Comissão Interamericana, ao tomar conhecimento do caso, em 14 de março de 2002, solicitou que o Estado brasileiro adotasse medidas cautelares que não lograram a devida implementação, no que resultou após essa data no registro de mais 05 mortes em Urso Branco.

A Comissão solicitou à Corte de San José provimento cautelar de urgência, consistente em: 1) Adoção imediata de medidas que resguardecam a vida dos detentos de Urso Branco; 2) Medida que desarme os presos e impeça seu armamento; 3) Informar à Corte em um prazo célere que medidas efetivas foram tomadas.

Com base no art. 1.1 da Convenção que determina que todo Estado-parte tem a obrigação de respeitar os direitos e liberdades nela consagrados e garantir o livre e pleno exercício desses direitos

⁴¹“Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.” Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 63.2

por aqueles que estão sob sua jurisdição, a Corte de San José acolheu o pedido de provimento jurisdicional de urgência. Tendo em vista que medidas cautelares já consignadas pela Comissão não surtiram efeito. A Corte determinou que além das medidas para proteger a vida e integridade dos custodiados, seu desarmamento, as causas de tais rebeliões fossem identificadas e os responsáveis fossem punidos pela justiça interna. Foi concedido o prazo de 15 dias, após a notificação do Estado, para que esse informasse à Corte Interamericana sobre as medidas adotadas e que em um intervalo de a cada dois meses a Corte fosse informada sobre a implementação das medidas e o envio das listas de presos com a discriminação entre aqueles postos em liberdade e aqueles que permaneciam encarcerados.⁴²

Em face da Resolução da Corte Interamericana de 18 de junho de 2002, em 08 de julho, o Estado brasileiro apresentou informe no que relata as medidas adotadas para cumprir as medidas cautelares ordenadas pela Corte de San José. Segundo o informe apresentado, foi realizada uma missão especial onde representantes do Ministério das Relações Exteriores, Secretaria de Direitos Humanos e Ministério da Justiça reuniram-se com distintas autoridades do Estado de Rondônia, no que foram tomadas as seguintes medidas: 1) substituição da força especial da polícia militar de Rondônia que controla o presídio de Urso Branco por agentes penitenciários; 2) contratação de novos agentes penitenciário aprovados em concurso público, 45 agentes foram aprovados; 3) iniciada a construção de novos presídios em Rondônia, para desafogar a superpopulação de Urso Branco, a previsão será de entrega em 40 dias de uma nova unidade em Guajará-Mirim, que acolherá 68 presos de alto-risco, o segundo devendo ser entregue em 90 dias e acolherá 120 presos; 4) realização de inspeções periódicas pelo juiz das execuções penais, Ministério Público, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil-RO, com a finalidade de desarmar os presos, ouvir seus reclamos, prestar assistência jurídica gratuita e identificar e prevenir novos focos de rebeliões. Para fins de investigação e responsabilização pelas mortes ocorridas em Urso Branco foi instaurado um processo administrativo que segue investigando os fatos lentamente, no que o

⁴²“RESUELVE:

1. Requerir al Estado que adopte todas las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todas las personas reclusas en la Cárcel de Urso Branco, siendo una de ellas el decomiso de las armas que se encuentren en poder de los internos.

2. Requerir al Estado que investigue los hechos que motivan la adopción de estas medidas provisionales con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes.

3. Requerir al Estado que, dentro del plazo de 15 días contado a partir de la notificación de la presente Resolución, informe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las medidas que haya adoptado en cumplimiento de la misma y que presente una lista completa de todas las personas que se encuentran reclusas en la Cárcel de Urso Branco; y asimismo, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presente sus observaciones a dicho informe dentro del plazo de 15 días a partir de su recepción.

4. Requerir al Estado que continúe informando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada dos meses, sobre las medidas provisionales adoptadas y que presente listas actualizadas de todas las personas que se encuentran reclusas en la Cárcel de Urso Branco, de manera que se identifique a las que sean puestas en libertad y a las que ingresen a dicho centro penal; y asimismo, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presente sus observaciones a dichos informes dentro del plazo de dos meses a partir de su recepción.” (**Caso de la Cárcel de Urso Branco**. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, pag. 07)

representante do Ministério Público no conselho penitenciário requereu a designação de um grupo especial da polícia civil para agilizar as investigações. Segundo o informe do Estado brasileiro, não há evidências da participação de agentes estatais nas 38 mortes de presos ocorridas em Urso Branco, onde estas ocorreram em virtude do “propósito firme” dos presos matarem aqueles que não os agradam.

A Comissão Interamericana contestou o informe do Estado brasileiro, no que arguiu que: 1) a missão de investigação do governo federal enviada à Rondônia se limitou a reuniões de trabalho com autoridades do estado de Rondônia, não realizando qualquer visita ao presídio de Urso Branco ou supervisionando as obras dos novos presídios; 2) a presença permanente de policiais militares no interior de prisões é medida ilegal, não permitida pela legislação brasileira; 3) O presidente do sindicato dos agentes penitenciário do Estado de Rondônia informou que não houve contratação dos agentes selecionados em concurso, mas sim militares em seus lugares; 4) Informou a Comissão Interamericana que as obras do presídio de Guajará-Mirim se encontram paradas há mais de um mês, não têm capacidade para 68 pessoas como informado pelo Estado brasileiro, mas para 40, as celas não contam com ventilação, iluminação adequada, não sendo factível que estejam prontas no prazo fixado; 5) não é possível avaliar o real estágio da investigação administrativa em face das escassas informações apresentadas, não foi nomeado nenhum grupo especial da polícia civil para acelerar as investigações sobre as mortes ocorridas em Urso Branco, não havendo até a data uma única pessoa indiciada.

Em 29 de agosto de 2002, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou os termos da Resolução de 18 de junho de 2002, mantendo todas as medidas cautelares a serem cumpridas pelo Estado brasileiro.

O caso Urso Branco tem a peculiaridade de ser um caso sem mérito, no sentido que não se trata de um processo de conhecimento ajuizado perante a Corte de San José, é um caso peculiar em matéria de jurisdição internacional em que um instituto próprio do direito processual civil se internacionaliza, a medida cautelar própria às prestações jurisdicionais de urgência, onde antes mesmo que o “mérito” possa ser enfrentado, uma medida judicial deve ser adotada para acautelar o objeto da demanda. No plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos mais do que acautelar o provimento jurisdicional, essas medidas visam a tutelar os direitos humanos postos em risco.⁴³ No

⁴³“La obligación general de garantía abarca la aplicación de las medidas provisionales de protección bajo la Convención Americana. En mi Voto Concurrente en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana* (Resolución del 18.08.2000), me permití destacar el cambio operado tanto en el propio *rationale* como en el objeto de las medidas provisionales de protección (trasladadas originalmente, en su trayectoria histórica, del

caso, o art. 63.2 da Convenção Americana é o fundamento normativo que permitiu à Comissão requerer à atuação da Corte de San José e sequer se pode falar em mérito, pois não há um processo cognitivo instaurado, em face das mortes sistemáticas e da inaptidão do Estado em garantir a vida e integridade dos custodiados, essa situação de urgência se perpetuou, a Corte Interamericana reiterará esse “estado cautelar” em vários momentos, sem que o Estado brasileiro tome medidas eficazes. Esse quadro é reiterado pelas Resoluções da Corte Interamericana de 22 de abril de 2004 e 07 de julho de 2004, ano em que ocorre outra rebelião de presos em Urso Branco.

Precedente da CIDH, caso *Hilaire, Constantine y Benjamin versus Trinidad y Tobago* e as regras mínimas para tratamento de reclusos da ONU

A Corte Interamericana de Direitos Humanos enfrentou a questão dos direitos dos presos e as condições de reclusão no caso *Hilaire, Constantine y Benjamin versus Trinidad y Tobago*. Entendeu a Corte de San José, nesse julgado, que Trinidad y Tobago violou os art.5.1 e 5.2 da Convenção Americana que tratam da integridade física, psíquica e moral da pessoa, sendo vedada a tortura e penas de caráter cruéis e degradantes, reconhecendo à pessoa privada de liberdade um tratamento digno. O caso *Hilaire, Constantine y Benjamin versus Trinidad y Tobago* guarda uma similaridade com o caso Urso Branco, é que embora o caso *Hilaire, Constantine y Benjamin* trate da condição de prisão de pessoas condenadas à morte, o reconhecimento de que as condições em que os presos viviam, similares às de Urso Branco, afetavam a sua integridade física e psíquica se irmanando às condições verificadas em Urso Branco. Os custodiados que estavam no corredor da morte em Trinidad y Tobago, sob a iminência de a qualquer momento serem levados à forca, submetia-os a um estado de estresse intenso, desenvolvendo em vários deles casos de depressão, insônia por pesadelos e ausência de apetite, a Corte no caso *Hilaire, Constantine y Benjamin* entendeu que Trinidad y Tobago ao adotar a pena de morte em franca oposição à Convenção Americana e sujeitar os apenados ao corredor da morte (*death row phenomenon*) violaria, pela simples tortura do corredor da morte, os artigos que velam pela integridade física e psíquica da pessoa humana, além de caracterizar pena cruel. Nesse norte a Corte de San José está em sintonia com a jurisprudência de outra corte internacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos firmou o mesmo entendimento no

derecho procesal civil al derecho internacional público), con el impacto de su aplicación en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (párrs. 17 y 23): en el universo conceptual de este último, las referidas medidas pasan a salvaguardar, más que la eficacia de la función jurisdiccional, los propios derechos fundamentales de la persona humana, revistiéndose, así, de un carácter verdaderamente *tutelar*, más que *cautelar*.” (**Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade**, caso *Carcél de Urso Branco*, parágrafo 04, pag. 1/2)

caso *Soering versus Reino Unido*, em que entendeu que se o Reino Unido concedesse a extradição de Soering para os EUA, este último correria um fundado risco em sua integridade física e psíquica. Soering havia cometido um crime nos Estados Unidos e fugido para o Reino Unido, o crime pelo qual era acusado nos EUA poderia leva-lo ao corredor da morte, sem enfrentar a questão da pena de morte a Corte Europeia nesse caso, 1989, realçou o caráter desumano do corredor da morte, no que foi negada a extradição de Soering que na época contava com 18 anos de idade.

Os Estados Unidos, que não são signatários da Convenção Americana e não se submetem à jurisdição da Corte Interamericana, em um julgado de sua Suprema Corte, caso *Furman versus Georgia*, entendeu que o período de espera no corredor da morte destrói o espírito humano e se constitui em uma tortura psicológica. No caso de Urso Branco, o contínuo estado de tensão psicológica causado pela insegurança dos presos quanto à sua integridade física e psíquica, vivendo sob a constante ameaça de morte como uma sanção difusa e extrajudicial, mas real, aplicada por apenados de facções rivais e com a complacência das autoridades penitenciárias, coloca os custodiados de Urso Branco na mesma situação de desumanidade em que estão os apenados do corredor da morte. A Corte Interamericana, em Resolução de 7 de julho de 2004, é expressa no sentido de afirmar que é responsabilidade do Estado adotar medidas de segurança para proteger as pessoas que estejam sob sua jurisdição, sendo que tal dever é mais evidente quando se trate de pessoas reclusas em centros de detenção estatal, sendo o Estado o garante das pessoas sob sua custódia.⁴⁴ O processualista italiano, Francesco Carnelutti, nos traz uma lição oportuna para o presente caso, ao afirmar que o processo penal é uma conquista da civilização, ele observa que o processo penal termina na sentença quando ela é absolutória, mas quando a sentença penal é condenatória o processo não se encerra no tribunal, ele se estende para a penitenciária, com as mesmas garantias e racionalidade do processo judicial. A execução penal, assim, é uma continuação do processo penal que visa a resguardar a humanidade e racionalidade na execução da pena (CARNELUTTI, 2009).

Essa racionalidade e humanidade na execução da pena é disciplinada, em âmbito internacional, pelas regras mínimas para tratamento de reclusos da ONU, de 1955, no Primeiro Congresso das

⁴⁴“Que o artigo 1.1 da Convenção assinala o dever que têm dos 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, o que implica o dever de adotar as medidas de segurança necessárias para sua proteção. Estas obrigações se tornam ainda mais evidentes em relação àqueles que estejam envolvidos em procedimentos perante os órgãos de supervisão da Convenção Americana.

Que em virtude da responsabilidade do Estado em 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, caso em que o Estado é o garante dos direitos das pessoas que se encontram sob sua custódia.” (Caso da penitenciária Urso Branco. Resolução da Corte Interamericana de 07 de julho de 2004, pag.15)

Nações Unidas sobre a prevenção do crime e tratamento de delinquentes, aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU, resolução 663 CI (XXIV), em 1957. As regras mínimas têm como objetivo estabelecer os princípios e regras de uma boa organização penitenciária e da prática relativa ao tratamento de prisioneiros. A Corte Interamericana, desde a sua Resolução de 29 de agosto de 2002, relativo ao caso Urso Branco, acentua que o Estado brasileiro, com o objetivo de proteger a vida e integridade pessoal dos reclusos na penitenciária de Urso Branco, deve ajustar as condições do cárcere às normas internacionais de proteção dos direitos humanos aplicados à matéria. Entretanto, em sucessivos informes e resoluções, noticia-se a revelia do Estado brasileiro, no caso Urso Branco, em se adequar à normativa internacional sobre a matéria.

Urso Branco: a catedral da barbárie

Narra a crônica cristã que no ano de 250 da nossa era, Saint Denis, missionário em Paris e seu primeiro bispo, foi martirizado pelos romanos; decapitado, Saint Denis ainda caminhou, segurando sua cabeça, até sua igreja. A arte sacra o imortalizou com a imagem de um homem decapitado segurando entre os braços sua própria cabeça. Narra a crônica da barbárie que em abril de 2004, trezentas pessoas, em dia de visita, maioria mulheres, foram feitas reféns. Os presos iniciaram uma nova rebelião em Urso Branco, exigiam a saída do diretor do presídio, neste dia um interno foi assassinado pelos outros presos, os representantes do Estado suspenderam a alimentação e a água como forma de apressar o fim da rebelião dos presos.⁴⁵ Como reação um preso subiu no telhado da unidade de Urso Branco exibindo a cabeça decapitada do detento Isaac do Espírito Santo. O impasse entre presos rebelados, com reféns, e autoridades do Estado não se resolvia, no dia 19 de abril os presos mataram outro interno diante de jornalistas e familiares que se encontravam fora da unidade, esperando notícias, em seguida jogaram o corpo de uma altura de 10 metros. As negociações não avançavam e os presos ameaçavam novas decapitações de presos amarrados à Caixa d'água e arremesso de seus corpos. No quinto dia de rebelião, os presos e os reféns, sem comida e água, começaram a se alimentar dos gatos que viviam no presídio de Urso Branco.

⁴⁵“O escrito de 20 de abril de 2004 e seus anexos, mediante os quais a Comissão informou que ‘tem recrudescido a situação de extrema gravidade na Penitenciária Urso Branco’. A Comissão apresentou como anexo um escrito dos peticionários, e indicou que ‘segundo informado por referida comunicação, nos últimos dias vários internos da Penitenciária Urso Branco tem sido assassinados, alguns deles publicamente; foram produzidos esquartejamentos de cadáveres, e pedaços destes foram lançados contra autoridades e pessoas presentes no lugar; e aparentemente há mais de 170 pessoas como reféns em referida penitenciária, tudo isso relacionado a um motim que se teria produzido no local’. Em razão do anterior, a Comissão solicitou à Corte que ‘adote todas as medidas urgentes que considere adequadas para impulsionar o cumprimento das medidas provisórias [...]’. Ademais, no escrito dos peticionários aportado como anexo pela Comissão, está indicado que no domingo 18 de abril de 2004 se deu um amotinamento na penitenciária, dia no qual se realizava as visitas aos reclusos e que estes ‘não permitiram que os familiares saíssem após o horário de visitas’”. (**Caso da penitenciária Urso Branco**, de 07 de julho de 2004, parágrafo 14, pag. 04)

As regras mínimas para tratamento de reclusos da ONU, prescreve em seu art. 8, b) que os presos preventivos devem ser mantidos separados dos condenados. Em 4 de maio de 2004 o Estado brasileiro apresentou seu sexto relatório à Corte Interamericana, onde informa que Urso Branco tem 864 presos, dos quais 335 são condenados e 529 são provisórios, não respondendo ao questionamento se encontram-se misturados ou em setores separados. Em seu art. 9 prescreve que as celas não devem ser ocupadas por mais de um preso e que em situações excepcionais e temporalmente em cada cela não fiquem mais de dois presos, em audiência pública realizada na Corte Interamericana, em 28 de junho de 2004, a Comissão Interamericana informou que: “Atualmente, 240 reclusos se encontram localizados, sem a devida segurança, na ‘igreja’, na qual os agentes tem dificuldade para ingressar. Os reclusos do ‘seguro’, que ascendem a 180, estão localizados em 4 celas, as quais tem capacidade para 10 pessoas cada uma.” As regras mínimas para reclusos determinam ainda que durante à noite os presos estejam sujeitos a uma vigilância regular. A Comissão Interamericana e *amicus curiae* informam que após às 18 horas os agentes penitenciários se retiram de Urso Branco, ficando os reclusos sem vigilância durante a noite.⁴⁶ O art. 17, em linhas gerais, prescreve que “todo vestuário deve ser limpo e ser mantido em bom estado” não devendo de forma alguma o vestuário ser degradante ou humilhante. Notícia a Resolução da Corte Interamericana de 04 de julho de 2004 que em fevereiro do mesmo ano, muitos reclusos haviam sido mantidos nus por dois dias e uma noite na quadra de Urso Branco, sendo também espancados. A normativa internacional prescreve que deve haver pelo menos um médico em cada presídio, que os serviços médicos devem velar pela saúde física e mental dos reclusos. A mesma Resolução informa que em Urso Branco os reclusos não têm assistência médica. Desde o acionamento da Corte de San José em 2002 até a realização da audiência pública em junho de 2004, noticia-se que em Urso Branco houve espancamentos, agressões, torturas, ameaças, choques elétricos, presos provisórios permanecem misturados com definitivos e 76 pessoas foram mortas. Somente a chacina de 27 presos de 2002, que deu origem às medidas provisórias da Corte, estavam sendo investigadas, os demais homicídios estavam em fase inicial de investigação até a data da audiência pública em San José. A Procuradoria Geral de Justiça não decidiu se iria denunciar as autoridades estatais responsáveis pelo fato, apesar de as investigações assinalarem a responsabilidade de cada uma delas.⁴⁷

⁴⁶“Na Penitenciária Urso Branco não se garante a segurança dos internos nem de seus custódios, é insuficiente a quantidade de guardas que a guarnece, ademais de que depois das 18:00 horas todo o pessoal de custódia se retira de seu interior, o qual facilita a execução de atos de violência e garante a impunidade de ditos atos. As condições de detenção na penitenciária são contrárias à dignidade humana e não estão adequadas aos standares mínimos internacionais sobre a matéria. Estas condições tem criado uma situação de tensão e sofrimento.” (**Caso penitenciária Urso Branco**, Resolução de 07 de julho de 2004, pag. 10)

⁴⁷“O Estado não tem cumprido integralmente com a medida relativa à obrigação de investigar os acontecimentos com o fim de identificar os responsáveis e impor-lhes as sanções correspondentes. Somente se condenou uma pessoa pela morte de um recluso e só duas investigações ou procedimentos envolvem autoridades públicas como responsáveis

O caso de Urso Branco traz questões especialmente importantes em matéria de Direito Internacional dos Direitos Humanos. A começar pela tese de que o Estado ao se obrigar junto à comunidade internacional não poderia ser responsabilizado quando a violação de direitos humanos ocorresse por atos de terceiros, no caso entre particulares. Em Urso Branco, a priori, eram presos matando presos de facções rivais. Embora o direito dos tratados esteja alicerçado no conceito de autonomia de vontade do Estado, pois este tem autonomia para aderir ou ratificar um tratado ou convenção, bem como denunciá-lo. Em matéria de Direito Internacional dos Direitos Humanos essa perspectiva voluntarista e contratualista é mitigada pela direito consuetudinário internacional. Em Direito Internacional dos Direitos Humanos não se pode falar em voluntarismo e contratualismo puro, existe um núcleo indisponível de direitos que se impõem, que se conhece como *jus cogens*. É desse núcleo objetivo de valores que emana a ideia de que o Estado ao aderir ou ratificar um tratado internacional de direitos humanos, como a Convenção Americana, assume uma obrigação *erga omnes* (coletiva) de velar pelos direitos lá positivados. Assim, em seu voto concorrente, o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade afirma que no caso Urso Branco as medidas protetivas conservam esse caráter de dever coletivo, ou obrigação *erga omnes*, onde não apenas o Estado está vinculado, mas também os indivíduos entre si. O caráter dessa obrigação internacional *erga omnes* obriga não apenas o Estado brasileiro a respeitar a vida e integridade das pessoas, segundo normatizado nos arts. 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, como também vincula os próprios indivíduos, em um efeito vinculante horizontal (*drittwirkung*). Essa tese aparece no voto apartado de Cançado Trindade no caso *Blake versus Guatemala* que versa sobre desaparecimento forçado, nos parágrafos 23 a 30, e é retomado no seu voto deduzido no caso Urso Branco. Assim, Cançado Trindade chega à conclusão que: “trata-se de uma autêntica obrigação *erga omnes* de proteção, em favor, no presente caso, de todas as pessoas custodiadas na penitenciária de Urso Branco (...) obrigação esta que cresce em importância em uma situação de violência e insegurança permanente como no caso Urso Branco.” (Voto do juiz A. A. Cançado Trindade, deduzido no **caso Urso Branco**, parágrafo 6, pag.02) No mesmo voto o juiz da Corte de San José sustenta que “a proteção dos direitos humanos determinada pela Convenção Americana, para ser eficaz, abrange não só as relações entre os indivíduos e o poder público, mas também suas relações com terceiros”⁴⁸ nesse

diretas ou indiretas nas 76 mortes que ocorreram na penitenciária entre maio de 2001 e abril de 2004. Ademais, apesar de que a fase de investigação policial deve durar um máximo de três meses, a investigação policial prévia à denúncia apresentada pelo Ministério Público de Rondônia, referida às 27 mortes ocorridas em janeiro de 2002, durou 30 meses.” (Caso penitenciária Urso Branco, Resolução de 07 de julho de 2004, pag. 12)

⁴⁸“Posteriormente, en otro caso de dimensiones tanto individual como colectiva, en mi Voto Concorrente en el caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó (Resolución del 06.03.2003), también atinente a Colombia, me

caso os terceiros são os indivíduos entre si, ainda que privados de liberdade.

Outra tese que o caso Urso Branco ventilou, foi relativa a se o Estado federado, como o brasileiro, teria responsabilidade internacional quando a violação de direitos humanos fosse, na espécie, de exclusiva responsabilidade do estado-membro da federação. As violações de direitos humanos ocorreram no interior de Urso Branco, penitenciária do Estado de Rondônia. A Corte de San José já havia enfrentado essa questão no caso *Garrido y Baigorria versus Argentina*, em sentença de 27 de agosto de 1998, entendendo que “um Estado não pode alegar sua estrutura federal para deixar de cumprir uma obrigação internacional.” (Parágrafo 46) Reiterando esse entendimento em Opinião Consultiva n. 16 (01 de outubro de 1999), onde afirmou que as obrigações convencionais devem ser cumpridas pelos Estados, independentemente de sua estrutura federal ou unitária.

Resolução de 25 de agosto de 2011, o Pacto para melhoria do Sistema Prisional de Rondônia e o levantamento das medidas provisórias da Corte Interamericana

Em audiência pública realizada em 25 de agosto de 2011, durante o 92 período ordinário de sessões da Corte Interamericana, celebrado em Bogotá, Colômbia, a Corte Interamericana considerou cessados os requisitos de extrema gravidade e urgência que fundamentavam a manutenção das medidas protetivas. Segunda a Corte de Direitos Humanos desde dezembro de 2007 não foram registradas mortes violentas ou motins em Urso Branco, a população carcerária diminuiu para 700 internos em 2009 e desde então esse número tem se mantido estável. O Estado vem investigando as denúncias de violência ou maus tratos inclusive com processos penais resolvidos em primeira instância.

permití insistir en la necesidad del "reconocimiento de los efectos de la Convención Americana *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*)", - propio de las obligaciones *erga omnes*, - "sin el cual las obligaciones convencionales de protección se reducirían a poco más que letra muerta" (párrs. 2-3). Y agregué que, de las circunstancias de aquel caso, - así como del presente caso, - se desprende claramente que:

"la protección de los derechos humanos determinada por la Convención Americana, de ser eficaz, abarca no sólo las relaciones entre los individuos y el poder público, sino también sus relaciones con terceros (...). Ésto revela las nuevas dimensiones de la protección internacional de los derechos humanos, así como el gran potencial de los mecanismos de protección existentes, - como el de la Convención Americana, - accionados para proteger colectivamente los miembros de toda una comunidad, aunque la base de acción sea la lesión - o la probabilidad o inminencia de lesión - a derechos individuales" (párr. 4)." (**Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade**, caso Urso Branco, parágrafo 07)

O Estado brasileiro informou à Corte Interamericana que em 24 de agosto de 2011 autoridades federais, do Estado de Rondônia e beneficiários assinaram o “Pacto para melhoria do Sistema Prisional de Rondônia e o levantamento das medidas provisórias outorgadas pela Corte Interamericana.” Onde foram identificados os principais problemas de Urso Brancos e propostos eixos para seu enfrentamento, sendo elas: a) infraestrutura: ampliação da capacidade e melhoria da estrutura física dos centros penitenciários; b) qualificação do pessoal: medidas para a contratação e formação de agentes e funcionários administrativos, incluídas ações para melhor atendimento ao apenado; c) apuração dos fatos e responsabilização: estabelecimento de prazos para a conclusão dos inquéritos e julgamentos das pessoas investigadas em relação com fatos vinculados ao caso da Penitenciária Urso Branco, implantação do Centro de Apoio à Execução Penal por parte do Ministério Público, entre outras ações; d) aperfeiçoamento dos serviços, mobilização e inclusão social: ações relacionadas à celeridade das respostas às demandas da população carcerária e seus familiares, bem como incremento das medidas de ressocialização, e e) medidas de combate à cultura de violência: ações concretas para a criação e consolidação de mecanismos de combate e prevenção à violência, aos maus tratos e à tortura no sistema penitenciário.

A Corte Interamericana, assinalou, ainda que o levantamento das medidas provisórias não implica que o Estado esteja relevado de suas obrigações convencionais de proteção. A chacina de janeiro de 2002, que vitimou 27 presos e gerou as medidas protetivas da Corte Interamericana constitui-se no segundo pior incidente do sistema prisional brasileiro, no âmbito interno houve uma “maratona de julgamentos” sobre o caso Urso Branco, com 13 sessões de julgamento entre maio de 2010 e fevereiro de 2011, em um processo de 14 volumes, 03 mil e 500 páginas, com julgamentos transmitidos ao vivo pela internet. Vários réu acusados de participar do motim e assassinar presos foram condenados a mais de 400 anos cada um, outros absolvidos pelo Tribunal do Júri. O julgamento final foi do ex-diretor de Urso Branco, Weber Jordano Silva, acusado de colocar os presos do seguro junto aos demais presos o que teria motivado a rebelião e chacina. O Tribunal do Júri o absolveu em sessão de fevereiro de 2011.

A violação de direitos subjetivos não se restringe aos espaços de confinamento e interdição de hospitais e penitenciárias, mas se dá também através da violação do direito ao devido processo legal e demais direitos civis, como se verá nos casos Escher e Sétimo Garibaldi. Um estado de negação de direitos subjetivos que se alastra para o conflito pela terra e que remonta, arqueologicamente, ao modo de ocupação geográfico e da noção de propriedade.

4.3. Caso Escher e as garantias do devido processo legal: o direito a um processo penal democrático como DH.

No ano de 1942, o então interventor no estado do Paraná, Manoel Ribas, dá início a uma política de incentivo à ocupação da região norte do Estado paranaense. O norte do Paraná é, nessa época, uma região basicamente ocupada por florestas. Manoel Ribas, inspirado na política estadunidense do presidente Abraham Lincoln, *Homestead act*, de ocupação do oeste norte-americano, estimula famílias paranaenses, paulistas e mineiras a ocupar essas terras selvagens, torná-las produtivas e após um período de seis anos estas famílias passariam a ter o título de propriedade das mesmas. No início eram poucas famílias, mas por volta de 1950, eram milhares que haviam derrubado florestas e feito plantações. Em 1947, após o fim do Estado novo, o governo do estado do Paraná passa para Moysés Lupion que não dá continuidade à política de ocupação de Manoel Ribas, as famílias que desbravaram o norte do Paraná nunca viriam o título das terras que ocuparam. As terras sem títulos (ocupadas por posseiros que acreditaram na política de Manoel Ribas) foram entregues por Lupion para fazendeiros com quem tinha relações. Os latifundiários que receberam o título de propriedade de Lupion passaram então a limpar a área ocupada pelos posseiros, lançando mão de milícias privadas, com apoio da polícia paranaense. Esse conflito entre as família que foram desbravar o norte do Paraná e os latifundiários que passaram a ter o título das terras deu origem à “Revolta do quebra milho” ou “Guerra do Porecatu”, conflito ocorrido no Paraná no final dos anos 40 e início dos anos 50, com assassinatos, ameaças e torturas.

No dia 5 de maio de 1999, o major Waldir Copetti Neves, chefe do Grupo Águia da Polícia Militar do estado do Paraná, requisitou à vara única do município de Loanda, extremo noroeste do Paraná, pedido de interceptação e monitoramento da linha telefônica da sede da COANA, em virtude de “fortes evidências de estar sendo utilizada por lideranças do Movimento dos sem Terra (MST) para práticas delituosas”. No mesmo dia, a juíza Elisabeth Khater, titular da vara de Loanda, autorizou o pedido de interceptação telefônica através de uma simples anotação na margem da petição, onde escreveu: “recebido, analisado e defiro”. O Ministério Público não foi notificado da decisão.⁴⁹

⁴⁹“No dia 5 de maio de 1999, o major Waldir Copetti Neves, Chefe do Grupo Águia da Polícia Militar do Paraná (doravante “major Neves”), apresentou à Vara Única de Loanda um pedido de interceptação e monitoramento da linha telefônica (044) 462- 14XX, instalada na sede da COANA, “em virtude das fortes evidências de estar sendo utilizada pela liderança do MST para práticas delituosas”. A solicitação mencionava supostos indícios de desvios por parte da diretoria da COANA de recursos financeiros concedidos através do Programa Nacional de Agricultura Familiar (PRONAF) e do Programa de Crédito Especial para a Reforma Agrária (PROCERA), aos trabalhadores do Assentamento Pontal do Tigre, no município de Querência do Norte. Ademais, referia-se ao assassinato de Eduardo Aghinoni, “cuja autoria [...] estava sendo investigada e suspeitava-se que entre os motivos de tal crime estava o ‘desvio’ dos recursos já especificados”. A Vara de Loanda recebeu essa solicitação, iniciando o procedimento de Pedido de

Entre os anos de 1994 e 2002 o estado do Paraná assistiu a uma explosão de violência no campo. Sob a administração do governador Jairo Lerner foram registrados 16 assassinatos de camponeses, 49 ameaças de morte, 325 pessoas feridas em disputas de terras, 134 ações de despejos, onde a polícia militar e o poder judiciário do Estado foram aparelhados por grupos ruralistas vinculados ao governo do estado do Paraná.⁵⁰

A jurisdição internacional e o princípio da subsidiariedade

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 20 de dezembro de 2007, foi acionada pela Comissão Interamericana, com fundamento nos arts. 51 e 61 da Convenção Americana, tendo como demandado o Estado brasileiro. Segundo a Comissão Interamericana a demanda se refere à interceptação e monitoramento ilegal das linhas telefônicas de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni, membros da ADECON e COANA, realizados entre abril e junho de 1999 pela polícia militar do Estado do Paraná; bem como da denegação de justiça e direito de livre associação. A ação proposta pela Comissão Interamericana se lastreia no arts. 8, 11, 16 e 25 da Convenção que tratam respectivamente das garantias judiciais, proteção da honra e dignidade, liberdade de associação e proteção judicial. Ao submeter o caso à Corte de San José, a Comissão o fez por entender que se tratava de uma “ótima oportunidade” para a Corte aperfeiçoar sua jurisprudência sobre “tutela do direito à privacidade e do direito à liberdade de associação, assim como os limites do exercício do poder público.”⁵¹

Censura de Terminal Telefônico No. 41/99 (doravante “Pedido de Censura”).” (**Caso Escher e outros versus Brasil**. Sentença de 6 de julho de 2009, parágrafo 90, pag. 29)

⁵⁰“O período em que Jaime Lerner esteve no governo do Paraná (1994-2002) foi, sobretudo, um tempo de extrema violência no campo do estado. Entre 1994 a 2002 foram contabilizados, no Paraná, 16 assassinatos de camponeses, 49 ameaças de morte e 325 feridos, em 134 ações de despejo, realizadas tanto pela polícia militar estadual, quanto por milícias privadas ligadas às entidades patronais (CPT/PR, 2006).” (Roos, Dioni. **As lutas camponesas no Estado do Paraná e os modelos da “Reforma Agrária” brasileira**. GeoGraphos. [En línea]. Alicante: Grupo Interdisciplinario de Estudios Críticos y de América Latina (GIECRYAL) de la Universidad de Alicante, 2 de enero de 2013, vol. 4, nº 31, p. 1-18. [ISSN: 2173- 1276] [DL: A 371-2013] [DOI: 10.14198/GEOGRA2013.4.31])

⁵¹“Em 20 de dezembro de 2007, em conformidade com o disposto nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Comissão Interamericana” ou “a Comissão”) submeteu à Corte uma demanda contra a República Federativa do Brasil (doravante “o Estado” ou “o Brasil”), a qual se originou da petição apresentada em 26 de dezembro de 2000, pelas organizações Rede Nacional de Advogados Populares e Justiça Global em nome dos membros das organizações Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (doravante “COANA”) e Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (doravante “ADECON”). Em 2 de março de 2006, a Comissão declarou admissível o caso mediante o Relatório No. 18/06 e, em 8 de março de 2007, conforme os termos do artigo 50 da Convenção, aprovou o Relatório de Mérito No. 14/07, o qual continha determinadas recomendações para o Estado. Esse relatório foi notificado ao Brasil em 10 de abril de 2007, sendo-lhe concedido um prazo de dois meses para comunicar as ações empreendidas com o propósito de implementar as recomendações da Comissão. Depois de três prorrogações concedidas ao Estado, “após considerar as informações prestadas pelas partes com relação à implementação das recomendações constantes do relatório de mérito, e [...] a falta de progresso substantivo no que diz respeito ao [...] efetivo cumprimento das mesmas”, a Comissão decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte. Considerou que o presente caso representa uma oportunidade valiosa para o aperfeiçoamento da jurisprudência interamericana sobre a tutela do direito à privacidade e do direito à liberdade de associação, assim como os limites do exercício do poder público. A Comissão designou como delegados os senhores Clare K. Roberts, Comisionado, e

O Estado brasileiro, em 07 de julho de 2008, apresentou escrito no qual deduziu três exceções preliminares, contestou a demanda e formulou observações sobre o escrito de petições e argumentos.

O conceito de “exceção preliminar” não é definido pela Convenção Americana de Direitos Humanos, nem pelo Regimento da Corte, entretanto a jurisprudência reiterada da Corte (em casos como *Las Palmeras versus Colômbia*; caso *Castañeda Gutman versus México*) a define como o meio através do qual se questiona a admissibilidade de uma demanda ou competência do Tribunal para se conhecer de determinado caso ou alguns de seus aspectos em razão da pessoa, matéria, tempo ou lugar.⁵²

O Estado interpôs, como matéria de defesa indireta, a exceção de falta de esgotamento de recursos internos, em face das supostas vítimas de violações de direitos humanos não terem ajuizado a ação correta e não terem, com isso, esgotado todos os meios processuais internos postos à sua disposição. É princípio de Direito Internacional dos Direitos Humanos que a jurisdição internacional tem caráter subsidiário, não podendo substituir a jurisdição interna de cada Estado. O art. 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos disciplina a matéria sobre a cláusula de subsidiariedade da jurisdição internacional. A primeira delas é de que haja o esgotamento dos recursos internos. Essa regra de exigibilidade de esgotamento dos recursos internos (art.46.1.a) só será afastada quando: 1) não houver o “devido processo legal” na legislação interna do Estado que garanta a proteção do direito ou direitos violados; 2) impossibilidade de acesso aos recursos ou houver o suposto prejudicado sido impedido de esgotar tais recursos; 3) houver uma mora injustificada na prestação jurisdicional. São requisitos, além da exigência, como regra geral, do esgotamento dos recursos internos, concomitantemente, para se acionar a jurisdição regional interamericana: a) que o pedido seja formulado à Comissão em um prazo de até seis meses contados da notificação da decisão definitiva da jurisdição interna; b) inexistência de litispendência internacional.

Santiago A. Canton, Secretário Executivo, e como assessores legais a senhora Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e os advogados Juan Pablo Albán e Andrea Repetto.” (**Caso Escher e outros versus Brasil**, sentença de 6 de julho de 2009, parágrafo 01, pag.02)

⁵²“Apesar de a Convenção Americana e o Regulamento não explicarem o conceito de “exceção preliminar”, em sua jurisprudência reiterada a Corte tem afirmado que por esse meio se questiona a admissibilidade de uma demanda ou a competência do Tribunal para conhecer determinado caso ou algum de seus aspectos, em razão da pessoa, da matéria, do tempo ou do lugar. De tal maneira, o Tribunal tem asseverado que uma exceção preliminar tem por finalidade obter uma decisão que previna ou impeça a análise do mérito do aspecto questionado ou do caso como um todo. Por isso, o argumento deve satisfazer as características jurídicas essenciais em conteúdo e finalidade que o confirmam o caráter de “exceção preliminar”. As alegações que não tenham tal natureza, como por exemplo as que se referem ao mérito de um caso, podem ser formuladas mediante outros atos processuais previstos na Convenção Americana, mas não sob a figura de uma exceção preliminar.” (**Caso Escher e outros versus Brasil**. Sentença de 6 de julho de 2009, parágrafo 15, pag. 05)

Segundo a tese de exceção preliminar (que pede a extinção do processo e seu arquivamento sem apreciação do mérito) apresentada pelo Estado brasileiro no caso Escher, as supostas vítimas acionaram o judiciário local por meio de mandado de segurança quando a via processual adequada seria o *habeas corpus*, como forma de fazer cessar as supostas ações ilegais de interceptações telefônicas. Bem como ao ter denegado o mandado de segurança no Tribunal de Justiça do Paraná, ainda restava a via do recurso ordinário para o STJ, no que não foi interposto pelas supostas vítimas e com isso não foi esgotada a via jurisdicional interna. O Estado brasileiro, assim, alega que a cláusula da subsidiariedade da jurisdição internacional, no caso Escher, está sendo violada e em havendo tramitação do feito na Corte de San José, esta, em verdade, estará agindo como uma ilegítima quarta instância. Como requisito formal para que a Corte Interamericana conheça e se pronuncie sobre essa exceção preliminar o Estado brasileiro juntou provas de que alegou essa matéria em 14 de novembro de 2001, dentro da etapa de admissibilidade de petição junto à Comissão Interamericana, como é regra para o conhecimento de exceção junto à Corte de San José.

A Corte de San José conheceu da exceção preliminar e enfrentou a questão. Segundo entendimento da Corte a exigência de esgotamento dos recursos internos se referem àqueles recursos que se revelam adequados na situação particular de violação de direitos humanos. No caso a interceptação e gravação de conversas telefônicas e divulgação das mesmas. Entendeu a Corte de San José que as supostas vítimas usaram a via adequada, pois o *habeas corpus* só seria cabível se houvesse violação ou ameaça da liberdade de locomoção dos mesmos, o que não era o caso. É o mandado de segurança o meio processual idôneo para cessação de violação de direito fundamental líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de injunção. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná julgou prejudicado o mandado de segurança porque este perdeu o objeto, uma vez que só foi impetrado após a realização das interceptações, quando estas já tinham findado e o direito à intimidade e sigilo das comunicações telefônicas já estavam irremediavelmente violados. Ao ser interposto embargo de declaração sobre a decisão que extinguiu o mandado de segurança por perda de objeto, o Tribunal não conheceu do recurso, alegando que segundo a jurisprudência só é cabível embargo de declaração em face de decisão que aprecie o mérito, o que não seria o caso em uma decisão que extingue o feito por perda de objeto. A Corte entendeu que interpor recurso ordinário para o STJ não teria qualquer efeito prático, pois no máximo haveria a determinação da destruição das fitas com as escutas ilegais, mas que a violação do direito à intimidade, comunicação telefônica e direito de associação não seriam mais revertidos por essa via. No que a Corte de San José indeferiu a exceção preliminar oposta pelo Estado brasileiro.

Cláusula Federal do art. 28 da Convenção Americana e Princípio *iura novit cúria*

O art. 28 da Convenção Americana de Direitos Humanos trata da “Cláusula Federal” segundo a qual o Estado Federal deve envidar todos os esforços para cumprir suas obrigações internacionais, disponibilizando todos os meios para que as unidades federadas cumpram com as obrigações assumidas pelo Estado federado, não cabendo opor a forma federativa e suas dificuldades e divisão interna de competência como meio para descumprir uma obrigação internacional convencionalmente assumida.

A Comissão Interamericana e os representantes das supostas vítimas arguíram que o Estado brasileiro usou a forma federativa para se eximir de responsabilidades, alegando dificuldade de comunicação entre as autoridades da unidade federada e da união. O Estado brasileiro em sua defesa argumentou que a regra do art. 28 tem valor meramente interpretativo e não vinculante e que mesmo assim, restou provado seus esforços pra cumprir as determinações da Comissão Interamericana na fase pré-judicial.

A Corte de San José, fundamentada em sua jurisprudência como nos casos *Garrido y Baigorria versus Argentina* e *Penitenciária Urso Branco versus Brasil*, assinala que a forma federativa de Estado, em nenhuma hipótese, pode servir como escudo para justificar a violação de direitos humanos que o Estado assumiu o compromisso internacional de proteger. Na opinião consultiva n. 16 de 1 de outubro de 1999, sobre direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal, a Corte Interamericana disciplinou a matéria em seu parágrafo 140: “Deste modo, em conformidade com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um tratado será obrigatório para cada uma das partes, de acordo com a totalidade do seu território, salvo se uma intenção diferente depreenda-se do mesmo ou conste de outro modo. A Corte constatou que da letra e do espírito da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares não consta a intenção de estabelecer uma exceção ao anteriormente assinalado. Portanto, a Corte conclui que as disposições internacionais que concernem à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, inclusive a mencionada no artigo 36.1.b, da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, devem ser respeitadas pelos Estados americanos que são Partes nas respectivas convenções, independentemente da sua estrutura federal ou unitária.”

No caso *Escher e outros versus Brasil*, a Corte foi mais além ao deixar incontroverso que a regra insculpida no art. 28 da Convenção Americana não é meramente instrumental ou

interpretativa, mas tem sim natureza material e vinculante, entretanto não acolheu a alegação da Comissão e dos representantes das supostas vítimas de que o Estado brasileiro usou sua estrutura federada para dificultar a proteção dos direitos humanos.

No tocante ao uso de interceptações ilegais para violação do direito fundamental de livre associação o caso *Escher e outros versus Brasil* abordou a questão se seria lícito à Corte conhecer de violação de artigo não ventilado na fase de admissibilidade da demanda (na Comissão Interamericana), não oportunizando, assim, que o Estado brasileiro se defendesse da imputação de violação do art. 16 da Convenção que trata da matéria, direito de associação. A Corte, nesse caso, equacionou o problema levantado através do princípio *iura novit curia*⁵³, o Estado se defende não da acusação de violação dos artigos enumerados na petição oferecida perante a Corte, mas dos fatos articulados e provados ao longo do processo. Assim, ainda que a violação do art. 16 da Convenção

⁵³“O princípio de *iura novit curia* é clássico. A par de ser máxima do Direito Romano, encontrou antes mesmo em Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.) uma clara previsão, uma predição, uma antecipação. Na abertura de sua obra “Retórica”, na qual o filósofo explica a atribuição de um advogado, a posição de um juiz e o escopo das promulgações legais, ele critica a retórica, a valorização exacerbada do não essencial em detrimento dos fatos relevantes para a decisão judicial. Observe-se como se aplica com perfeição o princípio *iura novit curia* e a *da mihi factum dabo tibi jus*, outra máxima latina consequente da primeira. Na concepção aristotélica, está inteiramente dentro da competência do juiz decidir sobre a importância ou desimportância, sobre a justiça ou injustiça de um fato sem tomar as suas instruções a partir das dos litigantes.

Calamandrei, ao examinar dispositivo concernente ao pressuposto formal do recurso de cassação de exigir a indicação do preceito legal fundamentador do apelo foi ponderado ao admitir: “[...] indicación que puede también faltar cuando las normas violadas resulten igualmente identificables dado el desenvolvimiento de las censuras o cuando la violación se refiera a principios generales no formulados en un artículo”.

O sistema universal de direitos humanos há muito erigiu o direito a processo judicial simples, equivalente a uma proteção ao cidadão contra processos e recursos intrincados, complexos para defensores públicos e advogados populares, de difícil compreensão para a pessoa comum jurisdicionada, para aquela que raramente traz causa a juízo, tudo na esteira da garantia ao acesso à justiça e ao recurso (processo) efetivo.

É claro também que a lei pode estabelecer pressupostos recursais gerais, mas o rigor excessivo restringidor em sua observância, além daquelas restrições expressas em lei, desatenderá sempre ao devido acesso à justiça, particularmente porque as camadas menos aquinhoadas da sociedade, que indubitavelmente têm maior dificuldade na contratação dos melhores advogados, que dominam a complexa e cada vez mais especializada técnica processual, ficarão em ampla desvantagem. Essa desigualdade real desdobra-se em impeco concreto ao acesso à justiça e à simplicidade recursal.

Por sua vez, o sistema regional interamericano plasmou na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, letras muito claras quanto ao direito ao processo simples e breve, em seu artigo XVIII.

Na mesma linha, o teor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que restaria violada em seu artigo 25 se a arguição não fosse aceita pelo motivo alegado pelo Estado.

Portanto, é de aceitar-se a suscitação da Comissão em torno do artigo 28 da Convenção Americana (Cláusula Federal), por razões outras além das já alinhavadas pela Corte, que são os princípios da *iura novit curia* e do seu consequente *da mihi factum dabo tibi jus*, bem como em respeito ao mandamento da norma convencional suprarreproduzida (artigo 25 – proteção judicial, ou mais especificamente, direito a processo simples e rápido).” (**Voto Fundamentado do Juiz ad hoc ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS com relação à sentença da CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, caso Escher e outros vs. Brasil**, de 6 de Julho de 2009, parágrafos 34 a 40, pags. 05/06)

que trata do direito de livre associação não constasse originariamente na demanda, nada impede a Corte de conhecer dos fatos ainda que o artigo não tenha sido apontado pelo requerente. Assinalou a Corte de San José que a enumeração de artigos na inicial não é requisito para conhecimento da demanda e que no caso em questão as interceptações telefônicas ilegais tinham o propósito de restringir o direito à associação.

Vida privada, interceptação e gravação de conversa telefônica na jurisprudência internacional

A Corte Interamericana, no caso *Tristán Donoso versus Panamá*, alguns meses antes, janeiro de 2009, havia apreciado questão similar ao caso Escher. A demanda proposta pela Comissão Interamericana teve como base material a interceptação, gravação e divulgação de conversas telefônicas do advogado Santander Tristán Donoso e a falta de investigação e sanção dos responsáveis por tais atos. No parágrafo 56 da sentença, a Corte de San José fixou os parâmetros gerais sobre a matéria: “O direito à vida privada não é um direito absoluto e, portanto, pode ser restringido pelos Estados sempre que as ingerências não sejam abusivas ou arbitrárias, para tanto, as mesmas devem estar previstas em lei, perseguir um fim legítimo e cumprir com os requisitos da idoneidade, necessidade e proporcionalidade, isto é, devem ser necessárias a uma sociedade democrática.”

No caso *Tristán Donoso versus Panamá*, não restou provado que a interceptação e gravação telefônica tenham sido realizadas por agentes estatais, mas o fato de sua divulgação pelo Procurador Geral da República em uma junta diretiva do Colégio Nacional dos advogados com o fim de desqualificar o advogado Tristán Donoso, violou, segundo a Corte, o direito à honra e dignidade ao não se adequar aos requisitos da previsão legal, legitimidade do fim, idoneidade, necessidade e proporcionalidade.

As gravações decorrentes de interceptação telefônica do caso Escher foram usadas para deslegitimar as organizações da sociedade civil que lutavam por reforma agrária no Estado do Paraná. A tese da polícia militar paranaense é que tais movimentos tinham fins criminosos e atentatórios à paz e ordem pública. O que justificaria a divulgação pública de conversas privadas.

Em caso não similar, mas que versa sobre os limites da liberdade de expressão, a Corte no caso *Kimel versus Argentina*, sentença de maio de 2008, fixou importante precedente sobre a matéria.

Kimel, jornalista, escritor e investigador histórico, publicou um livro intitulado: “La massacre de San Patricio”. Relativo ao assassinato de cinco religiosos da ordem dos palotinos, ocorridos em 1976, na Argentina, na última fase do regime militar portenho. Em tal obra ele critica o comportamento leniente das autoridades judiciárias argentinas com os crimes ocorridos durante a ditadura. Em face dessa obra foi processado e condenado pela justiça Argentina em todas as instâncias. O caso Kimel põe em relevo os limites da liberdade de expressão em uma sociedade democrática e o seu cotejo com o direito à honra e à imagem. Poderia a honra de funcionários públicos ser maculada pela liberdade de expressão? A justiça argentina entendeu que não. A Corte de San José entendeu que a liberdade de expressão e opinião não é absoluta, mas não pode ser suprimida sem um fundamento razoável sob pena de inviabilização do próprio debate democrático, caracterizado pela livre circulação de ideias. No caso Kimel um estudo sobre o comportamento do judiciário argentino na época da ditadura, por si só, não macula o direito à honra e imagem de juízes. O crime de calúnia e injúria imputado ao jornalista Kimel, segundo a Corte não foi razoável, pois viola o princípio penal da intervenção mínima na esfera privada, neste caso tendo por objeto a liberdade de opinião. Em última consequência inviabilizando o próprio debate democrático que aperfeiçoa o funcionamento das instituições, mais do que uma dimensão privada, a liberdade de opinião tem uma dimensão pública que consiste no direito que as outras pessoas têm de ser informadas. No caso Escher a divulgação de interceptações telefônicas na mídia, longe de viabilizar o aperfeiçoamento democrático das instituições, através da livre circulação de ideias, teve o fim inverso, criminalizar e atrair a antipatia pública aos movimentos sociais que visam a rediscutir o processo histórico de ocupação e divisão de terras no estado paranaense.

Liberdade de associação e obrigação de respeitar os direitos da Convenção Americana

A Convenção Americana no seu art. 15 trata do direito de reunião que deve ser pacífico e sem armas. O art. 16 trata da liberdade de associação que pressupõe o direito de reunião mas vai mais além, no sentido de que a liberdade de associação se caracteriza por habilitar pessoas para criar ou participar de entidades ou organizações com os mais diversos fins desde que estes sejam legítimos. Assim o direito de reunião se caracteriza por ser esporádico e efêmero, a liberdade de associação por ser um direito de reunião qualificado pela maior perenidade e repercussão social.

A Corte Interamericana, interpretando o art. 16 da Convenção, tem entendido que aqueles que estão sob a jurisdição de um Estado-parte têm o direito de associar-se livremente com outras pessoas, sem intervenção de autoridades públicas que limitem ou maculem o exercício do referido

direito. No caso *Huilca Tecse versus Peru*, sentença de 3 de março de 2005, parágrafo 76, a Corte assinalou que o exercício efetivo da liberdade de associação não pode ser reduzido a uma mera obrigação por parte do Estado de não interferir, um conceito tão somente negativo não seria compatível com o objeto e propósito da liberdade de associação que em algumas ocasiões requerem a adoção de medidas positivas, ainda que se trate de relações na esfera privada.⁵⁴ Igual entendimento, de que a liberdade de associação não é um direito meramente negativo de não intervir por parte do Estado, foi reiterado no caso *Kawas Fernández versus Honduras*, sentença de 3 de abril de 2009, onde, em certas circunstâncias, o direito de associação só se faz efetivo se o Estado adota medidas positivas para que ele se concretize⁵⁵.

No caso *Escher*, a Corte de San José definiu o direito de associação segundo o princípio democrático:

A Corte destaca que a Convenção Americana reconhece o direito de associar-se livremente, e ao mesmo tempo estabelece que o exercício de tal direito pode estar sujeito a restrições previstas por lei, que persigam um fim legítimo e que, definitivamente, resultem necessárias em uma sociedade democrática. Dessa forma, o sistema estabelecido pela Convenção resulta equilibrado e idôneo para harmonizar o exercício do direito de associação com a necessidade de prevenir e investigar eventuais condutas que o direito interno tipifique como delitivas. (Parágrafo 173, pag. 53)

Entretanto concluiu que na espécie as gravações e divulgações de seu conteúdo, por parte de

⁵⁴“76. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que el ejercicio efectivo de la libertad de asociación no puede ser reducido a una mera obligación por parte del Estado de no interferir: un concepto solamente negativo no sería compatible con el objeto y propósito del artículo 11 del Convenio Europeo, el cual en algunas ocasiones requiere la adopción de medidas positivas, aún en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita 77. Este Tribunal considera que el contenido de la libertad sindical, una forma de la libertad de asociación, implica la potestad de elección respecto de cómo ejercerla. En este sentido, un individuo no goza del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, si en realidad esta potestad es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica¹⁹. El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses.” (**Caso Huilca Tecse versus Peru**. Sentencia de 3 de marzo de 2005, párrafos 76/77, pag. 27)

⁵⁵“143. El artículo 16.1 de la Convención Americana establece que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados Partes tienen el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho. Se trata, pues, del derecho a agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad. 144. Al igual que las obligaciones negativas referidas, la Corte Interamericana ha observado que de la libertad de asociación también “se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad”¹⁸⁴. Estas obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita.” (**Caso Kawas Fernández versus Honduras**, sentencia de 3 de abril de 2009, párrafos 143/144, pag. 45.)

autoridades públicas, não tinham por fim prevenir condutas delitivas, mas antes criminalizar e deslegitimar uma associação de fim legítimo.

No presente caso, o Tribunal considerou provado que o Estado interceptou e gravou, sem cumprir os requisitos legais, as conversas telefônicas pertencentes a duas organizações sociais; não cumpriu sua obrigação de custodiar a informação privada interceptada e divulgou-a sem autorização judicial, tudo isso violando o artigo 11 da Convenção em relação com o artigo 1.1 da mesma em prejuízo das vítimas, as quais eram membros e dirigentes da COANA e da ADECON (*supra* pars. 146 e 164). Apesar de o Estado ter afirmado que a interceptação das comunicações não era contrária à liberdade de associação, pois perseguia um fim legítimo – a investigação do delito –, não se evidencia através dos autos que as finalidades declaradas pela autoridade policial no seu pedido de interceptação telefônica, ou seja, a investigação da morte de um dos integrantes de COANA e os supostos desvios de recursos públicos, fossem as que efetivamente se perseguiram. (Parágrafo 174, pag.53)

A Corte de San José concluiu pela violação da obrigação de respeitar a Convenção por parte do Estado brasileiro, na medida em que as interceptações realizadas à revelia da lei (pois a Polícia Militar não é polícia judiciária para requerer ao judiciário quebra de sigilo e interceptação telefônica e a juíza não fundamentou a decisão nem notificou o Ministério Público) afetaram, dentre outros, o direito de livre associação das vítimas.

Reparações: aplicação do art. 63.1 da Convenção Americana

Assenta a Corte que é princípio de Direito Internacional que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente.

A Corte Interamericana considerou partes lesionadas no *caso Escher e outros versus Brasil*: Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni. No tocante ao dano material a Corte não fixou indenização por falta de elementos nos autos que comprovem a existência dos danos materiais alegados; já no que diz respeito aos danos imateriais a Corte fixou indenização no montante de 20 mil dólares americanos para cada um.

Sendo condenado o Estado a pagar diretamente aos beneficiários no prazo de um ano a contar da notificação da sentença.

O Estado brasileiro também foi condenado a publicar a parte dispositiva da sentença no Diário Oficial e em um jornal de grande circulação nacional, além do Estado do Paraná, uma única vez em um prazo de seis meses contados da notificação da sentença. A Corte condenou o Estado brasileiro a indenizar cada vítima no valor de 10 mil dólares americanos a título de custas e gastos com o processo

4.4. Caso Sétimo Garibaldi e a questão da violência no campo como problema de DH.

Giuseppe Garibaldi, aventureiro e líder da unificação italiana no sec. XIX, ficou conhecido por ser “herói de dois mundos”, por ter lutado em movimentos nacionalistas na Europa e América do Sul. Ao seu nome ficou atrelada a ideia de luta histórica por liberdade, uma luta migrante que, como sua vida, foi nômade, não fixando morada em uma única terra mas pondo em relevo a importância que ela, terra, tem para a formação e sentido de identidade de um povo.

Mais de um século depois, pelas terras onde o Garibaldi heroico e lendário passou, sul do Brasil, em seu périplo pela América do Sul, o nome Garibaldi continuou sua aventura carregada de reminiscências históricas. Agora, longe da narrativa heroica do sec. XIX e da saga de unificação nacionalista, um outro povo constrói sua narrativa vinculada à terra. No mesmo noroeste do Paraná, onde a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso Escher, a disputa pela ocupação e divisão da terra escreveu mais um capítulo, sem sagas de heróis nacionais e mitos históricos, o nome Garibaldi volta a irromper e dar visibilidade a um outro torvelinho de conflitos, não se trata mais, como no sec. XIX, de uma terra-nação que se afirma independente, mas em fins do sec. XX o conflito pelo acesso à terra marca a luta pela sobrevivência de uma massa de homens anônimos e despossuídos contra as forças da cultura latifundiária e patrimonialista.

A mesma terra, o mesmo solo que em momentos históricos distintos une pelo mesmo fio nominal os Garibaldi, no caso Sétimo Garibaldi não se trata de um herói de dois mundos, mas de um mundo só, anônimo, sem glórias, a retratar o estado de infortúnio nos campos do interior do Brasil.

Em 27 de novembro de 1998, cerca de cinquenta famílias vinculadas ao MST ocupavam a fazenda São Francisco, no município de Querência do Norte, noroeste do Paraná. Neste dia, por volta das cinco horas da manhã, um grupo de cerca de vinte homens, encapuzados e armados, chegou à fazenda e, efetuando disparos no ar, ordenaram aos trabalhadores que deixassem suas barracas em direção ao centro do acampamento e lá ficassem deitados no chão. Garibaldi, ao sair de sua barraca, foi atingido na coxa esquerda por um disparo de arma de fogo calibre 12, efetuado por um indivíduo encapuzado. Garibaldi não resistiu ao ferimento e morreu em decorrência da hemorragia. O grupo armado foi embora sem efetuar a desocupação extrajudicial.⁵⁶

Caso Sétimo Garibaldi: o objeto da controvérsia

Em 24 de dezembro de 2007, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte de San José demanda contra o Brasil, fundada nos arts. 51 e 61 da Convenção Americana de 1969. A Comissão Interamericana, legitimada para acionar a Corte Interamericana de Direitos

⁵⁶“Em 27 de novembro de 1998, Sétimo Garibaldi foi privado de sua vida durante uma operação de desocupação extrajudicial na Fazenda São Francisco (doravante “a Fazenda”), na cidade de Querência do Norte, Estado do Paraná. Na época dos fatos, a Fazenda estava ocupada por cerca de cinquenta famílias vinculadas ao MST. Naquele dia, aproximadamente às cinco horas da manhã, um grupo com cerca de vinte homens, encapuzados e armados, chegou à Fazenda e, efetuando disparos ao ar, ordenaram aos trabalhadores deixar suas barracas, dirigir-se ao centro do acampamento e permanecer deitados no chão. Quando o senhor Garibaldi saiu de sua barraca, foi ferido na coxa esquerda por um projétil de arma de fogo calibre 12, disparado por um indivíduo encapuzado. O trabalhador não resistiu à ferida e faleceu em decorrência de uma hemorragia. O grupo armado se retirou sem consumir a desocupação.” (Caso Sétimo Garibaldi, sentença de 23 de setembro de 2009, parágrafo 73, pag. 20)

Humanos ao lado dos Estados-parte conforme art. 61.1 da Convenção, o fez através do Relatório de Admissibilidade e Mérito n. 13/07, após conceder prazo ao Estado brasileiro para implementar as recomendações da Comissão, sem sucesso. Segundo a Comissão Interamericana a submissão do presente caso à apreciação da Corte representava “(...) uma oportunidade importante para o desenvolvimento da jurisprudência interamericana sobre os deveres de investigação penal do Estado diante das execuções extrajudiciais, para a aplicação de normas e princípios de direito internacional e os efeitos do seu descumprimento a respeito da regularidade do processo penal, assim como a necessidade de combate à impunidade.” (**Caso Sétimo Garibaldi**, sentença de 23 de setembro de 2009, parágrafo 01, pag. 2)

Em sua tese de responsabilização do Estado brasileiro a Comissão de Washington pede à Corte que o declare responsável pela violação dos arts. 8 e 25 da Convenção, garantia e proteção judiciais, respectivamente. E arts. 1.1 e 2 do mesmo Pacto de San José, relativos à obrigação geral de respeito e garantia aos direitos humanos e a cláusula federal do art. 28. Em 11 de Abril de 2008, as organizações Justiça Global, RENAP, Terra de Direitos, Comissão Pastoral da Terra e MST apresentaram seu escrito de petições, argumentos e provas, solicitando que o Tribunal de Direitos Humanos Interamericano declarasse a violação dos direitos à vida e à integridade pessoal do sr. Sétimo Garibaldi, e à garantia judicial e proteção judicial em prejuízo de Iracema Garibaldi e seus seis filhos. Em 11 de julho de 2008 o Estado brasileiro interpôs quatro exceções preliminares e contestou a demanda formulada. Em matéria de defesa indireta, exceção preliminar, o Estado argumentou que: 1) reconheça a incompetência *ratione temporis* para examinar supostas violações ocorridas antes do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte pelo Brasil; 2) não admita, por extemporâneo, o escrito de petições e argumentos dos representantes; 3) exclua da análise do mérito o suposto descumprimento do artigo 28 da Convenção; e 4) declare-se incompetente em razão da falta de esgotamento dos recursos internos. Na defesa de mérito argumentou que não há nada que indique que os procedimentos de investigação tenham sido conduzidos de forma que não corresponda aos parâmetros estabelecidos pelos arts. 8 e 25 da Convenção. Razão pela qual não deve ser acolhido o pedido formulado à Corte de sua violação pelo Estado brasileiro.

As exceções preliminares

A competência *ratione temporis* da Corte Interamericana é fixada com base na data em que o Estado-parte reconhece a jurisdição da Corte, os termos em que esta se deu, de acordo com o art. 61 do Pacto de San José, e o princípio da irretroatividade dos tratados fundado no art. 28 da Convenção de Viena dos Tratados de 1969 como regra geral. No caso específico brasileiro, o

reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana se deu em 10 de dezembro de 1998 e a sua declaração indicou que o Tribunal teria competência para “os fatos posteriores a esse reconhecimento”. O homicídio de Sétimo Garibaldi ocorreu em 27 de novembro de 1998, logo anterior ao reconhecimento da jurisdição da Corte de San José pelo Estado brasileiro. Nesse caso, como o modo de adesão do Estado-parte é expresso para casos e eventos posteriores à adesão, a Corte acolheu a exceção de incompetência *ratione temporis* quanto às imputações de violação dos arts. 4 e 5 da Convenção, direito à vida e integridade pessoal, respectivamente. Nesse particular a Corte seguiu sua jurisprudência sobre a matéria, no *caso Cantos versus Argentina*, sentença de 07 de setembro de 2001, parágrafos 36 e 37⁵⁷, entendeu que em face do art. 28 da Convenção de Viena de direito dos tratados, os tratados não podem retroagir a fatos anteriores sem a declaração expressa dos Estados convenientes. No caso *Cantos versus Argentina*, o Estado argentino reconheceu a jurisdição da Corte nos mesmos termos que o brasileiro, ou seja, expressamente para fatos posteriores ao reconhecimento.⁵⁸

O Estado brasileiro opôs exceção de descumprimento dos arts. 26.1 e 36.1 do regimento da Corte, por parte dos representantes. Estes artigos determinam os prazos para apresentação de escrito de petições, argumentos e anexos, dois meses. Como estes foram apresentados pelos representantes após o prazo de dois meses, o Estado demandado pediu que a Corte desestimasse o escrito de petições, argumentos e anexos dos representantes e os desentranhasse do processo. A Corte de San José não entendeu tratar-se de uma exceção preliminar esse pleito do Estado brasileiro, uma vez que o seu acolhimento não teria efeito no impedimento do conhecimento da demanda pela Corte, no que não acolheu esse pedido como exceção preliminar, entretanto estimou que se tratava de matéria afeta à prova processual.⁵⁹

⁵⁷“Cabe señalar, que en el caso de la Argentina, ésta depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana y de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte en la misma fecha, en el entendido (conforme al artículo 62) de que ello sólo tendría efecto respecto a hechos o actos jurídicos acaecidos con posterioridad al depósito de la ratificación de la Convención y de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte. A la luz de lo anterior, la Corte considera que debe aplicarse el principio de la irretroactividad de las normas internacionales consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el derecho internacional general, observando los términos en que la Argentina se hizo parte en la Convención Americana.” (**Caso Cantos versus Argentina**, sentença de 07 de septiembre de 2001, parágrafos 36 e 37, pag. 11.)

⁵⁸“O Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998 e em sua declaração indicou que o Tribunal teria competência para os “fatos posteriores” a esse reconhecimento¹². Com base no anterior e no princípio da irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação às suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado que possa implicar sua responsabilidade internacional são anteriores ao reconhecimento da competência do Tribunal.” (**Caso Garibaldi versus Brasil**, sentença de 23 de setembro de 2009, parágrafo 20, pag. 6)

⁵⁹“No presente caso, o suposto descumprimento dos representantes dos prazos previstos no Regulamento para apresentar o escrito de petições e argumentos e seus anexos não sustenta uma exceção preliminar (*supra* par. 17), pois não objeta a admissibilidade da demanda ou impede que o Tribunal conheça o caso. Com efeito, ainda que hipoteticamente a Corte resolvesse o pedido do Estado de maneira afirmativa, não

afetaria de forma alguma a competência do Tribunal para conhecer o mérito da controvérsia. Em razão do exposto, a Corte rejeita este argumento por não constituir propriamente uma exceção preliminar. Sem prejuízo do anterior, a Corte analisará o argumento do Estado relacionado à admissibilidade do escrito de petições e argumentos e seus anexos no capítulo da presente Sentença referente à prova (*infra* pars. 55 a 59).” (**Caso Garibaldi versus Brasil**,

A exceção de impossibilidade de alegar violações não consideradas durante o procedimento perante a Comissão Interamericana foi levantada pelo Estado brasileiro, no tocante a tese de violação do art. 28 da Convenção, cláusula federal, que não foi arguída no procedimento perante a Comissão, julgando assim, o Estado demandado prejudicado em seu direito de defesa, tendo em vista que o seu aparecimento apenas na fase contenciosa da Corte o impediu de contestar e produzir provas na fase pré-judicial do procedimento na Comissão de Washington. A Corte de San José entendeu que se trata de uma exceção preliminar, mas não acolheu o pedido, assinalou a Corte que a Comissão é autônoma em suas atribuições e no processamento dos feitos de sua competência. A Corte Interamericana, entretanto, tem o poder de realizar o controle de legalidade dos procedimentos da Comissão em havendo violação ou grave erro na interpretação e aplicação das normas do sistema interamericano. A Corte, entretanto, entendeu que a Comissão não inovou ao arguir na fase contenciosa a violação da cláusula federal do art. 28 do Pacto de San José, tendo em vista que este já fora aludido no relatório 13/07 da Comissão Interamericana.⁶⁰

A exceção preliminar de não esgotamento de recursos internos, embora preenchido o requisito formal quanto ao momento de sua arguição, fase pré-judicial em procedimento perante a Comissão, foi desestimada pela Corte, tendo em vista que, conforme o caderno probatório, no momento do ajuizamento da ação perante a Corte o inquérito policial que investigava o homicídio de Sétimo Garibaldi se encontrava arquivado por ordem da juíza de comarca de Loanda, o requisito do esgotamento prévio dos recursos internos exige que os meios processuais sejam idôneos e eficazes para combater a violação de direitos humanos, não restando provado, na espécie.

O processo penal como conquista da civilização (arts. 8 e 25 da Convenção Americana)

O direito penal tem uma característica essencial que o distingue dos demais ramos do direito. O direito civil, por exemplo, é um direito que se dá segundo regras de civilidade, daí o nome civil, porque os sujeitos envolvidos em contratos, obrigações, propriedade, herança ou sucessão *mortis causa* são civilizados e agem segundo esse estatuto. O direito penal, por natureza, nega o pacto de

sentença de 23 de setembro de 2009, parágrafos 29 e 30, pags. 8/9)

⁶⁰“A Corte observa que não se infere do expediente o alegado pelo Estado no sentido de o suposto descumprimento do artigo 28 da Convenção não haver sido considerado durante o procedimento ante a Comissão Interamericana, tendo sido incluído na demanda somente após uma menção do Estado em uma reunião de trabalho relacionada com o cumprimento das reparações do Relatório de Admissibilidade e Mérito No. 13/07. Durante seu procedimento, a Comissão considerou os fatos do caso à luz do artigo 28 da Convenção Americana, concluindo no mencionado Relatório que o Estado descumpriu com as obrigações que se derivam da chamada “cláusula federal” e, por conseguinte, alegou o suposto descumprimento dessa norma em sua demanda perante este Tribunal. Além disso, o próprio Estado em suas alegações sobre o mérito na contestação da demanda indica que a suposta violação do artigo 28 foi incluída no Relatório No. 13/07.” (**Caso Garibaldi versus Brasil**. Sentença de 23 de setembro de 2009, parágrafo 37, pags. 10/11)

civilidade. O crime, protagonista do direito penal, nega o próprio direito como expressão do pacto de civilidade que deve reger as relações humanas. O crime, assim, é a quebra do pacto de civilidade e que reduz o homem ao não civilizado, ao bárbaro. Por isso mesmo a história da humanidade no julgamento do criminoso remonta um verdadeiro inventário de barbáries. Da vingança privada, passando pelas ordálias ou os juízos de Deus até os duelos, o procedimento de julgamento e formação da culpabilidade do réu foi marcado pela mesma irracionalidade do crime. Será apenas na era da razão, o iluminismo, que o processo penal surgirá revertido de um estatuto de racionalidade onde ao acusado da prática de crime serão dadas garantias mínimas de defesa e de julgamento justo. Coube ao pensador italiano Cesare Beccaria, na obra “Dos delitos e das penas” lançar as sementes do direito penal liberal com as garantias mínimas do réu, do julgamento justo segundo um estatuto de racionalidade. Será apenas no sec. XVIII com o iluminismo que o processo penal ganhará racionalidade e se converterá, desde então, em uma conquista da civilização, onde mesmo àquele acusado de quebrar com o pacto social de civilidade lhe será dado um direito civilizado, pois racional e impessoal, de defesa.

É disso que tratam os arts. 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. As garantias judiciais, art. 8, e a proteção judicial, art. 25, são regras mínimas que visam a resguardar a liberdade individual em face de uma condenação injusta. A garantia nuclear em favor da liberdade do acusado é o devido processo legal (*due process of law*), garantia que remonta historicamente à Carta Magna do rei João Sem Terra, em 1215. Ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, entenda-se um processo justo, em que seja presumida sua inocência, lhe seja dada oportunidade, em igualdade de condições, de contraditar as provas que o incriminam, segundo regras claras, anteriores ao fato e julgado por um juiz imparcial.⁶¹

⁶¹ 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 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 a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por

No caso Sétimo Garibaldi, onde o fato gerador é um homicídio, o que se tem, sob a luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é o dever do Estado de investigar, esclarecer, determinar a autoria e punir os culpados. A essa obrigação internacional, extraída do art. 1º, da Convenção Americana, se assoma o direito dos familiares de verem esclarecido o fato. Ao não investigar o homicídio de Sétimo Garibaldi em um prazo razoável o Estado brasileiro incorre em violação dos art. 8 e 25 conjugados com o art. 1º, sendo um direito dos familiares da vítima ter o caso solucionado pelos poderes constituídos do Estado.

Esse é o entendimento esposado pela Corte de San José em sua jurisprudência, no *caso Vargas Areco vs Paraguay*, sentença de 26 de setembro de 2006, em seus parágrafos 73 e 74 ela chega a ser didática:

La Corte, desde sus primeras sentencias, se ha pronunciado acerca de la intrínseca conexión existente entre el deber general de garantía señalado en el artículo 1.1 de la Convención y los derechos específicos protegidos por este instrumento. Como consecuencia de dicho deber de garantía, surgen obligaciones que recaen sobre el Estado a fin de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Este deber de garantía, al estar vinculado con derechos específicos, puede ser cumplido de diferentes maneras, dependiendo del derecho que el Estado tenga el deber de garantizar y de la situación particular del caso.

La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. Desde sus inicios, la Corte ha sostenido que, para cumplir con esta obligación de garantizar, los Estado

sentença transitada 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.

Artigo 25º - Proteção judicial

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.

deben, no solo prevenir, sino también ‘investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos’

Em sua marcha civilizatória, o processo penal agrega, a par das garantias do réu a um julgamento justo, o direito de vítimas e familiares de ter a violação de direitos humanos esclarecida e punida. A obrigação internacional contraída pelo Estado consistente em proteger os direitos humanos comporta além de medidas preventivas, medidas positivas de envidar esforços no sentido de punir suas violações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos coloca a marcha civilizatória do direito penal em um patamar onde as vítimas passam a ser protagonistas no processo e onde o Estado já não pode quedar inerte e omissos em face da violação de direitos.

No *caso Garibaldi versus Brasil* a Corte de San José chega a elencar as violações do dever de investigação do homicídio: 1) Falta de recebimento de testemunhos *prima facie* indispensáveis: não se procurou identificar de maneira exaustiva as possíveis testemunhas e obter as declarações que permitissem esclarecer os fatos relativos ao homicídio de Sétimo Garibaldi; 2) Falta de esclarecimento de contradições nos testemunhos; 3) Inutilização e omissões com relação à prova: o uso da arma, pelo escrivão da polícia civil, de indiciado, a qual estava detendo em momento posterior ao fato e que levaram a alteração do estado e condição da arma, tornando impossível a perícia para determinar se a arma havia sido disparada recentemente, no que seria prova útil para o deslinde da questão; 4) Prova perdida: não se sabe onde se encontra a arma apreendida e sob custódia do Estado; 5) Falta de cumprimento das diligências ordenadas; 6) Erro na petição de arquivamento do inquérito.

O *leading case* da Corte sobre a matéria: *Caso Las Palmeras versus Colômbia*

A jurisprudência é uma das fontes do direito, consistindo em uma técnica a serviço da busca do ideal de justiça. Partindo do estudo de casos particulares, identifica-se um elenco ou catálogo de tipos, através da inferência lógica indutiva e da analogia. Esse catálogo de julgados-tipo por sua vez sofre uma condensação linguística, donde são extraídos os parâmetros hermenêuticos que sistematizam a lógica do julgamento, os *standards*.

O *leading case*, originário do direito anglo-saxão, é o precedente que fixa uma linha de interpretação de casos. O *caso Las Palmeras versus Colômbia* fixa o precedente da Corte de San José sobre violação do direito à vida, art.4; garantias judiciais, art.8; e proteção judicial, art.25. Em

sentença de 4 de fevereiro de 2000, versando sobre fatos ocorridos em 23 de janeiro de 1991, na localidade de Las Palmeras, município de Mocoa, departamento de Putumayo, Colômbia. Onde em operação conjunta da polícia nacional e exército colombiano executou-se extrajudicialmente seis pessoas que presumidamente pertenciam à organização criminosa, em verdade tratavam-se de estudantes e trabalhadores de uma escola na zona rural de Las Palmeras. A polícia nacional e o exército destruíram provas, vestiram os cadáveres das vítimas com uniformes de guerrilheiros com o propósito de justificar a operação. Em processo administrativo foram todos os envolvidos na operação que resultou na execução extrajudicial de estudantes e trabalhadores, absolvidos. O processo penal militar ficou parado por sete anos em fase de investigação sem indiciar qualquer pessoa pelo fato.⁶²

Neste julgado, *caso Las Palmeras versus Colômbia*, a Corte fixou entendimento de que a Convenção Americana é um tratado multilateral mediante o qual os Estados-partes se obrigam a proteger e tornar efetivos os direitos e liberdades nela previstos. “A Convenção é a pedra fundamental do sistema de garantia dos direitos humanos na América.” Esse sistema consta de um nível nacional onde cabe ao Estado-parte proteger os direitos e sancionar suas violações e quando este falha em sua obrigação, o nível internacional, composto pela Comissão Interamericana e a Corte, é então acionado. No que toca às garantias judiciais e proteção judicial, arts. 8 e 25, a Corte entendeu que o processo disciplinar em que o juiz ao mesmo tempo que julga é parte, fere o princípio do devido processo legal extraído do art. 8, bem como fere o direito das vítimas e familiares de terem acesso à proteção judicial, art. 25. No que toca ao processo penal militar a Corte de San José fixou os balizamentos hermenêuticos que determinam sua excepcionalidade, vinculadas apenas a situações que envolvem bens e interesses exclusivamente militares, o julgamento de militares em operações que afetam a população civil deve ficar a cargo da justiça comum. De outra feita, quando a justiça penal militar se arroga a julgar crimes praticados por militares contra a população civil, se tem por via oblíqua um julgamento de exceção, onde o princípio do juiz natural,

⁶²“Los miembros de la Policía Nacional y del Ejército habrían realizado numerosos esfuerzos para justificar su conducta. En este orden de ideas, se habría vestido con uniformes militares los cadáveres de algunas de las personas ejecutadas, se habría quemado sus ropas y se habría amedrentado a los testigos del caso. Igualmente, la Policía Nacional habría presentado siete cadáveres como pertenecientes a subversivos muertos en un presunto enfrentamiento. Entre esos cadáveres se encontrarían seis cuerpos de las personas detenidas por la Policía y un séptimo, cuyas circunstancias de muerte no habrían sido esclarecidas. Como consecuencia de los hechos descritos, se habrían iniciado procesos de carácter disciplinario, administrativo y penal. El proceso disciplinario realizado por el Comandante de la Policía Nacional de Putumayo se habría fallado en cinco días y se habría absuelto a todos los que participaron en los hechos de la localidad de Las Palmeras. Asimismo, se habrían iniciado dos procesos administrativos en los que se habría reconocido expresamente que las víctimas del operativo armado no pertenecían a ningún grupo armado y que el día de los hechos estaban realizando sus tareas habituales. Esos procesos habrían permitido comprobar que la Policía Nacional habría ejecutado extrajudicialmente a las víctimas cuando estaban en estado de indefensión. En cuanto al proceso penal militar, después de siete años aún se encontraría en la etapa de investigación y todavía no se habría acusado formalmente a ninguno de los responsables de los hechos.” (**Caso Las Palmeras versus Colombia**, sentencia de 4 de febrero de 2000, parágrafo 01, pag. 2)

art. 8.1, termina por ser menoscabado. Nesse julgado a Corte de San José espousa entendimento que o prazo de cinco anos é razoável para o deslinde da questão e que nada justifica, como na data do julgado, que dez anos tenham se passado sem o julgamento dos fatos ocorridos em Las Palmeras. O prazo razoável do processo é um direito humano internacional dos cidadãos, segundo defende o juiz Roberto Caldas em seu voto apartado no *caso Garibaldi versus Brasil*, em consonância com o *leading case* da Corte Interamericana de 2000, onde para além da previsão normativa do art.8.1 do Pacto de San José de 1969, encontra lastro normativo internacional na Declaração Americana dos Direitos Humanos de 1948, na jurisprudência da própria Corte, casos *Genie Lacayo versus Nicarágua*, 1997, e *Suárez Rosero versus Equador*, 1997 e jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos.⁶³

No caso Garibaldi a execução extrajudicial teve a peculiaridade de ser praticada por uma milícia privada, diferentemente do caso Las Palmeras, onde os agentes eram estatais. O ponto de contato entre elas reside na não garantia de acesso à prestação jurisdicional justa e em prazo razoável. Em ambos os casos os Estados-partes descumpriram suas obrigações internacionalmente assumidas ao não velarem pelas regras do devido processo legal, criando embaraços e entraves para o deslinde das questões.

Casos Escher e Sétimo Garibaldi: as afinidades eletivas do conflito pela terra

Os casos Escher e Sétimo Garibaldi formam o par de opostos que têm no conflito agrário sua eletividade. Assim como a metáfora goetheana da seleção por afinidade, onde pares se aproximam e se afastam segundo uma seletividade que opõe paixão e razão, o noroeste paranaense, como no romance goethiano, constrói a narrativa do conflito agrário que por pares de oposição e atração põem em cena o jogo tensionado de paixão e razão. A paixão pela terra que remonta ao próprio processo histórico de sua ocupação em meados do sec. XX e a racionalidade que tenta depurar a seletividade dessas paixões agrárias, onde o Estado surge como a expressão da legalidade. No caso Escher fica evidente o protagonismo dos agentes estatais e sua atuação longe da racionalidade legal.

1- ⁶³“Conviene recordar la oración del discurso pronunciado en 1920 por *Ruy Barbosa*, memorable jurista brasileño cuyo busto ornamenta el salón de entrada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (al lado del venezolano Andrés Bello), según el cual “*justicia atrasada no es justicia, sino injusticia calificada y manifiesta*”. Talvez esta sea una bien elaborada versión del aforismo jurídico universal repetido en varias lenguas, por ejemplo: “*justice delayed is justice denied*”, “*justice différée est justice refusée*”, “*justicia atrasada es justicia denegada*”, o sea, “justicia atrasada es justicia denegada” (...) Se muestra clara la protección normativa internacional al rápido juicio, en el máximo de un plazo razonable, lo que evidentemente está siendo incumplido por Brasil, por todo lo antes relatado.” (**Voto do juiz Roberto de Figueiredo Caldas**, caso Garibaldi versus Brasil, de 23 de setembro de 2009, parágrafos 23 e 31)

No caso Sétimo Garibaldi milícias privadas associadas com o poder estatal concorrem para a subversão dessa mesma racionalidade legal. No caso Escher está em jogo o direito de associação e privacidade de comunicação, no caso Sétimo Garibaldi o direito à proteção judicial e em ambos o dever do Estado de conferir ampla proteção aos direitos humanos que ele mesmo assumiu tutelar. Como em uma notação da química orgânica, com seus elementos químicos, números atômicos e valências que determinam as formas de associação e dissolução dos compostos químicos, a alquimia do conflito agrário no interior do Paraná descreve como um romance naturalista os padrões de associação e dissolução entre movimentos sociais que visam a redistribuir o modo de ocupação da terra e as forças econômicas e políticas que a elas se opõem. Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a afinidade eletiva entre os casos Escher e Sétimo Garibaldi desenha e retrata a composição orgânica dos conflitos no campo, sua lógica e dinâmica de desenvolvimento, onde o Estado por vezes adquire um protagonismo negativo e inorgânico.

Em sentença de mérito de 23 de setembro de 2009, a Corte de San José entendeu que o Estado brasileiro violou os arts. 8.1 e 25.1 da Convenção Americana em conexão com o art.1.1 da mesma Convenção em prejuízo de Iracema Garibaldi, Darsônia Garibaldi, Vanderlei Garibaldi, Fernando Garibaldi, Itamar Garibaldi, Itacir Garibaldi e Alexandre Garibaldi nos termos dos parágrafos 111 a 141 da sentença. Entendeu, ainda, que o Estado não descumpriu a cláusula federal do art. 28. Declarou que a sentença per se, já se constitui como forma de reparação, devendo a União e o estado-membro do Paraná publicarem a decisão em jornal oficial e outro de grande circulação nacional para darem ampla publicidade ao teor da decisão. O Estado brasileiro foi condenado a conduzir de modo eficaz e em prazo razoável o inquérito e qualquer processo visando esclarecer o fato e determinar a autoria com a consequente responsabilização criminal. O Estado foi ainda condenado a pagar em um prazo de um ano, contado da notificação da sentença, indenização por dano material e imaterial à mulher e filhos de Sétimo Garibaldi.

O caso seguinte retomará o problema da interdição disciplinar sendo que agora pelo viés da delinquência juvenil. A realidade dos mecanismos de aplicação de medidas sócio-educativas se aproxima do sistema penitenciário com suas práticas, usos e costumes em oposição ao reconhecimento dos direitos humanos.

4.5. Caso Complexo do Tatuapé e os Direitos de Crianças e Adolescentes privados da liberdade

Na década de 30 veio a público o romance “Capitães da Areia” do escritor baiano Jorge Amado,

narrativa que retratava uma realidade nova e desconhecida no universo literário brasileiro: o drama dos menores abandonados e da delinquência juvenil. O Brasil da década de 30 era ainda um país agrário, a maior parte da população brasileira vivia no campo. Salvador, primeira capital do Brasil e cidade símbolo do tráfico negreiro, assistia ao nascimento do fenômeno da delinquência juvenil. O romance de Jorge Amado não apenas descortinou uma cena sociológica nova através do discurso literário como também o tema incomodou muita gente. Em 1937, o governo do Estado Novo, incomodado com o conteúdo social e crítico da narrativa ficcional, condenou a obra à fogueira. 808 exemplares de *Capitães da Areia* foram queimados em praça pública na cidade de Salvador. No Rio de Janeiro, então capital do Brasil, exemplares foram apreendidos nas livrarias.

Com a industrialização tardia e urbanização da sociedade brasileira no curso do sec. XX, as páginas literárias de “*Capitães da Areia*” adquirem um caráter romântico, personagens como Pedro Bala, o líder do grupo de menores que vive pelas ruas de Salvador, que termina se convertendo na vida adulta em líder comunista; Professor, o intelectual do grupo que planeja suas ações e supera a marginalidade através de sua paixão pelos livros ou Sem-pernas, o garoto que desenvolve uma personalidade amargurada após ser vítima da violência policial, soam ingênuos quando confrontados com o nível criminológico que o tema adquiriu na sociedade brasileira desde o seu primeiro retrato mais notório, sob a lente literária e socialmente sensível de Jorge Amado.

Em 1976 é criada a FEBEM, instituição vinculada à Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo. A FEBEM foi criada com o propósito de planejar e executar os programas de atenção aos delinquentes juvenis de 12 a 18 anos de idade. Em 2005, quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aciona a Corte de San José, após vários motins de menores internos, com assassinatos e agressões, a FEBEM possuía 77 unidades de internação no estado de São Paulo, nas quais encontravam-se reclusos aproximadamente 6.800 adolescentes.

O Complexo do Tatuapé situava-se na zona leste da área metropolitana da cidade de São Paulo, sendo a maior unidade da FEBEM no estado paulista. O Complexo do Tatuapé era constituído de 18 unidades de internamento com capacidade, cada uma, entre 80 e 100 pessoas. Em 2005, quando o Caso das crianças e adolescentes privados da liberdade no “Complexo do Tatuapé” FEBEM chegou à Corte de San José, eram cerca de 1600 menores reclusos no Complexo. Em outubro de 2007 o governo do estado de São Paulo, após várias denúncias e condenações internacionais, anunciou o fechamento do Complexo do Tatuapé.⁶⁴

⁶⁴“A FEBEM é uma instituição dependente da Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, estabelecida no ano de 1976, com o propósito de planejar e executar os programas de atenção aos delinquentes juvenis

Caso das crianças e adolescentes privados da liberdade no Complexo do Tatuapé

Com fundamento no art. 63.2 do Pacto de San José, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 8 de outubro de 2005, solicitou à Corte Interamericana medidas provisórias em face do Estado brasileiro, tendo por objeto a proteção da vida e integridade pessoal de crianças e adolescentes que residem no “Complexo do Tatuapé” da FEBEM e de pessoas que futuramente possam ingressar na qualidade de internos. Os fatos que motivaram a Comissão a acionar a Corte de San José, requerendo as medidas provisórias, consistem em sucessivos motins dos menores internos, com registro de pancadaria, tortura, brigas e mesmo após as medidas cautelares tomadas pela Comissão de Washington, em dezembro de 2004, não houve mudança significativa nesse quadro de insegurança para a vida e integridade pessoal dos internos, com o registro de quatro mortes após as determinações da Comissão.

No dia 14 de janeiro de 2005 o jovem Alessandro da Silva Sena, 17 anos de idade, faleceu em decorrência das feridas sofridas ao cair do teto da Unidade 1 da FEBEM, no Complexo do Tatuapé, durante um motim, não se sabendo se ele caiu acidentalmente ou foi jogado. Em 21 de janeiro de 2005, Jonathan Felipe Guilherme Lima, 15 anos de idade, após ser brutalmente espancado por outros internos, faleceu. Nesse fato, chama atenção que o jovem Jonathan estava recluso em um dormitório da Unidade 39, pois este era ameaçado de morte por outros internos. Após uma despedida em massa de 1700 funcionários da FEBEM, os monitores da unidade 39 entregaram as chaves dos dormitórios onde se encontravam os jovens ameaçados pelos demais internos, ao internos que estavam na área de sol. Jonathan Lima não recebeu ajuda por parte de nenhum funcionário quando estava sendo espancado e muito menos atenção médica oportuna. No dia 13 de março de 2005, Eduardo Oliveira Souza, que se encontrava sob a tutela da Unidade 4 da FEBEM no Complexo do Tatuapé, foi encontrado morto em um terreno baldio a 35 km do Complexo. Seu cadáver estava sem roupa, com a camiseta colocada na boca, 2 tiros na cabeça, 4 no peito e sinais de tortura. No dia anterior havia ocorrido motim e uma fuga na unidade 4 da FEBEM. Em 8 de abril de 2005, Cleber Nogueira da Silva, interno portador de Síndrome de Imunodeficiência Adquirida,

entre 12 e 18 anos de idade, no cumprimento das medidas socioeducativas impostas pelas autoridades judiciais objetivando a reabilitação e reeducação. Esta instituição possui 77 unidades de internamento no Estado de São Paulo, nas quais encontram-se em reclusão aproximadamente 6.800 crianças e adolescentes; o “Complexo do Tatuapé” está situado na zona leste da área metropolitana da cidade de São Paulo e é a principal instalação e com maior número de internos, a cargo da FEBEM. Está constituído por 18 unidades de internamento com uma capacidade declarada para 80 e 100 pessoas cada uma, que acolhem em conjunto uma média de 1600 crianças e adolescentes os quais encontram-se cumprindo medidas sócio-educativas de privação de liberdade em aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA);” (**Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no “complexo do Tatuapé” da Febem**. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de novembro de 2005, parágrafo 2, pag. 1)

faleceu em virtude de falta de tratamento médico.

Em vistoria realizada em 23 de julho de 2005, Florentín Meléndez, Relator para os Direitos das Pessoas Privadas da Liberdade da Comissão Interamericana, registrou que há graves problemas de saturação, deficientes condições de higiene e saúde no Complexo do Tatuapé. Muitos dos jovens internos têm problemas de saúde relacionados à falta de higiene. A estrutura das unidades é similar aos presídios para adultos, com péssimo sistema de saneamento de água e eletricidade, não havendo assistência médica adequada. Os jovens internos não têm acesso à educação regular, trabalho ou atividade de ressocialização o que incrementa o nível de tensão entre os internos, potencializando incidentes de violência.

Os argumentos jurídicos da Comissão foram: (1) a urgência do conjunto dos fatos alegados exigida pelo artigo 63.2 da Convenção Americana para que a Corte ordene medidas provisórias está demonstrada pela morte de quatro internos e pelas graves feridas recebidas por dezenas deles sob a vigência das medidas cautelares; (2) a falta de separação dos jovens internados por categorias; (3) as deficientes condições sanitárias, físicas e de segurança a que se encontram submetidos os internos do Complexo do Tatuapé da FEBEM; (4) a evidente carência de pessoal devidamente treinado para cuidar de crianças e adolescentes.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em Resolução de 17 de novembro de 2005 com fundamento no art.1.1 e art. 63.2 que tratam respectivamente da obrigação do Estado-parte em proteger os direitos prescritos na Convenção e dos requisitos para medidas cautelares, requereu que o Estado brasileiro adotasse de forma imediata as medidas que fossem necessárias para a proteção da vida e integridade pessoal de crianças e adolescentes privados de liberdade no Complexo do Tatuapé, assim como a de todas as pessoas que estivessem no estabelecimento⁶⁵. Determinando também audiência pública na sede do Tribunal com o propósito de ouvir os argumentos e fatos que motivaram a adoção da Resolução.

Após a Resolução de 17 de novembro de 2005, seguiram-se as Resoluções de 30 de novembro

⁶⁵“En sus resoluciones sobre medidas provisionales el Tribunal ha reiterado su jurisprudencia sobre las obligaciones que recaen en el Estado bajo el artículo 1.1 de la Convención. Así, el derecho a la integridad personal y el derecho a la libertad personal no sólo implican que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, en donde la condición de garante del Estado con respecto a estos derechos, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquellos.” (**Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad**: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) / Corte Interamericana de Derechos Humanos. –San José, C.R.: Corte IDH, 2010, pags. 185/186)

de 2005, 04 de julho de 2006, 03 de julho de 2007 e 25 de novembro de 2008. Estas Resoluções determinaram ao Brasil, dentre outras, basicamente as seguintes medidas cautelares: (1) Adoção de medidas efetivas para a proteção da vida e integridade pessoal do menores internos no Complexo do Tatuapé; (2) Impedimento de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, isolamentos prolongados e maus tratos físicos; (3) Redução da aglomeração no Complexo do Tatuapé, confisco de armas em poder dos menores; (4) Prestação de assistência médica aos internos; (5) Que a implementação das medidas sejam acompanhadas pelos representantes dos beneficiários, com a sua participação no planejamento e supervisão.

O art.19 da Convenção Americana de Direitos Humanos

A Convenção Americana de Direitos Humanos disciplina a matéria de direito do menor no art. 19, em sua redação a Convenção estende a “toda criança” as medidas de proteção que a sua condição de menor requer. Embora a Convenção não defina juridicamente o conceito de criança, o sistema global de proteção dos direitos humanos da ONU o faz. No art.1º da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU de 20 de novembro de 1989, aprovada pela Resolução L 44 (XLIV) da Assembleia Geral, define-se como criança o ser humano menor de 18 anos. Essa definição normativa é importante para delimitar o destinatário de políticas públicas e operacionalizar o regime jurídico especial que essas “medidas de proteção” requerem.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU de 1989 foi subscrita por mais de 180 países, sendo a que possui o maior número de signatários de todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. No ano 2000 esta convenção foi complementada por dois protocolos: o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição infantil e à pornografia infantil; e o Protocolo Facultativo à Convenção dos Direitos das Crianças relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados. Ainda no âmbito do sistema global o tema do menor recebe tratamento normativo no Pacto dos direitos Civis e Políticos, em seu art. 24, prescrevendo que toda criança tem direito ao nome civil e a uma nacionalidade. Em redação similar à do art.19 do Pacto de San José, o art.24.1 do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 da ONU incumbe à família, à sociedade e ao Estado o ônus de serem os garantes desse regime jurídico especial que tem na criança o seu destinatário. O art. 10, §3º do Pacto dos direitos Sociais, Econômicos e Culturais da ONU, por sua vez, também trata do direito do menor, no tocante a não exploração do trabalho infantil, determinando que os Estados fixem uma idade mínima para a exploração de sua capacidade laboral.

O art. 19 da Convenção Americana, assim, não pode ser interpretado como uma norma solta e descontextualizada do sistema normativo internacional. Ao definir que “toda criança” é destinatária de medidas de proteção que sua condição de menor requer, toda a faixa etária de seres humanos menores de 18 anos, quando a legislação interna não defina de modo diverso, torna-se destinatária de um regime jurídico especial. Essa especialidade é regida por vários vetores axiológicos, mas o principal é o vetor da “proteção integral” cuja implicação mais relevante é a de que o menor, ainda que não tenha capacidade intelectual e volitiva plena, é sujeito de direito pois titular de uma inalienável personalidade jurídica. Toda política pública que verse sobre o tema do direito do menor deve ter por regra o seu especial interesse. O mesmo art.19 da Convenção Interamericana define a família, a sociedade e o Estado, como garantes do regime jurídico especial⁶⁶. Mas cabe definir que dentre os três garantes, é o Estado o garante primário, aquele sobre quem recai a maior responsabilidade. Dentre os deveres do Estado não se elencam apenas as obrigações negativas, de proibir tratamentos cruéis, desumanos ou a tortura; mas também obrigações positivas, como o provimento de educação primária universal e gratuita a todas as crianças em idade escolar de modo a promover o desenvolvimento de sua personalidade.

Da interpretação conjunta do art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989 e art. 19 da Convenção Americana dá para se extrair a conclusão de que a idade de 18 anos é o parâmetro internacional para a fixação da imputabilidade penal. A redução, pela ordem jurídica interna, da idade mínima para a responsabilização criminal só poderia ser adotada com base em razões consideráveis e que levassem em conta o melhor interesse dos menores, devendo guardar coerência com o vetor normativo da “proteção integral”. Pensar de modo diverso é subverter o sistema e a lógica internacional de proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes. O caso do Complexo do Tatuapé é emblemático pois é um claro e palpitante exemplo de que os menores que são inimputáveis à luz do direito penal não são irresponsáveis por seus atos, na medida em que essas instituições na prática funcionam como presídios de menores, com a mesma sistemática de desumanização e violação de direitos dos adultos.

A jurisprudência da CIDH em matéria de direito da criança e adolescente

⁶⁶“Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.” (**Opinión Consultiva OC-17/02**. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parágrafo 54)

A Corte Interamericana de Derechos Humanos no caso *Instituto de Reeducación del Menor versus Paraguay*, analisando o art. 19 da Convención Americana define que este não pode ser interpretado de forma isolada, mas antes integra um *corpus juris* internacional de proteção dos direitos dos menores:

Esta Corte analizará el presente caso teniendo este hecho en particular consideración, y decidirá sobre las violaciones alegadas respecto de otros derechos de la Convención Americana, a la luz de las obligaciones adicionales que el artículo 19 de la misma impone al Estado. Para fijar el contenido y alcances de este artículo, tomará en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Paraguay el 25 de septiembre de 1990 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por el Paraguay el 3 de junio de 1997 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que la Corte debe respetar. (parágrafo 148)

No mesmo caso a Corte de San José define que o direito à vida e integridade pessoal dos menores, assim como no caso do Complexo do Tatuapé, não devem ficar restritos aos direitos civis e políticos, sua proteção também engloba os direitos sociais, econômicos e culturais:

En el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños. (parágrafo 149)

A par da compreensão de que o art. 19 do Pacto de San José está integrado no *corpus juris* internacional de tutela da condição jurídica especial dos menores, a jurisprudência da Corte constrói

e reconhece a doutrina da proteção integral. Esse entendimento é expresso pelo juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, em seu voto concordante no caso FEBEM Complexo do Tatuapé de 30 de novembro de 2005. Aludindo ao caso *Villagrán Morales e Outros versus Guatemala* e ao caso do *Instituto de Reeducação do Menor versus Paraguai*, Cançado Trindade enfatiza a instrumentalização processual da proteção integral através da participação direta das vítimas em todas as fases do contencioso perante a Corte de San José:

O contencioso dos *Meninos de Rua*"(caso *Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*), concluído ante esta Corte há quatro anos, que hoje faz parte da história dos direitos humanos na América Latina, revelou a importância do acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional, possibilitando-lhes vindicar seus direitos contra as manifestações do poder arbitrário, e dando um conteúdo ético às normas tanto do direito público interno como do direito internacional. Sua relevância foi claramente demonstrada perante a Corte no decorrer daquele histórico caso, no qual as mães dos meninos assassinados, tão pobres e abandonadas como os filhos, tiveram acesso à jurisdição internacional, compareceram a juízo, e, graças às Sentenças quanto ao mérito e reparações desta Corte, que as ampararam, puderam ao menos recuperar a fé na Justiça humana.

Transcorridos quatro anos, o caso do *Instituto de Reeducação do Menor versus Paraguai* veio uma vez mais demonstrar, como assinali em meu Voto Separado (pars. 3-4) que o ser humano, ainda nas condições mais adversas, irrompe como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídico-processual internacional. A Sentença da Corte neste caso referente ao Paraguai reconheceu devidamente a alta relevância das históricas reformas introduzidas pela Corte em seu atual Regulamento (pars. 107, 120-121 e 126), vigente a partir de 2001, em prol da *titularidade*, dos indivíduos, dos direitos protegidos, outorgando-lhes *locus standi in judicio* em todas as etapas do procedimento contencioso perante a Corte. Os referidos casos dos *Meninos de Rua*"e do *Instituto de Reeducação do Menor* são testemunhos eloqüentes de tal titularidade, afirmada e exercida perante esta Corte, mesmo em situações da mais extrema adversidade." (parágrafos 5 e 6, pag. 02)

A "doutrina da proteção integral" que se densifica seja com o reconhecimento de um *corpus juris* internacional de proteção do menor, seja com sua instrumentalização processual é também expressa em outros julgados da Corte de San José:

El artículo 19 de la Convención, además de otorgar una protección especial a los derechos reconocidos en ésta, establece una obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables. Resulta relevante hacer referencia a los artículos 12 y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales reconocen, respectivamente, el derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, y su derecho a que los Estados logren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos. (**Caso Familia Pacheco Tineo versus Bolivia**. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párrafo 219)

Embora a Convenção Americana de Direitos Humanos não defina o conceito jurídico de menor, a Corte Interamericana construiu jurisprudencialmente o conceito, no caso Niños de la Calle (*Villagrán Morales y otros versus Guatemala*), sentença de 19 de novembro de 1999, a Corte assim se pronunciou:

El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como “niño”. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. De conformidad con la legislación guatemalteca vigente para la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, igualmente eran menores, quienes no habían cumplido los 18 años de edad. Según esos criterios sólo tres de las víctimas, [...], tenían la condición de niños. Sin embargo, la Corte emplea, en esta sentencia, la expresión coloquial “niños de la calle”, para referirse a las cinco víctimas en el presente caso, que vivían en las calles, en situación de riesgo. (párrafo 188)

A idade *standard* de 18 anos no plano internacional é reconhecida na Opinião Consultiva n. 17 da Corte Interamericana de 2002:

El artículo 19 de la Convención Americana, que ordena adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños, no define este concepto. El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que “niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. (parágrafo 38)

No tocante ao direito à vida e integridade pessoal dos menores a Corte assinala no caso *Massacre de Mapiripán versus Colombia*, sentença de 15 de setembro de 2005 que o Estado tem a obrigação de prevenir situações que implementem riscos de violações do direito à vida e integridade pessoal de menores:

La obligación del Estado de respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción presenta modalidades especiales en el caso de los niños y niñas, y se transforma en una obligación de “prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél. En el caso *sub judice*, la masacre y sus consecuencias crearon un clima de permanente tensión y violencia que afectó el derecho a una vida digna de los niños y las niñas de Mapiripán (el destacado es nuestro). En consecuencia, la Corte considera que el Estado no creó las condiciones ni tomó las medidas necesarias para que los niños y las niñas del presente caso tuvieran y desarrollaran una vida digna, sino más bien se les ha expuesto a un clima de violencia e inseguridad.

No caso do Complexo do Tatuapé, em que o direito à vida e integridade pessoal dos menores foi violada ou posta em risco por ação ou omissão do Estado, os principais *standards* hermenêuticos desenvolvidos pela sua jurisprudência animam a interpretação e solução do caso: o art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos integra o *corpus juris* internacional; o regime jurídico especial dos menores engloba além de direitos civis e políticos, direitos sociais e econômicos; o reconhecimento da personalidade jurídica internacional da pessoa natural engloba os menores, o que leva ao desenvolvimento da doutrina de proteção integral cuja principal implicação reside em que os menores são encarados como sujeitos de direito, devendo ser levado em conta em qualquer medida de política pública que lhes afete o seu “melhor interesse”; e a definição formal de um marco cronológico que defina os destinatários desse regime especial, a idade de 18 anos.

Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989: o paradigma da proteção integral

O tema do menor e a necessidade de um regime jurídico especial que atenda a sua peculiar condição é um fenômeno do sec. XX. Será com a teoria psicanalítica de Freud que centra na infância a fonte dos traumas e desejos e com o surgimento do conceito de “adolescência”, até o sec. XX indivisa da infância e considerada parte desta, que o tema do “menor” adquirirá relevância. Durante a maior parte da história a criança foi invisível, somente no sec. XVII, no mundo ocidental, é que a criança, aos poucos, adquire visibilidade social e passa a ser considerada um ser humano com condição especial. Mas será só no sec. XX que o menor passará a ser destinatário de um tratamento jurídico especial, inicialmente de forma pontual e fragmentária. O primeiro documento normativo internacional a versar sobre a matéria remonta à Liga das Nações, portanto anterior à ONU, a Declaração de Genebra de 1924, sucedida pela Convenção de Genebra de 1933, esta última versando sobre a proibição do tráfico de mulheres e crianças. No sistema da ONU, pós-1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos trata do tema de forma indireta, art. XXV.2, a Convenção de Roma de 04 de novembro de 1950 traz um marco importante, deliberando que a privação da liberdade de menores somente pode ser admitida para fins educacionais. Até então o tema do menor, que passa a ter visibilidade e tratamento normativo, não gozava de um documento específico, com princípios e sistematização doutrinária. O grande divisor de águas, no entanto, será a Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU de 1959 que, enfim, reconhece à criança a condição especial de um ser humano em desenvolvimento e destinatária de um tratamento específico. Esse documento traz, dentre outros, a declaração de que os menores devem receber proteção especial para o seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual; direito à nacionalidade; direitos previdenciários e assistenciais; e direito à educação básica gratuita e compulsória.

A doutrina da proteção integral foi sendo modelada aos poucos, ganhando corpo normativo e consistência doutrinária efetivamente com a Convenção dos Direitos da Criança de 1989. A teoria da proteção integral tem no menor um sujeito de direitos, não apenas o destinatário deles. A proteção integral reconhece na personalidade jurídica dos menores a fonte de sua proteção. Esta se faz integral na medida em que leva em consideração a personalidade do menor, que embora incompleta, não pode ser desprezada, tendo como diretriz hermenêutica o seu melhor interesse.⁶⁷

⁶⁷“El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. [...] En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección.” (**Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, parágrafo 108)

Da Convenção dos Direitos da Criança de 1989 podem-se tirar três diretrizes básicas: (1) a necessidade de proteção especial do menor como ser em desenvolvimento; (2) a família como o lugar ideal de seu desenvolvimento; (3) o dever das nações de constituir tal tratamento especial como prioridade.

O tema da delinquência juvenil recebeu disciplinamento normativo, no âmbito internacional, através das Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de jovens, de 1985. “As Diretrizes de Riad”, Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil, de 1990, ao disciplinar a matéria, em seu art. 52 é expressa: “Nenhuma criança ou jovem deverá ser objeto de medidas severas ou degradantes de correção ou castigo no lar, na escola ou em qualquer outra instituição.” “As Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade” prescrevem em seu art. 1º que a privação de liberdade de jovens deve ser feita apenas em último recurso e pelo lapso de tempo mais breve possível.

Assim, a condição especial dos menores e a necessidade de sua proteção integral se espraia sobretudo para a situação jurídica dos jovens privados de liberdade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Instituto de Reeducación del Menor vs Paraguay*, é didática:

En materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, como ocurre mayormente en el presente caso, tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión [...].

En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral,

psicológico y social. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida. En este sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establecen que:

No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad.

En íntima relación con la calidad de vida, están las obligaciones del Estado en materia de integridad personal de niños privados de libertad. La calificación de penas o tratos como crueles, inhumanos o degradantes debe considerar necesariamente la calidad de niños de los afectados por ellos.

En consonancia con lo dicho anteriormente, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) disponen que:

Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física– que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.

En este caso en concreto la Corte debe establecer si el Estado, en cumplimiento de su posición de garante, adoptó las iniciativas para garantizar a todos los internos del Instituto, adultos y niños, una vida digna con el objeto de fortalecer su proyecto de vida, a pesar de su encierro. (**Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párrafos 160 a 164)

Em Resolução de 25 de novembro de 2008, a Corte Interamericana levantou as medidas

provisórias ordenadas pela Resolução de 30 de novembro de 2005 e as que lhe seguiram. A Corte Interamericana reconheceu os esforços do Estado brasileiro que através do estado-membro de São Paulo investiu nos últimos três anos anteriores à Resolução de 2008, mais de setenta milhões de dólares na melhoria do sistema de internação de menores, com contratação de profissionais da área psicossocial, pedagógica, saúde e segurança. Medidas que reduziram o número de rebeliões e o índice de reincidência dos internos que caiu de 29% em 2006 para 17% em 2008.⁶⁸ Bem como a desativação do Complexo do Tatuapé em outubro de 2007. Não obstante as alegações da Comissão Interamericana e dos representantes dos beneficiários de que a simples desativação do Complexo do Tatuapé e a transferência dos menores para outras unidades de internação, por si só não resolveriam os graves problemas do sistema de internação da Fundação Casa, a Corte de San José entendeu que as causas que motivaram o deferimento do pedido de medida provisória tinham cessado, o grave e fundado risco à vida e integridade pessoal dos internos do Complexo do Tatuapé da Fundação Casa. Evidenciou a Corte Interamericana que o presente caso não permite uma análise de mérito, pois não se trata de um contencioso a tramitar perante a Corte, nem uma opinião consultiva, mas de um provimento jurisdicional de urgência e como tal teve seus requisitos cessados com as medidas adotadas pelo Estado brasileiro. O mérito poderá ser retomado pela Corte na medida em que o caso 12.328 em curso na Comissão Interamericana chegue à Corte de San José através de um contencioso.

Entende a Corte que os problemas estruturais da delinquência juvenil e seu tratamento institucional exigem medidas de curto, médio e longo prazo, que o Estado envidou esforços e que a urgência e gravidade que motivaram as medidas provisórias, que são marcadas pela excepcionalidade, cessaram no presente caso.⁶⁹

⁶⁸“Que o Estado informou que nos últimos três anos investiu mais de setenta milhões de dólares para construir 36 novas unidades de internação, com capacidade para acolher um total de 2.208 internos, evitando, assim, a superlotação em todas as unidades da Fundação no estado de São Paulo. Também destacou que o índice dos adolescentes que cumpriram medidas sócio-educativas na Fundação e que reincidiram em práticas criminais, o qual correspondia a 29% em 2006, teve uma redução e atualmente é de 17% dos jovens internos. Da mesma maneira, o número de rebeliões nas unidades da *Fundação CASA*, que alcançou 80 incidentes em 2003, foi reduzido a cinco rebeliões em 2007 e a somente duas em 2008. De igual forma, o Estado alegou que qualquer ato de violência ocorrido na *Fundação CASA* tem sido imediatamente investigado por seu órgão administrativo-disciplinar, e que os funcionários processados são suspensos de suas funções e não trabalham diretamente com os internos até ao final do procedimento investigativo. Em relação ao acesso das organizações da sociedade civil às unidades da *Fundação CASA*, o Estado aduziu que em 1º de dezembro de 2007, quando entrou em vigor o novo Regulamento Interno da Fundação, a decisão administrativa No. 90/2005 foi revogada, permitindo-se o acesso amplo e irrestrito dos representantes e de outras organizações da sociedade civil a todas as unidades de internação.” (**Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no “Complexo do Tatuapé” da Fundação CASA**. Resolução da Corte Interamericana de 25 de novembro de 2008, parágrafo 08, pag.05)

⁶⁹“Que a Corte, diante de um pedido de medidas provisórias, não pode considerar argumentos relativos ao mérito da questão submetida a seu conhecimento, nem alegações que não se relacionem estritamente com a extrema gravidade, urgência e necessidade para evitar danos irreparáveis às pessoas. Qualquer outro assunto só pode ser colocado em conhecimento da Corte nos casos contenciosos ou nos pedidos de opiniões consultivas.” (**Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no “Complexo do Tatuapé” da Fundação CASA**. Resolução da Corte Interamericana de 25 de novembro de 2008, parágrafo 13, pag.08)

O caso que se segue, para além dos vícios do sistema disciplinar de interdição e do conflito no campo, traz para o primeiro plano a delicada condição daqueles que lutam pela defesa dos direitos humanos na América Latina. O tema dos “defensores dos direitos humanos” será abordado no caso Nogueira de Carvalho, com um pequeno panorama da jurisprudência da Corte de San José sobre o tema.

4.6. Caso Nogueira de Carvalho e o dever de proteção do Estado: a problemática condição de insegurança dos defensores dos direitos humanos.

Em meados dos anos 90, na cidade de Natal, Rio Grande do Norte, uma série de assassinatos ocorreram na periferia da cidade. Os assassinatos tiveram como alvo pessoas pobres, marginalizadas e vulneráveis. Após o episódio que ficou conhecido na crônica policial como “Chacina da Mãe Luiza”, bairro popular de Natal, começou-se a fazer a ligação entre esses assassinatos e a ação de um grupo de extermínio constituído por policiais civis, militares e funcionários de outras repartições. O advogado Gilson Nogueira de Carvalho, vinculado ao Centro de Direitos Humanos e Memória Popular, organização não governamental, começou a denunciar publicamente a atuação de tal grupo de extermínio. O grupo de extermínio ao qual eram imputadas cerca de cinquenta mortes seria comandado pelo delegado Maurílio Pinto de Medeiros, conhecido como o Fleury potiguar, o delegado foi secretário de segurança do estado do Rio Grande do Norte por cerca de vinte anos, possuindo relações e influência junto a empresários e políticos locais.

Em 20 de outubro de 1996, aproximadamente às 12 horas, quando se dirigia à sua chácara acompanhado de sua namorada, Gilson Nogueira de Carvalho passou a ser seguido por um automóvel, modelo gol, cor vermelha, ocupado por três homens não encapuzados. Diante de sua chácara o veículo gol vermelho se posicionou diante do automóvel do advogado Nogueira de Carvalho. Os ocupantes de ambos os veículos se olharam por alguns instantes quando o passageiro do gol vermelho apontou uma arma tipo espingarda e disparou uma vez, Nogueira de Carvalho tentou empreender fuga, mas um segundo disparo o atingiu em cheio na cabeça, seguindo-se outros disparos na medida em que o automóvel retomava o caminho de onde viera. Nogueira de Carvalho morreu em decorrência de hemorragia intracraniana provocada por projéteis de arma de fogo. Sua namorada, na época menor, sobreviveu para relatar o fato.⁷⁰

⁷⁰“Em 20 de outubro de 1996, aproximadamente às 12h, quando se dirigia a sua chácara acompanhado da jovem MdS, foi seguido por um automóvel modelo Gol, cor vermelha, sem placa, ocupado por três homens que tinham os rostos descobertos. Enquanto Gilson Nogueira de Carvalho se encontrava em frente ao portão de sua chácara, o veículo Gol se posicionou diante de seu automóvel. Os ocupantes de ambos os veículos se olharam por alguns instantes. Em seguida, o homem que ocupava o assento do acompanhante do veículo Gol apontou pela janela uma arma tipo espingarda e disparou uma vez, ao que Gilson Nogueira de Carvalho reagiu dando marcha a ré com seu carro numa tentativa frustrada de fuga. O disparo seguinte atingiu Gilson Nogueira de Carvalho na cabeça. Seguiram-se vários disparos e o

Nogueira de Carvalho era um advogado conhecido na municipalidade onde ocorreu o homicídio, Macaíba, região metropolitana de Natal. Tendo atuação política na cidade.⁷¹ Com a repercussão da morte de Nogueira de Carvalho, dez dias depois, o subsecretário de segurança do estado, delegado Maurílio Pinto de Medeiros, acusado de ser o chefe do grupo “meninos de ouro”, foi destituído, após reunião com o então governador Garibaldi Alves Filho, o então ministro da justiça, Nelson Jobim, designou um delegado federal para investigar o caso, ante a suspeita de contaminação e não isenção da polícia potiguar.

veículo Gol imediatamente tomou o rumo de onde tinha vindo.

Gilson Nogueira de Carvalho morreu em consequência de hemorragia intracraniana decorrente de feridas penetrantes provocadas por projéteis de arma de fogo. O veículo conduzido por Gilson Nogueira de Carvalho foi alvejado por no mínimo 18 disparos de arma de fogo. A morte de Gilson Nogueira de Carvalho foi produzida por pelo menos três autores materiais, sendo provável a existência de autores intelectuais.” (**Caso Nogueira de Carvalho e outros versus Brasil**. Sentença de 28 de novembro de 2006. Parágrafos 67.4 e 67.5, pag. 22)

⁷¹“Gilson Nogueira de Carvalho era um advogado ativista de direitos humanos que trabalhava para a organização não-governamental Centro de Direitos Humanos e Memória Popular, filiada ao Movimento Nacional de Direitos Humanos. O advogado dedicou parte de seu trabalho profissional à denúncia da atuação de um suposto grupo de extermínio existente no Estado do Rio Grande do Norte, os “meninos de ouro”. Em consequência das denúncias apresentadas por, entre outras pessoas, Gilson Nogueira de Carvalho, diversos integrantes da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte começaram a ser investigados por crimes como homicídios, seqüestros e torturas.¹⁸ Em virtude de sua atividade profissional e das denúncias por ele formuladas, Gilson Nogueira de Carvalho foi objeto de numerosas ameaças de morte.” (**Caso Nogueira de Carvalho e outros versus Brasil**. Sentença de 28 de novembro de 2006. Parágrafo 67.2, pag. 21)

O caso Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos: o objeto da demanda

Em 13 de janeiro de 2005, a Comissão Interamericana submeteu à Corte de San José, com fundamento nos arts. 50 e 61 da Convenção Americana, uma demanda em face do Estado brasileiro, tendo como objeto a suposta violação dos arts. 8 e 25 do Pacto de San José, respectivamente garantias judiciais e proteção judicial, ambas com relação ao art.1.1, obrigação de respeitar os direitos positivados na Convenção, suposta violação em detrimento de Jaurídice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho, genitores de Gilson Nogueira de Carvalho, pela presumida falta de devida diligência no processo de investigação dos fatos e punição dos responsáveis pelo homicídio do advogado Gilson Nogueira de Carvalho, além da falta de provisão de recurso⁷² efetivo para o caso.

O fato que serve de base à referida demanda, consiste no homicídio do advogado defensor dos direitos humanos Gilson Nogueira de Carvalho que dedicava parte de sua atividade profissional a denunciar crimes praticados pelo suposto grupo de extermínio “meninos de ouro” na região metropolitana da cidade brasileira de Natal-RN, suposto grupo constituído por agentes públicos.

A Comissão de Washington solicitou o pronunciamento da Corte sobre as supostas violações ocorridas após 10 de dezembro de 1998, quando o Brasil passa a se submeter à jurisdição da Corte Interamericana. O argumento da Comissão consiste na deficiente atuação das autoridades estatais, o que levou à falta de investigação adequada e não responsabilização penal dos autores tanto materiais quanto intelectuais do delito. Passados mais de 10 anos do homicídio os responsáveis não foram sequer identificados, por conta de uma investigação ineficiente, os autores não foram responsabilizados, o que impediu aos pais da vítima lançar mão do recurso adequado para obter compensação pelos danos sofridos.

Assim a Comissão solicitou à Corte que ordene que o Estado demandado adote as medidas necessárias de reparação, bem como que reembolse as custas e gastos decorrentes da tramitação do caso tanto em âmbito nacional quanto perante órgão internacional de proteção dos direitos humanos.

⁷²“A palavra “recurso”, empregada nos textos internacionais, deve ser compreendida não só em seu sentido estrito de “recurso propriamente dito” (contra uma decisão já proferida), senão também no seu sentido mais amplo de meio ou instrumento jurídico adequado à defesa de um direito.” (GOMES, Luiz Flávio. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**/Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli.- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013. pag. 217)

O Estado interpôs exceções preliminares ao mérito da demanda, bem como contestação de demanda e observação sobre escrito de petições e argumentos, apresentando prova documental e oferecendo prova testemunhal. Em sede de exceção preliminar, o Estado brasileiro alegou a incompetência *ratione temporis* da Corte, por entender que a Comissão embora alegando violação dos arts. 8 e 25, em verdade, objetivava a declaração de violação do art. 4 da Convenção Americana, pertinente ao direito à vida, ocorrido antes do reconhecimento da jurisdição da Corte, em dezembro de 1998, já que o homicídio ocorrera em 1996. Alegou ainda o Estado demandado o não esgotamento das vias internas de jurisdição. No mérito defendeu não haver violação dos arts. 8 e 25 da Convenção.

Caso Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos: exceções preliminares

O Estado demandado arguiu como primeira exceção preliminar a incompetência *ratione temporis* da Corte Interamericana para conhecer e se pronunciar sobre o pedido da Comissão Interamericana, tendo em vista que o homicídio de Nogueira de Carvalho é anterior ao reconhecimento, pelo Estado brasileiro, da jurisdição da Corte. A morte do advogado se deu em 1996, o Brasil só se submete à jurisdição da Corte em 1998. Em sua exceção preliminar o Estado brasileiro sustenta que embora a Comissão Interamericana fundamente seu pedido na violação dos arts. 8, garantia judicial, e 25, proteção judicial, ambos em relação ao art.1º, obrigação de proteger os direitos previstos na Convenção, em verdade, pelos pedidos formulados pela Comissão: a) adoção de uma política global de proteção dos defensores de direitos humanos; b) identificação e punição dos responsáveis pela morte de Gilson Nogueira de Carvalho; e c) compensação, a título de danos materiais e imateriais, pelo sofrimento causado pela morte do advogado. Visa-se à punição do Estado brasileiro pela violação do art. 4 da Convenção, direito à vida, o que não se faria possível ante a incompetência temporal da Corte para conhecer eventuais violações de direitos humanos ocorridas no Brasil anteriores a 10 de dezembro de 1998.

A Corte de San José, em análise da preliminar, argumentou que:

Ao interpretar a Convenção de acordo com seu objetivo e finalidade, a Corte deve agir de modo a preservar a integridade do mecanismo disposto no artigo 62.1 desse instrumento. Seria inadmissível subordinar o sistema tutelar dos direitos humanos estabelecido na Convenção e, por conseguinte, a função

jurisdicional da Corte, a restrições que o tornem inoperante. (**Caso Nogueira de Carvalho versus Brasil**. Sentença de 28 de novembro de 2006, parágrafo 41)

O Tribunal assinalou, assim como em outros julgados, que a cláusula de reconhecimento de competência da Corte é essencial para a eficácia do mecanismo de proteção internacional, mas deve ser interpretada e aplicada considerando-se o caráter especial dos tratados de direitos humanos e sua implementação coletiva. No que toca à competência temporal da Corte de San José, sua jurisprudência é pacífica no sentido de que a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas que possam acarretar responsabilidade internacional a fatos anteriores ao reconhecimento de sua competência.⁷³

Nesse particular a Corte Interamericana segue o princípio da irretroatividade disposto no art. 28 da Convenção de Viena dos Tratados de 1969.

A Corte não pode conhecer o fato morte de Gilson Nogueira de Carvalho, no entanto tem competência para examinar as ações e omissões relacionadas com violações continuadas e permanentes que têm origem em fatos anteriores ao reconhecimento da competência da Corte e que persistem após o seu reconhecimento. Assim a Corte rechaçou a preliminar de incompetência temporal, para conhecer e julgar as supostas violações dos arts.8 e 25 que em continuidade persistiram à data de 10 de dezembro de 1998.

No que toca à segunda exceção preliminar, relativa à falta de esgotamento dos recursos de jurisdição interna, o Estado brasileiro argumentou que: a) durante o trâmite de admissibilidade da denúncia, informou à Comissão que o processo penal que investigava os fatos se encontrava em tramitação, motivo por que a Comissão não deveria ter declarado o caso admissível; b) dois recursos encontram-se pendentes de decisão na jurisdição interna: o recurso especial e o extraordinário, interpostos pelos pais de Gilson Nogueira de Carvalho. Se esses recursos forem admitidos, poderá ocorrer um novo julgamento com possível superveniência de uma condenação penal. Por conseguinte, é “imprudente e prematuro o conhecimento do presente caso” pela Corte; e

⁷³“Dicho principio establece que la Corte no puede ejercer su competencia contenciosa para aplicar la Convención y declarar una violación a sus normas cuando los hechos alegados o la conducta del Estado demandado que pudiera implicar responsabilidad internacional son anteriores al reconocimiento de la competencia del Tribunal.” (**Caso de las Ninás Yean y Bosico versus República Dominicana**. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, parágrafo 105, pag. 35)

c) os representantes solicitaram perante a Corte o pagamento de uma indenização a favor dos pais e da suposta filha de Gilson Nogueira de Carvalho; no entanto, nunca recorreram às instâncias nacionais para fazer pedido semelhante.

A Corte de San José, ao enfrentar a questão assim se pronunciou:

A Corte já fixou critérios claros que devem ser atendidos no que se refere à interposição da exceção de falta de esgotamento dos recursos internos. Dos princípios do direito internacional geralmente reconhecidos, aos quais se refere a regra do esgotamento dos recursos internos, decorre, em primeiro lugar, que o Estado demandado pode renunciar de forma expressa ou tácita à invocação dessa norma. Em segundo lugar, a exceção de não esgotamento de recursos internos deve ser suscitada, para que seja oportuna, na etapa de admissibilidade do procedimento perante a Comissão, ou seja, antes de qualquer consideração quanto ao mérito; se não for assim, presume-se que o Estado renuncia tacitamente a dela se valer. Em terceiro lugar, a Corte salientou que a falta de esgotamento de recursos é uma questão de pura admissibilidade e que o Estado que a alega deve indicar os recursos internos que é preciso esgotar, bem como acreditar que esses recursos são adequados e efetivos. (parágrafo 51)

Especificando as regras gerais acima esquadrihadas quanto aos requisitos da exceção de esgotamento de recursos internos, a Corte Interamericana a desestimou no caso Nogueira de Carvalho, pois ao não arguí-la no procedimento perante a Comissão interamericana operou sua renúncia tácita a esse meio de defesa, bem como a falta de indicação específica de quais seriam esses meios, uma vez que para a jurisprudência da Corte não basta disponibilizar meios, esses meios devem ser eficazes à tutela dos direitos humanos.⁷⁴

O tema dos “Defensores dos Direitos Humanos” na Corte Interamericana

⁷⁴“A Corte observa que o Estado, de acordo com os critérios citados anteriormente, ao não indicar expressamente, durante o procedimento de admissibilidade perante a Comissão Interamericana, quais seriam os recursos idôneos e efetivos que deveriam ter sido esgotados, renunciou implicitamente a um meio de defesa que a Convenção Americana estabelece em seu favor e incorreu em admissão tácita da inexistência desses recursos ou do seu oportuno esgotamento. O Estado estava, por conseguinte, impedido de alegar o não esgotamento dos recursos especial e extraordinário no procedimento perante a Corte.” (**Caso Nogueira de Carvalho versus Brasil**. Sentença de 28 de novembro de 2006. parágrafo 53)

Assim como o *caso Nogueira de Carvalho*, a Corte Interamericana enfrentou a temática dos “Defensores dos Direitos Humanos” em diversos outros casos, vários deles através de medidas cautelares visando à proteção de vítimas e familiares ameaçados. O *caso Giraldo Cardona* ocorrido em outubro de 1996, mesmo ano do *caso Nogueira de Carvalho*, registra um episódio similar. Giraldo Cardona era advogado militante dos Direitos Humanos e presidia o Comité Cívico pelos Direitos Humanos Del Meta, uma organização não governamental especializada na defesa e promoção dos direitos humanos e direito humanitário, atuante no departamento Del Meta, região oriental da Colômbia, organização criada nos anos 90, em face da grave crise humanitária vivida nessa região colombiana marcada pela atuação de grupos terroristas e paramilitares. Esta organização desde o começo dos anos 90 enfrentava ameaças contra seus integrantes. Em 1995 o caso foi levado à Comissão Interamericana que solicitou medidas de proteção ao Estado da Colômbia, no que este se prontificou a “blindar” os defensores de direitos humanos atuantes na região. As ameaças não cessaram e o advogado Giraldo Cardona foi assassinado em 13 de outubro de 1996, em frente à sua casa, quando brincava com suas filhas que testemunharam ao assassinato do pai, mesmo com a solicitação de proteção da Comissão Interamericana. O que chama atenção no caso, assim como o de Nogueira de Carvalho, é que testemunhas registram que o assassino do advogado Giraldo Cardona, após cometido o homicídio, fugiu em uma moto pelo caminho que leva ao município de Acacias, sede da sétima brigada do Exército, que vinha sendo denunciado pelo “Comité Cívico pelos Direitos Humanos Del Meta”, por associação a grupos paramilitares.

O *caso Adrián Meléndez Quijano* que tem como objeto o direito à vida e integridade pessoal do major Adrián Melendez Quijano e seus familiares, é um exemplo de como as medidas cautelares da Corte de San José podem, por vezes, ter uma eficácia qualificada quando os órgãos internos do Estado se encontram viciados. O major Adrián Quijano foi chefe do departamento de direitos humanos do Ministério da Defesa Nacional, em sua gestão realizou denúncias por violações de direitos humanos praticadas pelo Exército de El Salvador. O major Adrián Quijano passou a ser objeto de ameaças, bem como seus familiares, desde 2004. A persistente ameaça e detenções arbitrárias sofridas pelo major Adrián Quijano foram levadas à Comissão e à Corte Interamericana. Através da intervenção da Corte Interamericana o Estado de El Salvador foi obrigado a tomar medidas efetivas em favor do major Quijano e familiares que vivem desde então sob constante monitoramento policial em face das ameaças que persistem.

A atuação dos “Defensores dos Direitos Humanos” na América Latina vai além da assistência jurídica como nos *casos Nogueira de Carvalho* e *Giraldo Cardona* ou da atuação de agentes

públicos através de órgãos do aparelho do Estado, como no *caso Adrián Melendez Quijano*. No *caso da Fundação de Antropologia Forense a respeito da Guatemala*, tem-se uma atuação de caráter técnico-científico. Entre 1962 e 1996 teve em curso na Guatemala uma grave guerra civil com milhares de mortos. A Fundação de Antropologia Forense da Guatemala é uma organização não governamental, não lucrativa e de caráter científico que realiza investigações antropológico forenses de mortes suspeitas, utilizando a arqueologia e a antropologia física e social. A Fundação objetiva ajudar a comunidades e familiares de vítimas a recuperar os restos mortais de seus familiares desaparecidos e, com isso, dar-lhes um enterro legal segundo seus costumes. Por desenvolver esse trabalho, a Fundação de Antropologia Forense da Guatemala desde 1996 veio sofrendo intimidações e ameaças na pessoa de seus membros integrantes e familiares. A Fundação já realizou mais de 340 investigações antropológico-forenses em cemitérios clandestinos da Guatemala. A Fundação atuou como perito junto ao Ministério Público, produzindo informes técnicos sobre o resultado de exumações e tendo, portanto, uma atuação efetiva no esclarecimento da autoria desses crimes. A Fundação atuou em cerca de 20 missões internacionais, auxiliando e transmitindo sua experiência em países como Bósnia, Kosovo, Gongo e Honduras. A partir de 2002 as ameaças se tornaram mais efetivas o que levou o caso à Comissão e à Corte Interamericana, ao todo 60 profissionais atuam na Fundação e estão sob medidas cautelares de proteção.

O *caso Lysias Fleury e outros versus Haiti* versa sobre, dentre outros direitos violados, o direito dos Defensores dos Direitos Humanos a não sofrerem detenções arbitrárias, bem como de terem assegurado, em caso de violação de sua liberdade, o direito de defesa judicial, art. 25 da Convenção, através do acesso aos recursos efetivos que garantam a proteção de seus direitos; como, no caso, a identificação e punição de seus agressores. O Estado do Haiti foi condenado no *caso Lysias Fleury* pela detenção arbitrária e tortura sofrida no cárcere, praticada por agentes públicos contra o sr. Lysias Fleury, bem como a inépcia do Estado haitiano em esclarecer o fato. O sr. Lysias Fleury, em face do sua atividade de defensor dos direitos humanos, teve que deixar o Haiti com seus familiares em face das ameaças sofridas.

Para a Corte Interamericana a violação da atividade dos Defensores dos Direitos Humanos tem consequências sociais:

O Tribunal considera que as ameaças e os atentados à integridade e à vida dos defensores de direitos humanos, e a impunidade dos responsáveis por esses fatos, são particularmente graves, porque têm um efeito não somente individual, mas também coletivo, na medida em que a sociedade se vê

impedida de conhecer a verdade sobre a situação de respeito ou de violação dos direitos das pessoas sob a jurisdição de um determinado Estado. (**Caso Nogueira de Carvalho versus Brasil**, sentença de 28 de novembro de 2006, parágrafo 76)

Jurisdição internacional, reapreciação de provas e prestação jurisdicional mais favorável

No caso Nogueira de Carvalho que versa sobre a atividade dos Defensores dos Direitos Humanos, a Corte de San José, atendo-se ao acervo probatório e ao pedido, chegou à conclusão que o Estado brasileiro não violou a obrigação internacional de assistência e proteção judicial, arts. 8 e 25, mais ainda, que a jurisdição internacional não pode substituir a jurisdição interna para reapreciar provas e substituir a instância originária para a consecução de um melhor julgamento. A jurisdição internacional visa a apurar se o Estado violou ou não as obrigações internacionais assumidas e no caso Nogueira de Carvalho a Corte Interamericana chegou às seguintes conclusões:

Em consequência da morte de Gilson Nogueira de Carvalho, o Estado abriu inquérito policial em 20 de outubro de 1996, em que se consideraram diferentes hipóteses sobre a autoria do homicídio. Uma delas relacionava a morte às denúncias públicas apresentadas por Gilson Nogueira de Carvalho como defensor de direitos humanos, sobre a atuação de um suposto grupo de extermínio denominado “meninos de ouro”, que seria formado por funcionários e agentes de polícia do gabinete de Maurílio Pinto de Medeiros, que na época da morte de Gilson Nogueira de Carvalho era o Subsecretário de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte. Em virtude das denúncias do advogado, foram iniciadas investigações sobre diversos integrantes da Polícia do Estado do Rio Grande do Norte pela suposta prática de homicídios, seqüestros e torturas (parágrafos. 67.2, 67.7, 67.8, 67.10).

No presente caso, a Corte levou em conta o acervo probatório e as alegações apresentadas pelas partes e efetuou um cuidadoso exame do conjunto das medidas policiais e judiciais efetuadas a partir de 10 de dezembro de 1998, ou seja, desde a data de reconhecimento da competência contenciosa deste Tribunal pelo Estado.

A Corte lembra que compete aos tribunais do Estado o exame dos fatos e das provas apresentadas nas causas particulares. Não compete a este Tribunal substituir a jurisdição interna estabelecendo as modalidades específicas de investigação e julgamento num caso concreto para obter um resultado melhor ou mais eficaz, mas constatar se nos passos efetivamente dados no âmbito interno foram ou não violadas obrigações internacionais do Estado decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.

Do exposto, a Corte restringiu sua análise aos fatos verificados no período sobre o qual tem competência, análise realizada nos termos do parágrafo 79 da presente Sentença, e considera que não se demonstrou que o Estado tenha violado os direitos à proteção e às garantias judiciais consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, com relação a Jaurídice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho. (**Caso Nogueira de Carvalho versus Brasil**. Sentença de 28 de novembro de 2006. Parágrafos 78 a 81)

O tema da violação de direitos dos presos volta a ganhar destaque do caso a ser analisado, neste caso cabendo destaque o papel da tutela cautelar exercida pela Corte Interamericana, mecanismo de relevante eficácia em situações de emergência.

4.7. Caso da Penitenciária de Araraquara: autonomia das medidas provisórias e dever de humanização do sistema penitenciário.

O panóptico é um conceito formulado pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham no sec. XVIII. O panóptico, como a morfologia do nome sugere, é um dispositivo arquitetônico que permite que um pequeno número de pessoas possa visualizar, vigiar e contralar um grande número de outras pessoas. O panóptico é, assim, um conceito que aponta para a íntima relação que existe entre a política e a arquitetura- no século das luzes, sec. XVIII, o gênio político de Jeremy Bentham captou a transformação em curso, o espaço arquitetônico e os corpos que por ele transitam exigiam um novo traçado, um traçado arquitetônico que permitisse o controle de todos em uma sociedade onde os dispositivos de controle e punição recaíssem sobre os indivíduos e a riqueza que seus corpos portavam: a força de trabalho. O panóptico de Bentham serviu a um modelo de sociedade nascente, a industrial, onde os mecanismos de interdição e exclusão- vigentes em toda sociedade e que lhe conferem funcionalidade- recaiam sobre as forças de trabalho, distinguindo e separando os

indivíduos entre aqueles proletarizados e os não-proletarizados. Os despossuídos e aversos à proletarização foram objeto de interdição, exclusão e vigilância. O sistema de vigilância e punição simbolizado pelo panóptico passou a ditar a tônica das sociedades capitalistas ocidentais, seja em seus países centrais seja na periferia. A pena-espetáculo do suplício da era absolutista cedeu espaço para a pena de confinamento e reclusão celular. A pobreza não proletarizada e arredia ao novo pacto da relação capital-trabalho, passou a ser confinada no interior de instituições como as penitenciárias, construções arquitetônicas e sociológicas inexistentes até o fim do sec. XVIII e que se multiplicaram do sec. XIX em diante.

O Centro de Detenção Provisória da Penitenciária de Araraquara, estado de São Paulo, tem capacidade para 496 pessoas, em maio de 2006, ocorrem no estado de São Paulo cerca de 70 motins em Penitenciárias, Centros de Detenção Provisória, Cadeias públicas e Centros de Internação de menores. Nesse contexto turbulento, o Centro de Detenção Provisória da Penitenciária de Araraquara que abrigava 600 presos, foi destruído, os 600 indivíduos que estavam no Centro de Detenção Provisória foram trasladados para a Penitenciária de Araraquara que já se encontrava com excesso de presos, tendo capacidade para 750 reclusos, contava com mil. Em 15 de maio de 2006 a Penitenciária de Araraquara contava com 1600 presos. Em 16 de junho ocorre um novo motim e os pavilhões da Penitenciária de Araraquara são destruídos. Os 1600 detentos foram alocados em uma seção da Penitenciária de Araraquara cujas celas já estavam destruídas desde o motim de maio. Em um espaço destinado para 160 pessoas foram confinados 1600 presos. Sem roupas adequadas, sem seus pertences e sob uma temperatura média de 10° centígrados, 1600 pessoas foram reclusas em uma seção com 13 sanitários. Amontoados os detentos tiveram que dormir no chão do pátio, sem energia elétrica que fora cortada, muitos tiveram que dormir em pé, por falta de espaço. Os detentos foram alimentados através de refeições que lhes eram lançadas de fora, sobre o muro da penitenciária, duas vezes ao dia. Ilhados do mundo exterior os 1600 indivíduos privados da liberdade em Araraquara tiveram as portas da seção, em que estavam recolhidos, soldadas, ninguém entrava ou saía.⁷⁵

⁷⁵ Que luego de ubicadas dichas personas en esa sección, los agentes penitenciarios se retiraron del lugar y soldaron la puerta de acceso, aislando en un patio abierto a las 1600 personas privadas de libertad, quienes se encontraban sin sus pertenencias, ni ropas adecuadas para la temperatura de aproximadamente 10° centígrados, sin colchones ni cobertores, sin medicinas ni atención médica, sin productos de higiene y sin electricidad, la que fue interrumpida por el Estado para que los detenidos no pudiesen cargar sus teléfonos celulares. En esa sección habría un máximo de 13 sanitarios y 64 camarotes para los 1600 detenidos, por lo que éstos tienen que hacer sus necesidades en bolsas de plástico que son tiradas en una esquina del lugar. La mayoría de los detenidos tienen que dormir en el piso de cemento del patio, el que no ofrece suficiente espacio para que todos se acuesten simultáneamente, por lo que muchos tienen que dormir sentados o de pie. Las personas privadas de libertad son alimentadas con la comida que desde afuera les es lanzada por encima de los muros de la Penitenciaria dos veces al día.

Que los detenidos se encuentran totalmente aislados del mundo exterior desde que las puertas fueron soldadas, y no pueden tener comunicación con sus familiares. El médico de la Penitenciaria no puede entrar en la sección en que están los detenidos, por la falta de seguridad, ya que no hay agentes penitenciarios o personal de seguridad alguno. En

No caso da Penitenciária de Araraquara o panóptico de Bentham foi reinventado, a superpopulação carcerária e os motins inventaram um novo traçado arquitetônico, uma arquitetura claustrofóbica e desumanizante, onde uma massa humana foi compactada por dias em um espaço mínimo, frio e sujo. O panóptico claustrofóbico e insalubre da Penitenciária de Araraquara com 1600 pessoas amontoadas e sobrepostas em um espaço em que caberiam 10% desse número, entretanto continuou fiel à sua lógica de excluir, punir e vigiar uma massa humana arredia aos instrumentos de saber disciplinar. Massificadas, as pessoas privadas da liberdade no presídio de Araraquara foram compactadas e espremidas- cadeirantes, portadores de doenças infecto contagiosas, presos definitivos e provisórios foram comprimidos em um só bloco humano que ficou esquecido e ao relento em um dos principais centros econômicos e urbanísticos da América Latina.

O caso da Penitenciária de Araraquara na Corte Interamericana de Derechos Humanos

A Comissão Interamericana de Derechos Humanos acionou a Corte de San José, com fundamento no art. 63.2 da Convenção Americana, em 25 de julho de 2006. O pedido da Comissão de Washington consistiu em que o Estado brasileiro garantisse a vida (art.4) e integridade pessoal (art.5) de todas as pessoas privadas da liberdade na Penitenciária de Araraquara, bem como de todas aquelas que venham a ingressar. A urgência exigida pelo art. 63.2 da Convenção reside no conjunto dos fatos que corroboram a falta de segurança por parte do Estado, pela ausência de separação das pessoas privadas da liberdade por categorias, pelas deficientes condições físicas, sanitárias e médicas em que se encontram os detentos. Esse conjunto fático consubstancia um fundado risco à integridade pessoal e à vida das pessoas privadas da liberdade na Penitenciária de Araraquara. As razões jurídicas do pedido lastreiam-se na (1) inépcia do Estado de garantir a integridade e vida dos detidos sob sua custódia; (2) A insuficiência das medidas adotadas até então; (3) a permanência do estado de violação do dever de segurança das pessoas privadas de liberdade sob custódia do Estado revelam negligência na sua obrigação de cumprir e assegurar os direitos previstos na Convenção (art.1).

Em Resolução de 28 de julho de 2006 a Corte Interamericana resolveu: (1) Que o Estado brasileiro adote todas as medidas necessárias para proteger a vida e integridade pessoal das pessoas

esa sección, se indica que entre los privados de libertad habrían personas en sillas de ruedas, y enfermos de hepatitis, gripe, hipertensión, tuberculosis y VIH/SIDA, quienes no encuentran separados por categorías, incluso están procesados con condenados, jóvenes con adultos, personas con deficiencias físicas y ancianos.” (**Caso de las personas privadas de libertad en la Penitenciaría “DR. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara**, São Paulo. Resolución de 28 de julio de 2006, parágrafo 2, pag. 02)

privadas da liberdade na Penitenciária de Araraquara; (2) Que se ministre o tratamento médico aos custodiados, com condições mínimas de dignidade; (3) Que se proporcione alimentação adequada, separação dos presos por categorias e contato com familiares. A Corte solicitou, ainda, que o Estado investigue as causas que motivaram as medidas provisórias pela Corte, com a identificação dos responsáveis e lhes comine as sanções correspondentes, administrativas e disciplinares.⁷⁶

A Corte de San José renovou as medidas provisórias em outras duas Resoluções, em 30 de setembro de 2006 e em 10 de julho de 2008. Em 25 de dezembro de 2008 a Corte levantou as medidas provisórias em favor das pessoas privadas da liberdade na Penitenciária de Araraquara, por entender que os requisitos da urgência e fundado receio à vida e integridade pessoal dos custodiados havia cessado. Segundo a Corte:

O Estado adotou, entre outras medidas, um plano de construção de novas penitenciárias com o objetivo de reduzir a superlotação penitenciária no estado de São Paulo; da mesma maneira, garantiu o acesso dos representantes aos centros de detenção, e a comunicação e visitas dos familiares e advogados aos beneficiários.

Que, adicionalmente, o Estado tem cumprido com seu dever de informar ao Tribunal periodicamente sobre as gestões que tem realizado para a implementação das presentes medidas, apresentou a lista de beneficiários que ainda se encontravam privados de liberdade, um relatório individualizado

⁷⁶“Requerir al Estado que adopte de forma inmediata las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad de todas las personas privadas de libertad en la Penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira”, en Araraquara, estado de São Paulo, Brasil, así como de las personas que puedan ingresar en el futuro en calidad de reclusos o detenidos a dicho centro penitenciario. Para ello, debe adoptar las medidas necesarias, con estricto respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad, especialmente a sus vidas e integridad, y cuidado para impedir actos de fuerza indebida por parte de sus agentes, para que éstos recuperen el control y se reinstaure el orden en la Penitenciaría de Araraquara.

Requerir al Estado que, al recuperar el control, conforme al punto resolutivo anterior, adopte de manera inmediata las siguientes medidas: a) permitir el acceso al personal médico para que brinde la atención necesaria, y se reubique, cuando sea procedente, a quienes padecen de enfermedades infecto-contagiosas para brindarles la atención médica, y en su caso, evitar el contagio entre los detenidos, y b) brindar a los internos la cantidad y calidad suficientes, alimentos, vestimentas y productos de higiene.

Requerir al Estado que adopte, seguidamente y sin dilación, las siguientes medidas: a) reducir sustancialmente el hacinamiento en la Penitenciaría de Araraquara, garantizando condiciones dignas de detención; b) separar a las personas privadas de libertad por categorías, a conforme los estándares internacionales sobre la materia, y c) posibilitar la visita de los familiares de los reclusos.

Requerir al Estado que remita a la Corte Interamericana, dentro de los 30 días contados a partir de la notificación de la presente Resolución, una lista actualizada de todos los internos de la Penitenciaría de Araraquara y, además, indique con precisión: a) datos relativos a la identidad del interno, y b) fecha del ingreso, el eventual traslado y liberación, así como los movimientos que se produzcan en la población penitenciaria, con la finalidad de identificar a las personas beneficiarias de las presentes medidas.

Solicitar al Estado que investigue los hechos que motivan la adopción de las medidas provisionales y, en su caso, identifique a los responsables y les imponga las sanciones correspondientes, incluyendo las administrativas y disciplinarias.” (**Caso de las personas privadas de libertad en la Penitenciaría “DR. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara**, São Paulo. Resolución de 28 de julio de 2006, págs. 08/09)

sobre seu estado de saúde e informação sobre os centros a que foram transferidos.

Que a Corte valoriza o esforço realizado pelo Estado e considera que os fatos que motivaram a adoção das presentes medidas em favor de determinadas pessoas que nesse momento encontravam-se privadas de liberdade na Penitenciária de Araraquara não subsistem. Esta conclusão não tem sido desvirtuada com os elementos aproximados ao presente procedimento de medidas provisórias, a respeito daqueles beneficiários que foram transferidos e que se encontram privados de liberdade em outros estabelecimentos penitenciários. **(Assunto das pessoas privadas da liberdade na Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira” em Araraquara, São Paulo. Resolução de 25 de novembro de 2008. Parágrafos 21, 22 e 23)**

O tema das pessoas privadas da liberdade na Jurisprudência da Corte de San José

A Corte de San José, em sua jurisprudência, enfrentou a temática das pessoas privadas da liberdade. O problema da superpopulação (Hacinamiento) é recorrente na América Latina. A Corte entende que é uma decorrência do dever de velar pelos direitos albergados na Convenção Americana de Direitos Humanos, em se tratando de pessoas privadas da liberdade em penitenciárias e instituições congêneres, a formulação de “políticas penitenciárias de prevenção de situações críticas.”

En este sentido, de los hechos probados [...] se advierte que el Estado no había tomado las prevenciones suficientes para enfrentar la posibilidad de un incendio en el Instituto, ya que éste originalmente no fue pensado como un centro de reclusión y, por consiguiente, no contaba con la implementación de todas las medidas de seguridad, evacuación y emergencia necesarias para un evento de esta naturaleza. Por ejemplo, no contaba con alarmas ni extintores de incendio y los guardias no tenían preparación para enfrentar situaciones de emergencia. Valga recordar lo indicado por la Corte en el sentido de que el Estado, en su función de garante, 'debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas' que podrían poner en peligro los derechos fundamentales de los internos en su custodia. **(Caso**

“Instituto de Reeducação del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Parágrafo 178)

A situação jurídica de detenção não é incompatível com a dignidade humana que os Estados-partes assumiram o compromisso de garantir. No *caso Neira Alegría y otros versus Peru*, a corte assim consignou:

En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos. (**Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995, parágrafo 60)

Situações de superpopulação carcerária violam as condições de dignidade em que se deve executar a pena de detenção. Sendo mesmo incompatível com o sistema de direitos positivados no Pacto de San José. No *caso Tibi versus Ecuador* a Corte foi didática:

De conformidad con ese precepto toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal. (**Caso Tibi Vs. Ecuador.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Parágrafo 150)

Nestes termos o Estado assume a posição de garante do direito à vida e integridade pessoal das pessoas privadas da liberdade sob sua custódia, sendo a situação de dignidade da detenção corolário do sistema interamericano de direitos. Nesse sentido se expressa a Corte no *caso De la Cruz Flores versus Perú* e no *caso las Penitenciarías de Mendonza respecto Argentina*:

De conformidad con las disposiciones del artículo 5 de la Convención, toda

persona privada de libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal. Asimismo, como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos. (**Caso De la Cruz Flores Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Parágrafo 124)

Que la Corte ha establecido que 'una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de [procurar] a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención.' (**Corte IDH. Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto Argentina**. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004. Parágrafo 10)

A situação jurídica da pessoa privada de liberdade a torna ainda mais vulnerável, redobrando a obrigação de garante do Estado nessas circunstâncias. A execução da pena em um contexto de superlotação, insalubridade e violência transforma a pena em tortura, o que afronta a Convenção Americana, segundo a Corte de San José no *caso del Penal Miguel Castro versus Perú*:

Las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e 'implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita'. Sin embargo, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención, que no es consecuencia natural y directa de la privación de libertad en sí misma. Cuando se trata de personas que sufren condena, las situaciones descritas son contrarias a la 'finalidad esencial' de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, 'la reforma y la readaptación social de los condenados'. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas. Las anteriores

consideraciones son aplicables, en la medida pertinente, a la privación provisional o cautelar de la libertad, en lo relativo al tratamiento que deben recibir los reclusos, ya que la normativa internacional que lo regula contiene reglas aplicables tanto a los reclusos en prisión preventiva como a los reclusos condenados. (**Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Parágrafo 314)

No *caso Fleury y otros versus Haiti*, a Corte desenvolveu o argumento da incompatibilidade da superpopulação carcerária com os deveres de proteção à vida e integridade pessoal previstos na Convenção Americana:

Este Tribunal ha señalado que, de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano.

Asimismo, el Tribunal ha considerado que la detención en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas, constituyen una violación a la integridad personal. En ese mismo sentido, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos establecen criterios básicos para interpretar el contenido del derecho de las personas privadas de la libertad a un trato digno y humano. Esas reglas incluyen, entre otras, la prohibición estricta de las penas corporales, de los encierros en celdas oscuras, así como las normas básicas respecto al alojamiento e higiene.

En las circunstancias del presente caso, el señor Fleury fue detenido en una celda con hacinamiento, sin ventilación, sin instalaciones sanitarias y condiciones de higiene adecuadas y sin acceso a alimentos o agua potable [...]. Independientemente del tiempo de detención, toda persona en situación

de detención debe ser tratada con el debido respeto a su dignidad.

Esta Corte constata que las condiciones de detención que enfrentó el señor Fleury no se ajustan a los estándares mínimos de detención exigidos por los instrumentos internacionales por lo que el Estado es responsable por la violación del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. (**Caso Fleury y otros Vs. Haití**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. parágrafos 83 a 87)

O regime jurídico autônomo das medidas provisórias da Corte Interamericana

O juiz Cançado Trindade em seu voto fundamentado (voto razonado) no caso da Penitenciária de Araraquara aporta importantes argumentos para o desenvolvimento doutrinário do instituto das Medidas provisórias no âmbito da jurisdição internacional. Segundo Cançado Trindade as Medidas provisórias possuem um regime jurídico autônomo em relação ao “caso de fundo”, essa autonomia jurídica decorreria da dimensão preventiva da jurisdição internacional.

En mi propósito de elaborar la construcción doctrinaria de lo que denomino *régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales de protección*. Efectivamente, estas últimas generan obligaciones *per se* para los Estados en cuestión, que se distinguen de las obligaciones que emanan de las respectivas Sentencias de fondo (y eventuales reparaciones) de los casos respectivos. Ello significa que las medidas provisionales de protección constituyen un instituto jurídico dotado de *autonomía* propia, tienen efectivamente un *régimen jurídico* propio, lo que, a su vez, revela la alta relevancia de la dimensión *preventiva* de la protección internacional de los derechos humanos. (**Voto razonado del juez Cançado Trindade caso Araraquara**, 30 de setembro de 2006, parágrafo 24)

Em reforço desse argumento, o juiz Cançado Trindade aponta que o não cumprimento de medidas provisórias de proteção possuem consequências jurídicas e induzem a responsabilidade internacional do Estado pelo seu inadimplemento. Essa responsabilização é autônoma e distinta do caso de fundo e coloca em evidência a dimensão preventiva da proteção internacional dos direitos humanos.

Tanto es así que, bajo la Convención Americana (artículo 63.2), la responsabilidad internacional de un Estado se puede configurar por el incumplimiento de Medidas Provisionales de protección ordenadas por la Corte, sin que se encuentre el caso respectivo, en cuanto a la cuestión de fondo, en conocimiento de la Corte (pero sí de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Esto refuerza mi tesis en el sentido de que las Medidas Provisionales de protección de la Corte, dotadas de base convencional, también lo son de *autonomía*, tienen un régimen jurídico propio, y su incumplimiento genera la responsabilidad del Estado, tiene consecuencias jurídicas, además de destacar la posición central de la víctima (de tal incumplimiento), sin perjuicio del examen y resolución de fondo del caso concreto. Ello, a su vez, revela la alta relevancia de la dimensión *preventiva* de la protección internacional de los derechos humanos, en su amplio alcance (*supra*). (**Voto razonado del juez Cançado Trindade caso Araraquara**, 30 de setembro de 2006, parágrafo 25)

O argumento da autonomia jurídica das Medidas provisórias é compatível com a jurisdição da Corte de San José que tem definido a natureza jurídica de tal instituto de mera natureza cautelar, como no sentido originário do direito processual civil, para natureza tutelar, tendo em vista do objeto especial sobre o qual recaem, os direitos humanos. A autonomia jurídica das medidas provisórias de proteção, de fundamento convencional pois previstas no art. 63 do Pacto de San José, se inscreve no processo cultural de humanização do direito internacional público.

En mi percepción, no obstante, aún en su infancia, en la aurora de su evolución, y crecerán y se fortalecerán aún más en la medida en que despierte la conciencia jurídica universal para la necesidad de su refinamiento conceptual en todos sus aspectos. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha transformado - como señalé al comienzo de este Voto - la propia *concepción* de tales medidas - de cautelares en tutelares, - revelando el proceso histórico corriente de *humanización* del Derecho Internacional Público también en este ámbito específico, pero se trata de un proceso que aún se encuentra en curso. (Parágrafo 27)

O instituto da Medida provisória (medidas provisionales) tem fundamento convencional, pois previsto na Convenção Americana, e nesse particular distingue-se das medidas cautelares (sentido

estrito) previstas regimentalmente no âmbito da Comissão Interamericana. Ambas, entretanto, são expressões da dimensão preventiva da proteção internacional dos direitos humanos e têm o condão de colocar a vítima de violações desses direitos no centro do sistema de proteção internacional. Cançado Trindade, propugnando um maior protagonismo do indivíduo enquanto detentor de personalidade jurídica internacional, defende que as Medidas provisórias da Corte de San José não possuem como pressuposto o esgotamento prévio da via cautelar através da Comissão Interamericana, em situações de urgência não seria razoável que se exigisse como pressuposto das Medidas provisórias o esgotamento das medidas cautelares da Comissão Interamericana que têm fundamento regimental, mas não convencional.

Hay que proseguir decididamente en esta dirección. Como próximo paso a ser dado, urge, en nuestros días, que se desarrolle su *régimen jurídico* y, en el ámbito de este último, las *consecuencias jurídicas* del incumplimiento o violación de las medidas provisionales de protección, dotadas de autonomía propia. A mi entender, las *víctimas* ocupan, tanto en el presente contexto de prevención, como en la resolución de fondo (y eventuales reparaciones) de los casos contenciosos, una posición verdaderamente central, como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Público contemporáneo, dotados de capacidad jurídico-procesal internacional. (Parágrafo 28)

A tese de Cançado Trindade da autonomia das Medidas provisórias de proteção na medida em que valora a dimensão preventiva da proteção internacional dos direitos humanos e propugna sua natureza tutelar (material) para além da tradicional natureza cautelar (instrumental), coloca o indivíduo como protagonista da Sociedade Internacional que não pode ser concretizada sem o reconhecimento e instrumentalização jurídica de sua capacidade jurídico-processual internacional.

O próximo caso é de todos aquele que possui maior conteúdo político, abordando temas caros ao direito internacional dos direitos humanos e desvelando uma importante técnica nascida no seio da Corte Interamericana: o controle de convencionalidade.

4.8. Caso Gomes Lund: controle de convencionalidade e a inconventionalidade da lei de anistia.

O rio Araguaia é um rio da bacia do Araguaia-Tocantins que se estende por 2.115 km, banhando os territórios dos estados brasileiros de Mato Grosso, Goiás, Tocantins e Pará. O nome Araguaia é originário do Tupi, *arawa'i*, significando “ararinha”, diminutivo de arara, pássaro da família das aves psitacíformes. Nos anos 60 do sec. XX, as terras banhadas pelo rio Araguaia eram povoadas por pessoas vindas das diversas regiões do Brasil, majoritariamente nordestinos. Eram o refúgio brasileiro, famílias inteiras fugindo da seca nordestina, garimpeiros atrás de pedras preciosas, caçadores em busca da pele de animais, migrantes em busca de qualquer trabalho em descampados selvagens e sem lei.

Em abril de 1964, ocorre a deposição do então presidente democraticamente eleito, João Goulart. Os militares que lideraram a deposição forçada, assumem o poder. O Partido Comunista do Brasil, PC do B, organiza uma resistência armada ao “Golpe de 64”, adotando a linha da “guerra popular prolongada” de inspiração maoísta. Entre 1964 e 1968 cerca de 18 militantes do PC do B haviam passado por treinamento militar na China. A região do Araguaia, remota, longe dos grandes centros urbanos e habitada por populações de trabalhadores oprimidos e analfabetos foi o lugar escolhido para se iniciar o levante popular. Os líderes e militantes do PC do B eram estudantes universitários, profissionais liberais das classes médias urbanas e inspirados nas Revoluções cubana e chinesa, acreditavam que um levante vindo do povo, dos trabalhadores oprimidos da zona rural, poderia contagiar o resto do país, diante dos quais poderiam liderar um processo de retomada popular do poder.

Osvaldo Orlando da Costa foi campeão de boxe pelo clube de regatas Vasco da Gama, estudou engenharia mecânica em Praga, então Tchecoslováquia, onde além de estudar engenharia aprendeu técnicas de insurgência. Conhecido no Araguaia como Osvaldão- para onde posteriormente foi organizar a resistência como militante do PC do B- converteu-se em um de seus líderes mais populares e influentes. Segundo o imaginário da população ribeirinha do Araguaia, Osvaldão era imortal e dotado de poderes mágicos, capaz de se converter no que quisesse, árvore, pedra ou animal. Para o exército brasileiro, Osvaldão era um criminoso, responsável pela primeira morte de militar na guerrilha, o cabo Odílio Cruz Souza foi morto quando tomava banho, em encontro dos guerrilheiros com uma patrulha do exército em descanso. Osvaldão, tempos depois, foi morto por um tiro de carabina em fevereiro de 1974, quando descansava em um barranco, na fase final da ofensiva do exército brasileiro contra a guerrilha. Morto, o corpo de Osvaldão foi amarrado ao helicóptero do exército brasileiro que sobrevoou e exibiu seu cadáver em várias localidades da região do Araguaia, o exército queria mostrar aos caboclos da região que Osvaldão não era imortal

e que aquele era o fim de qualquer insurgente. O cadáver de Osvaldão foi decapitado e jogado na mata, seu corpo e o de outros 70 militantes do PC do B e população ribeirinha nunca mais foram encontrados. A Guerrilha do Araguaia cairia na penumbra do esquecimento, como o corpo do militante do PC do B, somente com a redemocratização os familiares reclamariam a identificação dos desaparecidos. O caso Araguaia converter-se-ia, na literatura jurídica, em um dos mais acintosos episódios de desaparecimentos forçados da América Latina. Com a chancela da Lei de Anistia de 1979, a transição para a democracia perdoou os militares e demais agentes públicos por atos praticados no curso do regime de exceção que vigorou por vinte e um anos (1964-1985), os desaparecidos, anônimos, transformaram-se em pedra, mata ou bichos, juntos à população ribeirinha que eles sonharam libertar, ao seu silêncio histórico só se somou o canto do pássaro que em língua Tupi, povo originário, dá nome à região do Araguaia, estranhamente *arara* compõe o nome de um instrumento de tortura muito usado nos anos mais violentos da repressão militar: pau-de-arara.

A causa e objeto da controvérsia na Corte Interamericana

Entre abril de 1972 e janeiro de 1975, as forças armadas do Brasil empreenderam repetidas campanhas de informação e repressão contra os membros da Guerrilha do Araguaia, inclusive com assassinatos e desaparecimentos forçados. Segundo a Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos existem cerca de 354 mortos e desaparecidos políticos. Em 1979 o Estado brasileiro editou uma lei de anistia, em virtude da qual o Estado não investigou, processou ou sancionou penalmente quaisquer dos responsáveis pelos homicídios, desaparecimentos forçados e demais violações de direitos humanos ocorridos na vigência do regime de exceção militar.

Em 26 de março de 2009, com fundamento nos arts. 51 e 61 da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte de San José demanda contra o Estado brasileiro que se originou, por sua vez, de petição apresentada em 7 de agosto de 1995, pelo Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e pela Human Rights Watch/Américas, em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e de seus familiares. Após sucessivos prazos para que o Estado brasileiro implementasse as recomendações da Comissão de Washington, sem uma resposta satisfatória quando à implementação das medidas, a Comissão acionou a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Segundo a Comissão:

A demanda se refere à alegada 'responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985)'. A Comissão também submeteu o caso à Corte porque, “em virtude da Lei nº 6.683/79 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva [...]; porque os recursos judiciais de natureza civil, com vistas a obter informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso a informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada. (**Caso Gomes Lund versus Brasil**. Sentença de 24 de dezembro de 2010, parágrafo 02)

A Comissão pleiteou ao Tribunal que declare que o Estado brasileiro é responsável pela violação dos direitos previstos na Convenção Americana, estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Finalmente, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação.

Em 31 de outubro de 2009, o Estado brasileiro apresentou, como defesa, um escrito no qual interpôs três exceções preliminares, contestou a demanda e formulou observações sobre o escrito de solicitações e argumentos. O Estado brasileiro solicitou à Corte de San José que considere fundamentadas as exceções preliminares e, por conseguinte: a) reconheça a incompetência *ratione temporis* para examinar as supostas violações ocorridas antes do reconhecimento da jurisdição

contenciosa da Corte pelo Brasil; b) declare-se incompetente, em virtude da falta de esgotamento dos recursos internos; e c) archive de imediato o presente caso, ante a manifesta falta de interesse processual dos representantes. Subsidiariamente, quanto ao mérito, solicitou à Corte Interamericana que reconheça todas as ações empreendidas no âmbito interno e julgue improcedentes os pedidos da Comissão Interamericana e dos representantes de vítimas e familiares, uma vez que está sendo construída no Brasil uma solução, compatível com suas peculiaridades, para a consolidação definitiva da reconciliação nacional.

Competência e admissibilidade do *Caso Gomes Lund* na Corte Interamericana

O Estado brasileiro reconheceu a competência contenciosa da Corte de San José em 10 de dezembro de 1998 e, em sua declaração, indicou que o Tribunal teria competência para os “fatos posteriores” a esse reconhecimento. Nestes termos e com base no princípio de irretroatividade, a Corte Interamericana não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar a violação de suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado-parte, que possa implicar sua responsabilidade internacional, sejam anteriores a esse reconhecimento da competência. Com esse fundamento, ficou excluída da competência do Tribunal no tocante à alegada execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996, ou seja, dois anos antes de o Brasil reconhecer a competência contenciosa da Corte.

No entanto, no que concerne aos desaparecimentos forçados, a jurisprudência da Corte de San José e o próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos definem tais violações como sendo de caráter contínuo e permanente, iniciando-se com a privação da liberdade e a subsequente falta de informação sobre seu destino, perdurando enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não sejam esclarecidos.⁷⁷ Assim, os desaparecimentos forçados e os fatos a eles conexos que a partir de 10 de dezembro de 1998 não foram esclarecidos, induzem a responsabilidade internacional do Estado brasileiro e fixam a competência temporal da Corte.

⁷⁷“Ao contrário, em sua jurisprudência constante, este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil.” (*Caso Gomes Lund versus Brasil. Sentença de 24 de dezembro de 2010, parágrafo 17*)

A Corte entendeu, não obstante ante as ações adotadas pelo Estado, que afirma que implementou as medidas para reparação das vítimas, que tais ações estatais não têm o condão de afastar a competência da Corte ou de induzir a falta de interesse processual da Comissão Interamericana, tendo em vista que a proteção internacional de natureza convencional é coadjuvante ou complementar do que oferece o direito interno dos Estados, assim a responsabilidade internacional do Estado origina-se com a implementação do ilícito segundo o direito internacional, nestes termos a Corte Interamericana decidiu:

Por outro lado, quanto à alegada falta de interesse processual da Comissão e dos representantes, em virtude das diversas iniciativas adotadas pelo Brasil no âmbito interno, seguindo sua jurisprudência, este Tribunal recorda que a responsabilidade internacional do Estado se origina imediatamente após ter sido cometido um ato ilícito segundo o Direito Internacional, e que a disposição de reparar esse ato no plano interno não impede a Comissão ou Corte de conhecer um caso. Isto é, em conformidade com o preâmbulo da Convenção Americana, a proteção internacional de natureza convencional é “coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”. Consequentemente, quando se alega que o Estado não cumpriu totalmente a obrigação de reparar alguma violação dos direitos reconhecidos na Convenção Americana, cabe a este Tribunal exercer sua competência sobre o suposto ato ilícito, desde que se cumpram determinados requisitos processuais convencionais, bem como, eventualmente, declarar as violações que sejam pertinentes e ordenar as reparações cabíveis, em conformidade com o artigo 63.1 da Convenção. O Tribunal considera, portanto, que as ações que o Estado afirma que adotou para reparar as supostas violações cometidas no presente caso, ou evitar sua repetição, podem ser relevantes para a análise da Corte sobre o mérito do caso e, eventualmente, para as possíveis reparações que se ordenem, mas não têm efeito sobre o exercício da competência da Corte para dele conhecer. Com base no exposto acima, o Tribunal desestima a exceção preliminar do Estado. (**Caso Gomes Lund versus Brasil**. Sentença de 24 dezembro de 2010, parágrafo 31)

No tocante à alegação da violação do requisito do prévio esgotamento dos recursos internos, a Corte assim se pronunciou:

Com base no exposto acima, o Tribunal analisará unicamente a alegação do Estado referente à falta de esgotamento dos recursos internos a respeito da Ação Ordinária. No momento em que a Comissão emitiu o Relatório nº 33/01, em 6 de março de 2001, passados mais de 19 anos do início dessa ação, não havia uma decisão definitiva do mérito no âmbito interno. Por esse motivo, a Comissão concluiu que o atraso do processo não podia ser considerado razoável. A Comissão, por conseguinte, entendeu que não se podia exigir o requisito do esgotamento dos recursos internos e aplicou ao caso o artigo 46.2.c da Convenção. A Corte observa que não se deduz do expediente a alegada análise inadequada por parte da Comissão a respeito desta exceção. De igual maneira, durante a tramitação do caso perante a Corte, o Estado teve a oportunidade de apresentar seus argumentos de defesa quanto a todos os aspectos da demanda, apesar do que, não demonstrou prejuízo a seu direito de defesa em razão da referida atuação da Comissão. Desse modo, o Tribunal não encontra elementos para modificar, neste caso, o que foi decidido pela Comissão Interamericana. Além disso, a partir dos argumentos das partes e das provas contidas no expediente, a Corte observa que as alegações do Estado relativas à eficácia do recurso e à inexistência de um atraso injustificado na Ação Ordinária versam sobre questões relacionadas com o mérito do caso, uma vez que contradizem as alegações relacionadas com a suposta violação dos artigos 8, 13 e 25 da Convenção Americana. Com base nas considerações anteriores, o Tribunal desestima esta exceção preliminar. (**Caso Gomes Lund versus Brasil**. Sentença de 24 de dezembro de 2010, parágrafo 42)

O Controle de Convencionalidade e a regra da proibição da quarta Instância

Em sua contestação de demanda, o Estado aduziu importante questionamento no tocante à relevância de que ele debata com primazia, interna (através de seu ordenamento jurídico) e democraticamente a matéria que então era objeto da demanda na Corte Interamericana:

Em sua contestação à demanda, dentro de suas alegações relacionadas com a falta de esgotamento dos recursos internos, o Estado sustentou que lhe “deve ser facultada [...] a oportunidade de debater e deliberar democraticamente o

tema relacionado ao objeto da [...] demanda no âmbito de seu ordenamento jurídico interno. [...] Em especial, é preciso dar tempo para que [...] o Supremo Tribunal Federal se pronuncie definitivamente acerca das questões jurídicas pendentes do governo militar”. Em particular, manifestou que, em outubro de 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil interpôs uma ação de *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* mediante a qual solicitou ao Supremo Tribunal Federal que confira à Lei de Anistia uma interpretação conforme com a Constituição de modo que declare que a anistia concedida por essa lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos, durante o regime militar. (**Caso Gomes Lund versus Brasil**. Sentença de 24 de dezembro de 2010, parágrafo 43)

Segundo a linha argumentativa do Estado brasileiro, a Corte Interamericana estaria impedida de enfrentar o mérito da demanda no caso Gomes Lund, em face de que o tema da anistia e a revisão histórica de responsabilidades pelos fatos ocorridos durante o regime militar, eram um monopólio da sociedade brasileira, cabendo a ela decidir livre e democraticamente através de seus órgãos revestidos de soberania para isso: no caso a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ajuizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), sua mais elevada Corte.

Posteriormente à contestação da demanda, o Brasil informou que, em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal “declarou improcedente, por sete votos a dois, [a Arguição de Descumprimento nº 153]”, ao considerar que “a Lei de Anistia representou, em seu momento, uma etapa necessária no processo de reconciliação e redemocratização do país” e que “não se tratou de uma autoanistia”. Com base nesta recente decisão, o Estado questionou a competência da Corte Interamericana para revisar decisões adotadas pelas mais altas cortes de um Estado, indicando que este Tribunal não pode analisar as questões de mérito da presente demanda ocorridas até 29 de abril de 2010, em virtude do não esgotamento dos recursos internos. Com a decisão da Arguição de Descumprimento nº 153, verificou-se o esgotamento regular dos recursos internos, surgindo, inclusive, um novo obstáculo para a análise do mérito da demanda, a proibição da quarta instância. O Estado afirma o anteriormente exposto tomando por base, por um lado, que a tramitação da Arguição de Descumprimento nº 153 respeitou o devido processo legal, foi

transparente, permitiu a participação de todos os interessados e garantiu a imparcialidade e independência judicial e, por outro lado, o caráter subsidiário da atuação dos órgãos do Sistema Interamericano, que não podem constituir-se em tribunais de alçada para examinar alegados erros, de fato ou de direito, cometidos por tribunais nacionais que tenham atuado dentro de suas competências. (**Caso Gomes Lund versus Brasil**. Sentença de 24 de dezembro de 2010, parágrafo 44)

Levado às últimas consequências, esse argumento inviabilizaria o conhecimento por parte da Corte Interamericana de toda e qualquer demanda, uma vez que esta sempre poderia ser objeto de deliberação interna, soberana e democrática. Perpetrada a redução ao absurdo (*Reductio ad absurdum*) inviabilizar-se-ia a própria justiça internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos perderia seu fundamento.

A demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer havia sido emitida quando aquele órgão apresentou sua demanda perante a Corte Interamericana, mas que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas vítimas, inclusive, *inter alia*, o direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado decorrente dos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, o direito à proteção judicial e às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.

Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe

competete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153 (par. 136 *infra*), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar. (**Caso Gomes Lund versus Brasil**. Sentença de 24 de dezembro de 2010, parágrafos 48/49)

O controle de convencionalidade é uma importante técnica desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo um mecanismo de *judicial review* (controle judicial de legalidade) do Sistema Interamericano, à analogia do controle de constitucionalidade no âmbito exclusivo do ordenamento jurídico estatal. Dentro da perspectiva do controle de convencionalidade, a Convenção Americana de Direitos Humanos equivale a uma Constituição supraestatal, incumbindo à Corte de San José a palavra final de sua interpretação e defesa. Essa questão é central na discussão da internacionalização dos mecanismos de defesa dos direitos humanos e da relevância da construção de uma cidadania que não se limite aos umbrais do Estado, mas que confira ao indivíduo personalidade e protagonismo no seio da sociedade internacional.

Em seu voto fundamentado o juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas assim sintetizou:

Continuando na breve incursão sobre temas pontuais relevantes, se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil.

Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados

aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar. (**Voto Fundamentado do juiz ad hoc Roberto de Figueiredo Caldas** no caso Gomes Lund de 24 de dezembro de 2010, parágrafos 4/5)

O Controle de Convencionalidade na jurisprudência da Corte Interamericana

Em sua jurisprudência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos registra pela primeira vez a expressão “controle de convencionalidade” no caso *Almonacid Arellano versus Chile*, embora o juiz Sérgio García Ramírez, em seus votos nos casos *Myrna Mack Chang versus Guatemala* e *Tibi versus Ecuador*, tenha iniciado a construção de uma aproximação conceitual.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (**Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124)

No *caso Boyce y otros versus Barbados*, a Corte Interamericana aprofunda a metodologia do “controle de convencionalidade”:

La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente

constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que[:] el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (**Caso Boyce y otros Vs. Barbados**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párrafos 77/78)

A técnica do controle de convencionalidade, desde o *caso Almonacid Arellano versus Chile*, veio sendo aperfeiçoada, estabilizando-se nos seguintes preceitos gerais: (a) consiste, o controle de convencionalidade, em verificar a compatibilidade das normas e demais atos internos com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a jurisprudência da Corte Interamericana e demais tratados interamericanos de que o Estado seja parte; (b) é uma obrigação que vincula toda autoridade pública em sua esfera de competência; (c) o paradigma a ser levado em consideração para fins de controle de convencionalidade não se restringe à Convenção Americana, mas abrange também os demais tratados regionais interamericanos de direitos humanos e a jurisprudência da Corte de San José; (d) o controle deve ser realizado *ex officio* por toda autoridade pública.

No *caso Aguado Alfaro y otros versus Perú*, a Corte fixou entendimento de que os juízes,

enquanto agentes do Estado, têm a obrigação de realizar o controle de convencionalidade, tal qual realizam o controle de constitucionalidade:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (**Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, parágrafo 128)

No *caso Gelman versus Uruguay*, a Corte de San José reforça a tese de que o controle de convencionalidade vincula as autoridades judiciárias de todos os níveis:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (**Caso Gelman Vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, parágrafo 193)

Segundo a Corte interamericana, não apenas a jurisprudência contenciosa da Corte de San José constitui-se em paradigma para fins de controle de convencionalidade, mas também suas opiniões consultivas, as quais vinculariam, estas últimas, inclusive os Estados que não são signatários da Convenção mas integram a Organização dos Estados Americanos (OEA):

Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos. (**Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional**, parágrafo 31)

O tema da Lei de Anistia na jurisprudência da Corte: o *caso Barrios Altos versus Perú* como *leading case*

Em 03 de novembro de 1991, um grupo de seis indivíduos, encapuzados e usando armas com silenciadores, chegou à localidade de Barrios Altos, na cidade de Lima, Peru, nesse momento a vizinhança do local realizava uma “*pollada*”, festa para arrecadar fundos, os presentes foram

obrigados a se jogar no chão, no que o grupo armado passou a atirar indiscriminadamente por dois minutos, o saldo da chacina foram 15 mortos, 4 feridos e uma pessoa inválida. O grupo de homens armados e encapuzados pertencia ao “Grupo Colina”, esquadrão de eliminação constituído por membros do exército peruano.

No transcurso das investigações dos fatos a Juíza Antonia Saquicuray da 16ª Vara Penal de Lima iniciou uma investigação formal em 19 de abril de 1995. Apesar de a mencionada Juíza ter tentado colher o depoimento dos supostos integrantes do “Grupo Colina” na prisão, o Alto Comando Militar a impediu, assim que se iniciou a investigação promovida pela Juíza Saquicuray, os tribunais militares interpuseram uma petição perante a Corte Suprema reclamando a competência sobre o caso, alegando que se tratava de oficiais militares em serviço ativo. No entanto, antes de que a Corte Suprema pudesse resolver o assunto, o Congresso peruano sancionou uma lei de anistia, a Lei Nº 26.479, que excluía a responsabilidade de militares, policiais, e também civis, que houvessem cometido violações de direitos humanos ou que tivessem participado nessas violações entre 1980 e 1995.

A lei de anistia que impedia a investigação e punição dos responsáveis pela chacina de Barrios Altos, levou o caso para a Corte Interamericana de Direitos Humanos que enfrentou a questão em 2001, em síntese a sentença fixou as diretrizes básicas da relação entre leis de anistia e a obrigação internacional do Estado de proteger os direitos humanos:

Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Corte, conforme o alegado pela Comissão e não controvertido pelo Estado, considera que as leis de anistia adotadas pelo Peru impediram que os familiares das vítimas e as vítimas sobreviventes no presente caso fossem ouvidas por um juiz, conforme o indicado no artigo 8.1 da Convenção; violaram o direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 da Convenção; impediram a investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos ocorridos em Barrios Altos,

descumprindo o artigo 1.1 da Convenção; e obstruíram o esclarecimento dos fatos do caso. Finalmente, a adoção das leis de autoanistia, incompatíveis com a Convenção, descumpriu a obrigação de adequar o direito interno, consagrada no artigo 2 da mesma.

A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes têm o dever de tomar providências de todo tipo para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. É por isso que, quando adotam leis que tenham este efeito, como o caso das leis de autoanistia, os Estados Partes na Convenção incorrem na violação dos artigos 8 e 25, combinados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. As leis de autoanistia conduzem à vulnerabilidade das vítimas e à perpetuação da impunidade, motivo pelo qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Este tipo de lei impede a identificação dos indivíduos responsáveis por violações de direitos humanos, na medida em que obstaculiza a investigação e o acesso à justiça e impede as vítimas e seus familiares de conhecerem a verdade e de receberem a reparação correspondente.

Como consequência da manifesta incompatibilidade entre as leis de autoanistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos deste caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção Americana. (**Caso Barrios Altos versus Peru**. Sentença de 14 de março de 2001, parágrafos 41 a 44)

O crime de lesa-humanidade na fronteira do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Humanitário e do Direito Penal Internacional

O sec. XX, foi o século que assistiu a uma explosão de violência e assassinatos em larga escala, o século da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi também o da invenção do Totalitarismo, que segundo a filósofa alemã Hannah Arendt, foi a única forma de governo

genuinamente moderna e que fugiu à tipologia clássica das formas de governo que desde Aristóteles era conhecida e delimitada. É nesse século que o conceito de crime de lesa-humanidade é formalizado por filósofos e juristas. Segundo a doutrina majoritária, o crime de lesa-humanidade possui alguns requisitos essenciais para sua caracterização, não bastando apenas chocar os valores morais. Seriam requisitos para sua caracterização: (a) atos desumanos e generalizados; (b) praticados em um contexto de conflito armado; (c) contra a população civil; (d) perpetrado por agentes públicos e com seu conhecimento.

O fenômeno da internacionalização dos meios de proteção dos direitos humanos não se restringe ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas abrange também o Direito Internacional Humanitário. A justicialização internacional dos direitos humanos rompe com o conceito de cidadania vinculada e restrita ao modelo do Estado, ancorada na sociedade internacional, a noção de cidadania clama novos padrões éticos e políticos. É nesse contexto que a noção de crime de lesa-humanidade vem sendo laborado, embora os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos não tenham competência penal, não julgando indivíduos mas sim os Estados, estes podem abordar e enfrentar a questão dos crimes de lesa-humanidade, através da responsabilização internacional dos Estados. Assim, o crime de lesa-humanidade não é restrito aos Tribunais Penais Internacionais, nem ao Direito Internacional Humanitário, encontra-se na fronteira de ambos, permitindo que a doutrina e a jurisprudência internacional adense os mecanismos de proteção.

O juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas, em seu voto fundamentado no caso Gomes Lund traz importantes aportes nesse sentido:

A noção do crime de lesa-humanidade produziu-se já nos primórdios do século passado, estando consubstanciado no preâmbulo da Convenção de Haia sobre as Leis e Costumes de Guerra (1907), segundo o qual os Estados pactuantes submetem-se às garantias e ao regime dos princípios do Direito Internacional preconizados pelos costumes estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública.

Do mesmo modo, deve-se atentar para o papel exercido pelo Estatuto de Nuremberg no estabelecimento dos elementos caracterizadores dos crimes de lesa-humanidade. Reconheceu-se a existência de um costume internacional,

como uma expressão do Direito Internacional que proibia esses crimes (...)

O ex-presidente da Corte, A.A. Cançado Trindade, em seu voto separado no Caso Almonacid, lembrou que a configuração dos crimes contra a humanidade é uma manifestação mais da consciência jurídica universal, de sua pronta reação aos crimes que afetam a humanidade como um todo. Destacou que com o passar do tempo, as normas que vieram a definir os “crimes contra a humanidade” emanaram, originalmente, do Direito Internacional consuetudinário, e desenvolveram-se, conceitualmente, mais tarde, no âmbito do Direito Internacional Humanitário, e, mais recentemente no domínio do *jus cogens*, do direito imperativo (Almonacid, parágrafo 28).

Os crimes de desaparecimento forçado, de execução sumária extrajudicial e de tortura perpetrados sistematicamente pelo Estado para reprimir a Guerrilha do Araguaia são exemplos acabados de crime de lesa-humanidade. Como tal merecem tratamento diferenciado, isto é, seu julgamento não pode ser obstado pelo decurso do tempo, como a prescrição, ou por dispositivos normativos de anistia.

É bom frisar que embora esta Corte tenha competência para guardar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em certos casos é levada a tomar conhecimento de crimes. A Corte carecerá, por óbvio, de competência para julgar penalmente os indivíduos pelos crimes, mas terá a competência para analisar os fatos e a eles aplicar consequências em sua esfera de atuação, condenando o Estado que permitiu ou agiu para que os crimes fossem perpetrados. E ao conhecer da matéria, a Corte tem a obrigação de aplicar o Direito à espécie concreta, sob pena de injustificável omissão. E ao classificar um crime como de lesa-humanidade ou crime grave contra direitos humanos, a Corte faz de maneira incidental (*obiter dictum*) e não vinculante da esfera penal, nacional ou internacional.

O exame de conceito da esfera do Direito Penal Internacional não deve melindrar a Corte ou instancias judiciárias nacionais, dada a evidente confluência de várias circunscrições do Direito Internacional, o que vem sendo propalado pela doutrina e pela jurisprudência não é de hoje. Assim o é

porque são largas as fronteiras entre os sub-ramos como os Direitos Humanos, o Direito Humanitário e o Direito Penal Internacional. Suas normas e suas fontes são necessariamente complementares, senão correr-se-ia o grave risco de divergência entre as interpretações desses nichos jurídicos que jamais seriam uniformizadas, com lamentável insegurança jurídica para a humanidade. (**Voto Fundamentado do juiz ad hoc Roberto de Figueiredo Caldas**. Caso Gomes Lund, parágrafos 20, 21, 22, 23, 28 e 29)

Segundo veredicto da Corte de San José, no caso Gomes Lund:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no parágrafo 125 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 101 a 125 da mesma. (**Caso Gomes Lund versus Brasil**. Sentença de 24 de dezembro de 2010, Pontos Resolutivos, parágrafo 325)

4.9. O significado dos casos para o processo de internacionalização dos direitos humanos

O conjunto dos casos analisados neste capítulo, representam um acervo, ainda que limitado, que serve de base para a aferição do conceito de cidadania e sua abertura para além do modelo clássico de cidadania estatal. Partindo da compreensão de que a cidadania é a capacidade de o indivíduo intervir na esfera pública, por meio da linguagem e ação; os casos da Corte Interamericana relativos

ao Brasil, em uma dimensão normativo-deontológica, histórica e axiológica podem nos fornecer um gabarito, ainda que incompleto, do fenômeno hermenêutico (compreensivo) de abertura do conceito de cidadania do Estado para a Sociedade Internacional. O fenômeno hermenêutico é, antes de tudo, um fenômeno axiológico que se estrutura linguisticamente. Em sua codificação textual o fenômeno hermenêutico não é alheio a uma dimensão temporal-histórica e axiológica, podendo inclusive fornecer elementos ético-deontológicos em seu processo de codificação textual.

Uma hermenêutica do *Corpus Juris* da Corte interamericana relativo ao Brasil pode indicar até que ponto podemos afirmar a efetividade desse fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, ou seja, dos direitos subjetivos básicos universais. Fenômeno que pode ser sintetizado no conceito de Globalismo Judicial, no sentido da construção de uma estrutura normativa e judiciária supraestatal.

Preliminarmente a uma hermenêutica dos casos cabe a observação de que a constituição da objetividade hermenêutica que se intenta, decorre da fusão de horizontes entre o intérprete e o conjunto dos casos da Corte Interamericana relativos ao Brasil entre 1998 e 2014; fusão de horizontes que não pode perder de vista o conjunto de pré-compreensões que o intérprete-investigador carrega em seu arsenal analítico e a coleção dos casos da Jurisprudência da Corte Interamericana que não se apresentam em um grau zero da linguagem, mas são, antes, uma construção hermenêutica da Corte de San José que emerge no contexto histórico-político da América Latina. Daí a necessidade dos capítulos precedentes que, ainda que precariamente e sem o brilhantismo necessário, realizam uma reconstrução histórico-filosófica do surgimento do Estado moderno, suas especificidades e distinções de outras formas de ordenamento político (daí a necessidade de alguma remissão aos gregos e não o regresso a eles); a emergência do conceito moderno de cidadania na passagem do súdito para o cidadão; o colapso do Estado e do modelo de cidadania estatal representado pelo nazifascismo; e a reação da Sociedade Internacional através da abertura do conceito de cidadania para além do Estado, representado pela internacionalização dos Direitos Humanos e a construção paulatina, no pós-Segunda Guerra, de um sistema de Justiça Global que possa suprir as limitações do Estado e da cidadania estatal. Mais que isso, a constituição dessa “objetividade hermenêutica” se dá por meio do diálogo entre os horizontes já citados do intérprete e do *Corpus Juris* da Corte Interamericana. Diálogo mediado pelo signo da cidadania supraestatal que não apenas é o elemento de enriquecimento semântico do diálogo e fusão de horizontes hermenêuticos, mas o próprio elemento lógico-problemático em torno do qual gira todo o discurso que norteia o recorte epistemológico que anima o presente estudo. Afinal, o conceito-mediador da cidadania supraestatal não é um consenso pacífico, embora uma possibilidade

pressuposta pelo fenômeno de internacionalização dos Direitos Humanos e do Globalismo Judicial.

O **caso Damião Ximenes** traz um tema central para o próprio conceito de cidadania, é que a teoria do direito subjetivo pressupõe um sujeito autônomo, ou seja racional e de vontade livre, o que o fenômeno do transtorno mental compromete em sua essência. Como já assinalado na análise do caso a “loucura” é a outra face, a face obscura contra a qual contrasta o brilho do ideal iluminista que serve de esteio filosófico aos direitos subjetivos (direitos humanos). A relevância do tema vai além dos pressupostos dos direitos subjetivos, segundo dados da OMS (Organização Mundial da Saúde) até 2030 a depressão será a doença mais comum no mundo. Fenômeno epidemiológico que atinge de modo especial os países subdesenvolvidos e mais especificamente os pobres desses países. Estes últimos, segundo a OMS, são os que apresentam a maior percentagem de incidência de transtornos mentais, pois, via de regra, sujeitos a maior estresse.⁷⁸ Algo que, cada vez mais, terá reflexos na economia, pois será a doença que mais afastará as pessoas do trabalho, além do incremento do custo em saúde pública e previdência.

No plano normativo-deontológico, o caso Damião Ximenes, aporta um significado especial no ordenamento jurídico brasileiro. A lei 10.216/2001 é um divisor de águas em matéria de saúde mental no Brasil. Tal lei, conhecida como lei da Reforma Manicomial, promove uma reforma do paradigma psiquiátrico no Brasil, em sua essência, a lei 10.216/2001 visa a resgatar a cidadania da pessoa acometida por transtorno mental. Esse resgate da cidadania confere maior densidade normativa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, noção ínsita à Convenção Interamericana que amplifica essa dignidade para além da fronteira dos Estados. Nesse particular cabe a observação de que foi o ajuizamento perante a Corte Interamericana do caso Damião Ximenes que acelerou o processo legislativo que resultou na entrada em vigência da lei 10.216 em 2001. O caso Damião Ximenes é de 1999, fato atestado pelos argumentos de defesa do Estado Brasileiro, na pessoa do Coordenador da área técnica para Saúde Mental, na época: “Em 2001, aprovou-se a Lei nº 10.216, cuja base é a defesa dos direitos do paciente mental, a mudança do modelo de assistência em instituições como a Casa de Repouso Guararapes por uma rede de cuidados aberta e localizada na comunidade e o controle externo da internação psiquiátrica involuntária, nos termos propostos pela Declaração de Direitos do Paciente Mental da ONU de 1991.” (Caso Ximenes Lopes versus Brasil, 2006, pag.16) Neste particular, a judicialização do caso Damião Ximenes na Corte de San José exerceu uma função política de pressão junto ao Congresso Nacional no sentido de aprovação de projeto de lei que se arrastava há anos. No plano normativo-deontológico a hermenêutica do caso Damião Ximenes nos revela que a norma jurídica definida na

⁷⁸http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/09/090902_depressao_oms_cq.shtml

Teoria Geral do Direito como genérica, abstrata e impessoal, transcende o plano do ordenamento interno do Estado. Os próprios ordenamentos interno e internacional não são sistemas estanques, mas ordens que se comunicam, interagem e se influenciam reciprocamente. A norma convencional que pode ser extraída do ordenamento interamericano no sentido da proteção da higidez do doente mental e de promoção de sua dignidade. Norma que encontra eco na narrativa normativo-constitucional que erige a dignidade humana como um dos fundamentos da República logo em seu art.1º. A lei 10.216, nesse sentido desloca a prática do tratamento psiquiátrico do internamento manicomial para a desinstitucionalização e integração do paciente na família e sociedade, promovendo o resgate de sua dignidade e potencializando a reconstrução de sua cidadania. A lógica manicomial, como já analisado na seção que cita o movimento antimanicomial de Foucault na França dos anos 60 e 70, anula o exercício da cidadania e torna o portador de transtorno mental especialmente vulnerável à violação de direitos.

A influência decisiva na aprovação da lei 10.216/2001 por meio da judicialização internacional põe em evidência que o processo de feitura, interpretação e aplicação de normas jurídicas não se dá no interior de uma bolha deontológica enclausurada no ordenamento interno e apartado da Sociedade Internacional; mas antes, as normas jurídicas fluem por vasos comunicantes entre ordens jurídicas que compõem um texto normativo que começa na esfera doméstica dos Estados, mas que se alimenta de significados meta-Estatais, compondo um ordenamento jurídico mais amplo que não é alheio a normas e princípios supraestatais, daí o surgimento da técnica do controle de convencionalidade – como abordado de forma expressa no caso Gomes Lund.

O caso Damião Ximenes e seu reflexo normativo imediato, a lei 10.216/2001, no plano histórico não são acontecimentos isolados ou que atendam apenas à retórica internacional de proteção dos direitos humanos. São, antes, o ponto de inflexão de um processo histórico que em sua arqueologia remonta a uma torrente de violações de direitos ocorridos no Brasil no curso do sec. XX, quando da introdução da prática de internação psiquiátrica em instituições asilares. Caso exemplificativo é o episódio conhecido como o Holocausto brasileiro, em referência à Colônia de Internação Manicomial de Barbacena em Minas Gerais. Estima-se que só nessa colônia entre 1903 e 1980, 60 mil pessoas foram mortas. Os internos, nem todos portadores de transtorno mental, viviam em situação análoga a um campo de extermínio. Em verdade, sob o véu do discurso psiquiátrico e dentro da invisibilidade do asilo manicomial, a Colônia de Barbacena funcionou como uma instituição de exclusão, eliminação e descarte dos indesejados, não apenas os “loucos”, mas sobretudo pobres e marginalizados. Fenômeno histórico que só se fez possível pela força da

omissão e indiferença.⁷⁹A casa de repouso Guararapes não foi um acidente histórico que brotou no solo do município de Sobral-CE, antes, guarda uma irmandade criminológica com a Colônia de Barbacena, dentre tantas outras. História que se alimenta da invisibilidade e da indiferença, pois o discurso psiquiátrico e a mística da loucura tornam essas aberrações possíveis. No mesmo plano histórico o caso Damião Ximenes e a condenação do Brasil junto à Corte, em 2006, mudaram o perfil e as linhas mestras da política pública em saúde mental. O município de Sobral no Ceará, onde ocorreu o fato, tornou-se em poucos anos referência em saúde mental.⁸⁰

No plano exclusivamente axiológico, o caso Ximenes Lopes marcou uma mudança de enfoque na política pública de saúde mental no Brasil. Se até fins dos anos 90 o paradigma asilar ainda operava com todos os efeitos deletérios que desde os anos 60 eram denunciados pelo movimento antimanicomial, a partir de então o paradigma de saúde mental deixa de ter na internação e hospitalização seu núcleo dirigente. Os CAPS (Centros de Atendimento Psicossociais) passam a nortear a política pública de saúde mental. A diretriz, então, passa a primar pela desinternação e integração do paciente junto à sua família e comunidade, devolvendo-lhe sua cidadania. A humanização do tratamento dos portadores de transtornos mentais através do resgate de sua dignidade junto à sua família e comunidade por meio de um atendimento multidisciplinar que contemple o assistido como um todo dotado de peculiaridade física, psíquica e social; traz para a política de saúde mental os valores do humanismo que foram negados pela prática manicomial.

Segundo dados do Ministério da Saúde, constantes do seu sítio em 2016, existem 788 unidades em todo o Brasil, CAPS I, em municípios de 20 mil a 70 mil habitantes; em municípios de 70 mil habitantes a 200 mil, contabilizam 424 unidades do CAPS II; e 56 unidades em municípios com mais de 200 mil habitantes, CAPS III. O número deles sofreu um crescimento considerável após a condenação do Brasil na Corte de San José. Exemplo dessa mudança de valores é o Programa de Volta para Casa (PVC)- programa que tem por objetivo garantir a assistência, o acompanhamento e a integração social fora da unidade hospitalar de pessoas acometidas por transtornos mentais com história de longa internação psiquiátrica (02 anos ou mais de internação ininterruptos). Ao todo, segundo dados do Ministério da Saúde em 2016, são 3.832 beneficiários do PVC em todo o país.⁸¹

A hermenêutica dos **casos Urso Branco, Penitenciária de Araraquara e do Complexo do Tatuapé**, identificam o elemento comum da condição precária do Sistema Penitenciário brasileiro.

⁷⁹<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/mg/2013-07-12/holocausto-brasileiro-60-mil-morreram-em-manicomio-de-minas-gerais.html>

⁸⁰<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/regional/sobral-e-referencia-em-caps-1.637410>

⁸¹<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/conte-com-a-gente/leia-mais-conte-com-a-agente/284-mais-sobre-os-servicos-disponiveis-em-saude-mental>

Ambos os casos revelam que o conteúdo normativo-deontológico que baliza a interpretação desses fatos- a humanização da execução das penas- não é observado no sistema penitenciário brasileiro. Mesmo a incidência das medidas cautelares já analisadas apresentaram uma solução pontual e circunstancial nos casos da penitenciária de Urso Branco e Araraquara, sem que houvesse uma mudança de ordem estrutural com a definição de uma política penitenciária que atendesse à normativa internacional de humanização do sistema penitenciário. Diversamente do caso Damião Ximenes que desencadeou uma mudança de paradigma na política estatal de saúde mental; nesses casos outros do sistema penitenciário, não se assistiu a uma mudança mais profunda, pelo contrário, os vícios de violação de direitos subjetivos básicos dos custodiados permaneceu em reiterada repetição. O caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (Que por ainda estar em curso não foi objeto de análise nesse estudo) no Maranhão atesta essa interpretação de que as medidas cautelares, não obstante sua força pontual e imediata para demover a violação dos direitos subjetivos dos custodiados, não teve o condão de promover uma mudança de cultura no meio penitenciário. Segundo dados do INFOPEN (Informações Penitenciárias) de 2014, sob a direção do Ministério da Justiça, a população prisional brasileira no referido ano era de 607.731 presos; dos quais distribuídos em 579.423 presos no sistema penitenciário; 27.950 nas Secretarias de Segurança/Carceragens de Delegacias; e 358 no sistema penitenciário federal. Segundo dados do próprio INFOPEN, o Brasil, em 2014, possuía um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação de 161%, o que significa que na prática em um lugar construído para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16. Esses números colocam o Brasil, em relação ao resto do mundo, com a quarta população carcerária; atrás somente dos Estados Unidos, China e Rússia. O que revela que o sistema penal brasileiro ainda tem na pena privativa de liberdade seu centro gravitacional. Na contramão da doutrina internacional que cada vez mais assinala os efeitos contraprodutivos do encarceramento, o Estado brasileiro prende em demasia; se não bastasse essa alta taxa de encarceramento, 41% desses presos não foram condenados definitivamente (EUA e Rússia têm respectivamente 20,40% e 17,90% de presos não condenados).⁸² O elevado índice de custodiados não condenados definitivamente pelo Estado, portanto encarcerados provisoriamente, revela uma flexibilização dos direitos penais básicos do indivíduo. Um sistema de justiça penal lento e burocrático concorre para esse fenômeno do elevado índice de presos provisórios que têm na cautelaridade da prisão provisória uma pena muitas vezes desproporcional e draconiana dada a sua exposição por anos aos efeitos daninhos de um sistema penitenciário corrupto e violento. Segundo pesquisa do IPEIA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) encomendada pelo CNJ (Conselho

⁸²Os dados do INFOPEN do Ministério da Justiça constam no endereço: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>

Nacional de Justiça) um em cada quatro ex-condenados volta a reincidir em até cinco anos.⁸³ O que evidencia que o sistema penitenciário não atende com êxito ao seu propósito de recuperação social daqueles que infringem a lei penal. O perfil da população carcerária também é revelador dos traços sócio-econômicos da clientela do sistema penitenciário brasileiro. Em sua maioria essa população carcerária é negra, pobre e tem baixa escolaridade, segundo informações constantes do sítio do Ministério de Justiça e Cidadania da União, Mapa do Encarceramento: 60,8% da população prisional em 2012 era constituída por negros. Desde as teses de Cesare Lombroso na criminologia positivista do sec. XIX, o “homem delinquente” tinha um tipo biológico e traços sociais característicos, o que terminou por evidenciar como os preconceitos de cada momento histórico tendem a influenciar a criminologia e política criminal. A delinquência não é um fenômeno natural, mas cultural e como tal está distribuída por toda a sociedade. Na medida em que o sistema penitenciário revela um perfil tão definido em sua clientela, evidencia-se que o sistema penal é regido por uma seletividade que não está a serviço do combate às causas criminológicas da tragédia coletiva que aflige a sociedade brasileira que em 2014 vitimou 59.627 pessoas por homicídio⁸⁴, mas antes está aparelhado para punir a criminalidade praticada pela pobreza. O sistema penitenciário brasileiro opera nos moldes lombrosianos do sec. XIX, revelando uma preferência racista e classista incompatível com uma sociedade que se pretende plural e democrática. A própria centralidade que a execução penal confere à pena privativa de liberdade, revela uma ideologia draconiana da lei e da ordem com um nítido viés do direito penal do inimigo igualmente incompatível com os postulados do direito penal liberal e democrático. O inimigo, ao que os dados disponíveis revelam, é a criminalidade praticada pela pobreza, criminalidade que pelo elevado índice de reincidência e homicídios evidencia a falta de efetividade da política criminal que a combate. Se o direito penal é o ramo do ordenamento jurídico que tutela os bens jurídicos mais caros ao pacto civilizatório, a pena capital de reclusão celular não pode ser banalizada, barateada para atender aos reclamos do populismo penal que se revela contraprodutivo para a sociedade como um todo. Nesse particular, a Corte Interamericana em suas decisões cautelares nos casos de Urso Branco e Penitenciária de Araraquara teve uma função providencial embora pontual. No que tange ao Complexo de Tatuapé que tratada da condição específica do menor infrator, segundo dados da própria Corte Interamericana já analisados no capítulo precedente, houve uma mudança substancial na política de internação de menores no Estado de São Paulo. O caso do complexo do Tatuapé é também revelador com toda a força das tintas de uma tragédia social que o menor infrator não fica impune como normalmente se pensa, no caso específico do Tatuapé os menores viviam em

⁸³Informações constantes no sítio do CNJ: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>

⁸⁴Dados constantes no mapa da violência de 2016.

http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf

ambientes tão corruptos, violentos e insalubres quanto as penitenciárias para adultos.

Os casos de Urso Branco, Penitenciária de Araraquara e Complexo do Tatuapé no plano normativo-deontológico não trouxeram um impacto normativo efetivo, ainda que não tenham se constituído em casos que levassem a uma apreciação de mérito- foram antes medidas cautelares. O fato é que a legislação penal não adquiriu uma conformidade normativa aos princípios internacionais que primam pela humanidade da execução da pena. O código penal brasileiro é de 1940, inspirado no Código Rocco do fascismo italiano, embora tenha sofrido uma alteração substancial na sua parte geral em uma reforma de 1984. A questão apontada por especialistas da área é que o código penal de 1940, ainda em vigor, foi pensado para o criminoso individual e eventual, perdendo de vista que nesse ínterim a sociedade brasileira se urbanizou e o crime se profissionalizou. O direito penal brasileiro em seu diploma normativo básico, o Código Penal, não foi arquitetado normativamente para enfrentar o crime organizado. A lei de execuções penais até contempla a ideologia da humanização da aplicação das penas, mas em sua efetividade esbarra em um sistema penitenciário vetusto e desumano. O número de presídios federais é muito pequeno e os Estados-membros esbarram em suas limitações orçamentárias e de opções conflitantes em matéria de política criminal. Essa é uma matéria sensível à sociedade brasileira que se vê em uma aguda crise de segurança pública onde a mídia e grupos de pressão clamam por medidas que terminam por recair em um retumbante e natimorto populismo penal de caráter midiático. O sistema penal se revela, ainda, um ponto extremamente sensível e frágil da sociedade brasileira, o espaço por excelência da violação dos direitos humanos. No plano de uma hermenêutica histórica os casos de Urso Branco, no norte do país, e Penitenciária de Araraquara, no Estado mais rico e populoso, evidenciam que a condição desumana dos presídios brasileiros é um fenômeno generalizado em todo o território nacional- Pedrinhas no Maranhão só reforça essa percepção. Inseto em um fluxo histórico que inevitavelmente remete ao passado colonial e escravocrata brasileiro que foi o último país do continente americano a abolir a escravidão e nunca efetivamente desenvolveu uma política de integração desse contingente populacional que passou a viver, desde então, em guetos como cortiços do Rio de Janeiro do sec. XIX, retratados inclusive literariamente por Aluísio Azevedo; às favelas do sec. XX. Não por acaso são os negros, mestiços e assimilados de pouca escolaridade a clientela preferida do sistema penitenciário brasileiro: populoso, violento e insalubre.

No plano exclusivamente axiológico, os casos acima referidos, desnudam que a narrativa do direito penal liberal garantista e que tem na pena um mal que só em último recurso deve ser aplicado; na prática não encontra eco e efetividade. Há um descompasso entre os manuais de direito penal e sua doutrina crítica e a prática enraizada no solo da instituição penitenciária. Uma sociedade

que ostenta os índices indecorosos de homicídios da sociedade brasileira- em número absolutos o país onde mais se mata no mundo- tem no sistema penal o espaço por excelência da violência indomada e sanguinária. A violência do sistema penal ainda conta com a chancela da indiferença da sociedade civil que se encontra consumida pelo medo da violência anônima e difusa. A indiferença da sociedade civil às violações de direitos ocorridos no interior das prisões só reforça a violência que transcende os muros, pois cada vez mais articuladas a partir do seu interior e alimentando-se da corrupção institucional de um sistema penal demagógico e flagrantemente ineficiente. Esse estado da arte, por fim promove uma distorção mesmo entre os defensores dos direitos humanos, na medida em que concentram suas forças no sistema penal, terminam por passar uma ideia equivocada à população civil. Os direitos humanos, como já evidenciado nesse estudo, são em sua essência de tessitura internacionalista ao passo que esse estado calamitoso da segurança pública brasileira faz parecer que os direitos humanos se reduzem, quase que exclusivamente, à execução penal, tema por excelência do direito interno.

Os **casos Escher e Sétimo Garibaldi** versam sobre o conflito no campo, embora ambos os casos se passem no Estado do Paraná, o conflito agrário no Brasil não se circunscreve a esse Estado da Federação. O conflito agrário no Brasil não é um problema novo, em verdade o próprio processo de ocupação da terra no Brasil está na raiz desse conflito. O constituinte de 1988, reconhecendo essa realidade histórico-sociológica, tratou da matéria da propriedade e reforma agrária. O título VII da Constituição Federal de 1988 que trata da Ordem Econômica e Financeira, no Capítulo III que compreende os arts. 184 a 191, disciplina a Política agrícola e fundiária e a Reforma Agrária. O princípio jurídico da função social da propriedade é o que norteia o instituto da desapropriação por interesse social para fins de Reforma Agrária. A propriedade produtiva, conforme definição constitucional, não é passível de desapropriação, exigindo-se para a caracterização de uma propriedade como produtiva aquela que respeite o meio ambiente e leis trabalhistas e seja explorada em no mínimo 80% de sua extensão. Assim, em uma perspectiva normativo-deontológica, a questão do conflito agrário no Brasil encontra um norte na própria diretiva constitucional que conjuga o direito de propriedade, conceito liberal por excelência, com sua função social, este último um conceito de extrato socialista e igualitário. A possibilidade de desapropriação, assim, não fica ao talante do Estado (Matéria de reserva da União), exigindo-se o preenchimento de requisitos constitucionais e legais, notadamente a propriedade não produtiva ou aquela que ainda que produtiva, seja usada para fins de cultivo de substâncias proibidas ou em choque com a ordem jurídica.

Em uma perspectiva histórica e geográfica, a hermenêutica dos casos Escher e Sétimo Garibaldi poderiam sugerir um conflito localizado no Paraná; entretanto, o próprio Sistema Interamericano

registra na Comissão o processamento de vários outros casos que até o período compreendido por esta pesquisa não tinham sido judicializados junto à Corte de San José. O caso de Eldorado dos Carajás, ocorrido em 1996, no Estado do Pará, registra a denúncia do homicídio de 19 trabalhadores rurais que se encontravam acampados em uma rodovia, perpetrados por agentes de segurança pública ao desalojá-los. Em face da inércia do Poder Judiciário brasileiro e de suas autoridades constituídas em apurar os fatos e responsabilizar os culpados, o caso chegou à Comissão Interamericana. O caso Margarida Maria Alves, processado na Comissão Interamericana, versa sobre o assassinato de Margarida Maria Alves, ocorrido na Paraíba, na década de 80, quando esta era então presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Alagoa Grande- após o Sindicato patrocinar inúmeras ações trabalhistas contra proprietários de terras da região. Esses dois outros casos que se encontram na Comissão são exemplificativos de que o conflito agrário corta a geografia brasileira de norte a sul. Não obstante as diretivas normativas previstas na própria Constituição, o conflito persiste e é candente. A contrariedade entre o discurso normativo constitucional que não consegue demover uma realidade histórico-sociológica põe em evidência o caráter exclusivamente semântico de alguns textos constitucionais que não conseguem a adesão efetiva da comunidade política que pretendem regular. Já se tornou clássica a lição, no plano do direito constitucional, que não basta o discurso normativo do texto da Constituição se a comunidade sobre a qual incide não incorporar em sua prática tal discurso. A força normativa da Constituição reside no compromisso da comunidade de fazê-lo efetivo. Os casos Escher, Sétimo Garibaldi e os demais conflitos que não chegaram à Corte de San José, são representativos de que quando a Constituição perde efetividade em seu comando e empalidece em uma realidade exclusivamente semântica, faz-se necessário o resgate de sua efetividade em uma esfera política e jurídica mais ampla. Os casos Escher e Sétimo Garibaldi não são propriamente exemplos de um vácuo normativo em matéria de política agrária, dizem respeito a algo mais sutil. O comando exclusivamente semântico da norma jurídica quando não encontra o compromisso da realidade sociológica em sua efetivação, exige um alargamento institucional como sustentado nos capítulos iniciais dessa dissertação, quando a referência histórica dos limites da cidadania estatal promovem a morte e destruição. Os casos Escher e Sétimo Garibaldi, embora ainda tímidos em uma perspectiva de construção de uma cidadania supraestatal e verdadeiramente democrática, apontam para a necessidade de sua construção como forma de amplificação do foro de debate político e de reelaboração de uma cidadania ainda estreita quando restrita aos vícios e limitações sociológicas de uma realidade histórica atávica e que exige novas composições e relações para sua superação.

O caso **Nogueira de Carvalho** aporta uma questão de extrema relevância ao tema dos “direitos humanos” que é a da proteção daqueles que lutam pela proteção dos direitos de todos. Os militantes

dos direitos humanos se constituem em uma categoria de especial relevância no processo de construção da democracia concreta e na esfera para-estatal da microfísica do cotidiano, onde, muitas vezes, esses agentes não se encontram revestidos de cargos ou sequer função pública estatal. No caso específico de Nogueira de Carvalho, tratava-se de um advogado e inúmeros são os exemplos coletados na jurisprudência da Corte Interamericana. Categoria que reúne pessoas das mais variadas tendências e substratos sócio-econômicos, mas todos unidos em torno de um só ideal: o da promoção da dignidade humana através da tutela de um rol mínimo de direitos subjetivos. Essa é uma categoria especialmente incômoda para as estruturas de poder constituídas e de tendências opressoras, por isso mesmo, a categoria dos “defensores” é vulnerável e não raras vezes incompreendida pelos meios de comunicação que tendem a se alinhar com a estrutura do poder vigente. Nesse particular os defensores dos direitos humanos, como categoria vital na promoção dos direitos humanos e da própria democracia, merecem um tratamento específico em face de sua condição peculiar de pessoas que lidam diariamente com situações de conflitos e conflagração de direitos. Se o caso Nogueira de Carvalho teve, no mérito, um provimento negativo, sendo de todos os casos analisados o único em que o Estado Brasileiro não foi condenado no mérito ou teve um provimento cautelar deferido, por sua vez, este caso teve a virtude de por em destaque, no plano internacional, a condição controversa dos defensores de direitos humanos e sua situação de vulnerabilidade. Nos casos da Corte Interamericana analisados no tópico relativo ao caso Nogueira de Carvalho, a jurisprudência da Corte, os agentes violadores dos direitos dos defensores dos direitos humanos são agentes públicos; ou seja, é o próprio Estado o maior violador de direitos e especialmente daqueles que cobram do mesmo Estado o respeito aos direitos que este positivou e se propôs a cumprir.

No plano normativo-deontológico o tema da proteção de vítimas e testemunhas ganha no Brasil um tratamento legislativo com a lei 9.807/1999. Esta lei trata da assistência às vítimas e testemunhas em geral e não especificamente dos defensores dos direitos humanos. Estes só recebem um tratamento específico com o Decreto-Presidencial 6.044 de 2007 que disciplina o Programa de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Em ambos os diplomas normativos, em uma perspectiva axiológica, tem-se uma abertura do discurso estatal da Segurança Pública, que, em geral, é punitivo e que centra sua criminologia na figura do infrator e não da vítima. A inclusão da vítima no discurso oficial das políticas de Segurança Pública, enriquece o discurso criminológico e a própria política de Segurança Pública, na medida em que o crime, em sua estrutura não se constitui apenas do criminoso, sujeito ativo; mas sobretudo da vítima, o polo passivo e ignorado do discurso criminológico de viés punitivo que domina as diretrizes normativas e política estatal como

analisado no tópico relativo à problemática situação do sistema penitenciário. Dar visibilidade à vítima é também enfrentar o crime e a criminalidade. Um direito penal verdadeiramente democrático não pode ignorar a vítima de crimes e sua condição de vulnerabilidade. A vítima na perspectiva da cidadania é uma pessoa que tem sua capacidade de intervenção na esfera pública bloqueada ou mitigada. A existência de políticas públicas que confirmam visibilidade e tratamento especial às vítimas de crimes, antes concorre para o aperfeiçoamento democrático, na medida em que lhes devolve sua capacidade de participação efetiva no debate público. Veja-se que nem sempre é necessária uma condenação internacional para que a sociedade se mobilize no sentido de transformar o ordenamento interno. O caso Nogueira de Carvalho, não obstante a absolvição do Estado brasileiro, não significou uma inércia interna no sentido da proteção de vítimas, testemunhas ou a proteção dos defensores dos direitos humanos.

Segundo dados constantes da Secretaria Especial de Direitos Humanos, 133 pessoas estão incluídas no Programa Federal de Proteção dos defensores dos direitos humanos. Já 209 pessoas são acompanhadas por equipes de sete programas estaduais.⁸⁵ Se esses números são tímidos, dada a dimensão demográfica e geográfica brasileira, há de se observar um início de mudança de paradigmas no sentido da proteção, por meio de políticas públicas, de vítimas, testemunhas e defensores dos direitos humanos. A introdução da vitimologia no discurso criminológico tem o poder de humanizar o direito penal e as políticas de segurança pública. Os defensores dos direitos humanos na medida em que também são destinatários de especial proteção, reforçam o aperfeiçoamento democrático que passa necessariamente pelo respeito aos direitos humanos de todos. Nesse particular, a previsão de Centros de Atendimento a Vítimas de Crimes, no Segundo Plano Nacional de Direitos Humanos, foi uma inovação promissora que entretanto se viu esvaziada com a sua não encampação à política pública de segurança do Estado como algo permanente. Esses centros dariam um caráter mais humano e democrático à política de Segurança Pública e fortaleceriam o exercício efetivo da cidadania. Ao que uma análise conjunta dos casos da Penitenciária de Araraquara, Urso Branco e Nogueira de Carvalho indicam, o problema da Segurança Pública passa menos por um endurecimento das penas e mais por medidas preventivas que evitem a marginalização e a criminalização. A condição problemática dos defensores dos direitos humanos, nesse particular, evidencia a limitação de uma ideologia punitiva e não democrática da Segurança Pública. Mais ainda, no caso Nogueira de Carvalho, a ordem internacional não é necessariamente a tábua de salvação, a Corte de San José andou bem em não atuar como uma Corte de revisão das decisões internas do Estado Brasileiro que no caso atuou, ainda que o resultado interno não tenha sido a melhor decisão, pois os Tribunais Internacionais de

⁸⁵<http://www.sdh.gov.br/assuntos/combates-as-violacoes/programas/defensores-dos-direitos-humanos-1>

Direitos Humanos não podem ser barateados em seu papel histórico, reduzindo-se a Cortes de Cassações, mas antes como instâncias que amplifiquem o foro de ação cidadã para além do Estado. E no caso Nogueira de Carvalho, pelos dados aqui analisados não significou que esse foro cidadão tenha sido restringido.

O **caso Gomes Lund**, não por acaso o último a ser analisado, é aquele que melhor evidencia o tema aqui abordado: a cidadania supraestatal democrática. No plano normativo-deontológico, o caso Gomes Lund traz questões paradigmáticas. O controle de constitucionalidade é uma técnica jurisprudencial do sec. XX, embora o caso *Marbury versus Madison* reporte ao começo do sec. XIX nos Estados Unidos, o controle de constitucionalidade efetivamente é uma técnica pensada e desenvolvida na Europa continental no sec. XX, com uma contribuição decisiva de Hans Kelsen, que originariamente pensou o controle de constitucionalidade concentrado em um órgão específico e independente da existência de um caso concreto: é o controle concentrado (em um órgão exclusivo) e abstrato de constitucionalidade das leis (independente da existência de um litígio específico com partes individualizadas). O primeiro Estado a, efetivamente, implementá-lo foi a Áustria, terra natal de Hans Kelsen. A ideia de um Tribunal Constitucional está irremediavelmente vinculada à existência de um controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. O modelo estadunidense de controle difuso e concreto tem na Corte Suprema sua instância última, mas não exclusiva. O modelo estadunidense de controle difuso e concreto compartilha com todos os órgãos do poder judiciário o controle de constitucionalidade, dando a palavra final à Corte Suprema, exigindo, sempre, um litígio concreto e individualizado. Aí reside a diferença entre o Tribunal Constitucional e a Corte Suprema, elas não são sinônimos, pois decorrem de modelos e tradições jurídicas distintas. A tradição jurídica do *civil law*, continental europeu, de base legalista romano-germânico é que resulta no Tribunal Constitucional e no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Uma tradição que tem na lei seu referencial jurídico, daí, na prática, o controle concentrado e abstrato funcionar como uma continuação do processo legislativo que passa a ter no judiciário (Corte Constitucional) seu filtro de controle de constitucionalidade das leis emanadas do congresso. A tradição do *common law* tem na jurisprudência seu centro gravitacional, sendo uma tradição de viés sociológico e casuístico, não controla o processo legislativo, mas sua incidência nos casos litigiosos e não produz efeito além das partes envolvidas, não em sua matriz originária. A tradição jurisprudencial, tópica e sociológica do direito anglo-americano é que resultou na ideia da Suprema Corte.

É inegável que a ideia desenvolvida, no interior da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Controle de Convencionalidade é inspirada no Controle de Constitucionalidade das leis. A Corte de San José foi criada em 1978, entrou em funcionamento efetivo em fins dos anos 80 e o Controle

de Convencionalidade é uma técnica mais recente, já do sec. XXI. Inevitavelmente os juristas que a compõem carregam consigo as experiências da tradição jurídica onde foram formados. Na América Latina, sobretudo na América do Sul, o controle de constitucionalidade é misto, conjugando os modelos estadunidense e europeu continental. O Controle de Convencionalidade não surgiu, assim, da noite para o dia, mas carrega em seu âmago a experiência mista dos juristas latino-americanos. O Controle de Convencionalidade, como técnica jurídica, revela-se como um instrumento especialmente valioso no sentido da promoção da cidadania para além do Estado. Sobretudo, o papel exercido por juízes que passam a ter não exclusivamente na Constituição seu paradigma normativo de controle das demais leis e atos, mas também na Convenção Americana de Direitos Humanos. A técnica do Controle de Convencionalidade, assim, milita em favor de uma cidadania para além do Estado, concorrendo para dilatar os foros de exercício da cidadania e densificando a prática democrática. Nesse particular, o Controle de Convencionalidade promove a Convenção Americana ao patamar de uma Constituição supraestatal regional, em matéria de direitos humanos. Se no plano normativo-deontológico, a análise do Caso Gomes Lund traz elementos que apontam para a supremacia normativa da Convenção Americana em matéria de direitos humanos, por sua vez, sua ascensão promove a cultura da judicialização ao conferir poderes especiais aos juízes e dilata os foros de exercício da cidadania para além do Estado. O próprio caso Gomes Lund aponta suas limitações. É inegável que a Corte Suprema brasileira ignorou a jurisprudência da Corte de San José e, através de filigranas hermenêuticas, mitigou a técnica do Controle de Convencionalidade, promovendo um choque jurisprudencial- ao julgar que a lei de anistia é constitucional na ADPF 153. Esse caso da lei de anistia revela que na prática a técnica promissora do Controle de Convencionalidade encontra suas soleiras políticas e ideológicas, onde radicam suas efetivas fronteiras. Uma questão que não pode passar despercebida, é que o Controle de Convencionalidade concentrado na Corte de San José leva inevitavelmente a uma politização regional de temas controversos na experiência interna de cada Estado. Mais ainda, na medida em que a técnica do Controle de Convencionalidade concentra poderes na Corte de San José, esta mesma adquire um protagonismo político que se sobrepõe ao controle de cada Estado onde estas decisões efetivamente incidem. Em outros termos, em uma perspectiva mais extrema, a Corte de San José na medida em que adquire protagonismo político, cada Estado, individualmente, tem parcela de sua soberania diminuída e isso é uma realidade que deve ser enfrentada e equacionada. Nesse particular a Corte de San José defende que sua atuação não é a de uma corte de cassação das decisões dos Tribunais Internos, mas de monopólio da interpretação da Convenção Americana a que cada Estado de forma autônoma aderiu. É inegável que na medida em que o Controle de Convencionalidade dilata o foro de participação cidadã para além do Estado, esse mesmo controle foge da esfera das instituições tradicionais do poder constituído interno de cada Estado. Se o

Controle de Convencionalidade promove a cidadania supraestatal, ela também causa um déficit na soberia interna dos poderes constituídos de decidirem sobre seus próprios destinos. Esse exercício de controle se não exercido nas estritas balizas de tutela dos direitos humanos pode, inevitavelmente, levar a uma contaminação política de um processo que deve ser jurídico.

No plano histórico o caso Gomes Lund reside em fatos que expressam a dinâmica de um Estado de Exceção. Os anos não democráticos de ditadura civil-militar que vigoraram no Brasil entre 1964-1985. A Guerrilha do Araguaia, já apreciada, está inserida no período da história da América Latina marcada por regimes de exceções em um mundo geopolítico bipolarizado. Em sociedades democratizadas, ainda que em graus distintos e em vários casos insuficientes, a Guerrilha do Araguaia virou história. A história da Guerrilha do Araguaia comporta uma competição entre aqueles que disputam sua versão e interpretação dos fatos. Nesse contexto e em uma perspectiva histórica, o caso Gomes Lund (Caso Guerrilha do Araguaia) coloca a questão da “justiça de transição”, uma espécie de revisão e acerto de contas histórico em sociedades que se redemocratizam. O julgamento do caso Gomes Lund ao afirmar que a lei de anistia brasileira de 1979 é inconveniente, pois fere de morte a Convenção Americana, coloca na ordem do dia a necessidade de o Brasil rever a sua história em um acerto de contas necessário para a superação de suas mazelas e construção de uma nova história democrática de respeito aos direitos humanos. Uma história verdadeiramente democrática não pode ser escrita ocultando-se os cadáveres da violação dos direitos humanos. É necessário desenterrá-los para dá-los um sepultamento justo e humano. Só com o apaziguamento desse passado de exceção, via justiça de transição, que uma história verdadeiramente democrática, plural e inclusiva poderá ser construída. Nesse particular o Brasil encontra-se inadimplente, já a Argentina vem enfrentando esse passado com maior altivez. O próprio julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal atesta a incapacidade das autoridades constituídas em lidar com esse passado, em uma eterna fuga de sua sombra não democrática, de um passado ditatorial que o acompanha. O resultado é a cultura da impunidade que corta a sociedade brasileira de cima a baixo. É a falta de memória histórica constituída pela lacuna nos relatos e vozes que compõe uma historiografia discutível. Talvez por não ter sido uma ditadura tão violenta quanto a argentina e a chilena, a ditadura brasileira tenha se enraizado mais na estrutura burocrática do Estado, por ser menos violenta foi mais cerebrina, impedindo décadas após o seu fim, a sua revisão em uma perspectiva plural e democrática.

Nesse particular, entretanto, cabe um alerta. A interpretação nietzscheana de que na história não existem fatos, apenas versões, não prospera. Se a história fosse constituída apenas de versões sem um substrato fático que lhe conferisse densidade, a convenção e o acordo sobre esses episódios

seriam impossíveis, pois a história estaria condenada a se perder no infinito da idiossincrasia de cada um. A história, assim, é constituída de fatos e versões sobre eles; a historiografia é o acordo, a convenção que emerge da competição entre os intérpretes sobre essas versões. Nessa perspectiva não se pode perder de vista que casos como a Guerrilha do Araguaia, no contexto agora de uma sociedade democrática, têm o sentido de compor uma nova narrativa- a narrativa dos heróis que lutaram pela democracia, inevitavelmente heróis da esquerda democrática. Assim, o resgate e a valorização dos heróis da Guerrilha do Araguaia também concorre para a construção de uma narrativa que tem um significado atual em sociedades democráticas: é que essa interpretação heroica e epopeica serve à valorização do projeto da esquerda popular e democrática. No quadro geral da história recente da América Latina, a esquerda de viés populista vem ganhando força, o chavismo, o kirchnerismo, o lulopetismo compõem um projeto de união das esquerdas latino-americanas esquadrihado no Foro de São Paulo. Esse projeto político também disputa a hegemonia da interpretação desses fatos em sua disputa de versões históricas. Narrativas como a Guerrilha do Araguaia, nessa perspectiva, também têm um significado atual e político na estratégia de sociedades hoje democráticas- eles estão também a serviços de projetos políticos. Não há problema algum em se valorizar uma narrativa de esquerda e popular, afinal as esquerdas refletem a ânsia de igualdade em sociedades, como a latino-americana, marcadas por uma desigualdade histórica, como já analisado. As esquerdas têm o mérito de instrumentalizar politicamente os projetos dos setores mais vanguardistas de uma sociedade. Mas, por outro lado, quando as esquerdas caem no culto a heróis e demonizam setores e segmentos sociais, elas correm o risco de cair na sua forma degenerada que é o populismo. O populismo de esquerda é o maior inimigo de um projeto popular e inclusivo na medida em que ele não ataca as causas estruturais da desigualdade. Ao promover o culto aos heróis e encampar uma política que não combate as causas essenciais da desigualdade, mas apenas acidentais, reproduzindo esse modelo de exclusão, o populismo de esquerda revela-se tão pernicioso quanto os inimigos que denuncia: o populismo de direita. Aí, talvez, resida a causa da derrocada recente dos projetos de esquerda na América Latina. Nesse contexto, não se pode perder de vista que o caso Gomes Lund não está imune a conflitos políticos entre projetos que disputam a hegemonia não do passado, mas do presente.

O caso Gomes Lund, no plano axiológico, põe em relevo a imprescritibilidade das violações de direitos humanos. Se na esfera do direito penal comum a prescrição milita a favor da segurança jurídica, evitando um estado de perpétua persecução processual; no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos a prescrição da violação de direitos teria o efeito contrário. A imprescritibilidade da responsabilização por violação dos direitos humanos concorre para a segurança jurídica, do contrário seria bonificar os agentes violadores desses valores e promover a

insegurança jurídica no seio da Sociedade Internacional que teria seus tratados e convenções sobre direitos humanos suspensos pelo decurso do tempo. Se a prescrição no direito penal comum valoriza a liberdade individual que não pode ficar sujeita à eterna persecução dos órgãos punitivos do Estado; por sua vez a imprescritibilidade dos direitos humanos também valoriza a liberdade individual daqueles que não podem ver suas garantias e direitos assinalados no plano internacional prescritos pela inércia do Estado. Cabe a observação que essa imprescritibilidade dos direitos previstos em tratados e convenções de direitos humanos têm natureza não-penal, uma vez que a responsabilização recai sobre o Estado que assume a responsabilidade de respeitar e proteger tais direitos e não sobre o indivíduo que o viola. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a natureza jurídica de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, portanto de natureza civil, cuja responsabilização recai sobre o Estado. Os Tribunais Penais Internacionais é que versam sobre responsabilização penal que recaem sobre indivíduos. Essa distinção é importante no sentido de assinalar a construção de uma axiologia judicial global que começa a compreender que existem bens supranacionais que exigem a tessitura de um sistema de justiça que esteja inscrito no seio da Sociedade Internacional. A emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Migrantes compõem um sistema de integridade internacional do indivíduo. Isso põe em evidência o protagonismo do indivíduo em uma ordem política supraestatal.

CONCLUSÃO

A seleção e análise dos casos retratados colocam o problema da construção da **cidadania supraestatal**. Se no sec. XVIII, na Europa, registrou-se, na civilização ocidental, a passagem do súdito ao cidadão, na passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal. O individualismo que está na base do sistema político democrático moderno e que tem nos direitos humanos (direitos subjetivos) sua base, agora dá o passo seguinte, indo além do próprio modelo do Estado enquanto ordem política. Fatos mais recentes do sec. XX, colocaram em evidência os limites de uma cidadania circunscrita às fronteiras do Estado. Fatos como o nazifascismo ou o stalinismo colocam o problema da limitação de uma ordem jurídica restrita às fronteiras do Estado, muitas vezes o maior violador dos direitos por ele mesmo positivados. Fatos que apontam para a necessidade de construção de uma cidadania para além do Estado, a necessidade de construção de novos foros de participação política não comportados pelos limites da ordem política estatal. A cidadania supraestatal, assim, é o passo seguinte e coerente dos postulados da ideologia individualista que valoriza sobretudo a capacidade de autodeterminação do homem. Individualismo que eclode no interior de sociedades ocidentais que atingiram o estágio de desenvolvimento tecnológico industrializado e regidas pelos valores da ciência moderna. Se esse fato depõe contra o universalismo e pode evidenciar um vício de etnocentrismo, por sua vez essa mesma ideologia individualista que brota de sociedades ocidentais e industrializadas transcende o solo ideológico de onde emergiram, agregando experiências das mais variadas culturas, concorrendo efetivamente para a construção de uma civilização universal que nasce no solo eurocêntrico, mas que vai além dele. Como o individualismo democrático dos direitos humanos que nasce com os Estados Liberais e vai além deles, no caminho de construção de uma Sociedade Internacional alicerçada nos direitos humanos.

Se os direitos humanos nascem de uma matriz ideológica liberal, no curso do seu desenvolvimento histórico os direitos humanos não se limitam ao liberalismo, agregando experiências de outras matrizes ideológicas como o socialismo, por exemplo. O individualismo de sociedades democráticas, assim, também não fica enclausurado no interior da civilização ocidental, concorrem, antes, para a constituição de uma civilização universal que começa a ser desenhada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e por um sistema de justiça global que lhe proteja e confira efetividade. A cidadania supraestatal, assim, inscreve-se no projeto de construção de uma civilização universal onde todas as experiências possam ser compartilhadas segundo a ética dos direitos humanos. A ética universalista dos direitos humanos que permite o diálogo entre as várias experiências civilizatórias em uma esfera mais ampla, superando os limites do etnocentrismo ínsito

a cada uma dessas experiências particulares, tem na assimetria entre esses protagonistas seu maior inimigo. A democratização da Sociedade Internacional é o imperativo para a construção de uma civilização universal alicerçada na ética dos direitos humanos, uma ética talhada para o intercâmbio das mais variadas experiências civilizatórias, apta a superar a tentação do regresso ao tribalismo fraticida.

Nesse particular cabe uma ponderação relevante, o problema dos limites da cidadania estatal já abordado por Hannah Arendt e entre nós divulgado por Celso Lafer, por ex., que coloca a insuficiência do Estado para assegurar direitos subjetivos básicos e verdadeiramente universais, deve ter nítido que essa insuficiência reside, antes, no fracasso de inclusão e pertencimento a uma civilização universal. Fenômenos como o nazismo, exemplo modelo das limitações de uma cidadania exclusivamente estatal, decorrem antes da incapacidade de pertencimento a essa civilização universal. A história da Alemanha é significativa dessa percepção. O Estado germânico só tardiamente unificado, sec. XIX, deve muito de suas tragédias nacionais a uma tardia cristianização- não por acaso é na mesma Alemanha que nasce a Reforma Protestante. Não podemos ignorar que o universalismo que brota em solo europeu nasce com o cristianismo medieval e só remotamente tem alguma relação com o universalismo estóico que influenciou a aristocracia romana. O universalismo cristão é o que matiza a ideologia da Europa medieval, quando efetivamente surge o sentimento internacionalista de pertencimento a algo maior que uma tribo natal. O sentimento de pertencimento europeu é contemporâneo da emergência do cristianismo que fora gestado no interior do cansado império escravocrata romano. A integração tardia dos alemães à cultura latina cristianizada e sua adaptação imperfeita a essa civilização universal é a causa das regressões uterinas que levaram o povo alemão- em momentos de crises- a promover uma volta ao tribalismo guerreiro teutônico. Não por acaso a elite nazista era adepta da mitologia nórdica, do misticismo pagão e tinha na musicalidade que exaltava as origens tribais do povo alemão em um Richard Wagner seu esteio estético. O mesmo povo que gestou alguns dos gênios da civilização universal como Kant, Goethe e Alexander von Humboldt, foi o povo que caiu em um trágico regresso tribalista na forma assassina do nazismo. Essa referência é oportuna, pois a questão que se colocou nesse estudo foi a questão da possibilidade de construção de uma cidadania supraestatal democrática.

A **cidadania supraestatal democrática** é o conceito que permite a construção de relações internacionais entre os mais variados povos baseados na ética dos direitos humanos. Só através do exercício da cidadania que começa no Estado, mas vai além dele, é que se pode evitar esse “regresso tribalista” que em momentos de crise tem o poder de ressuscitar. De fato, pensar as

relações internacionais regidas pelo código axiológico dos direitos humanos se torna meramente retórico se essas mesmas relações, no plano político, não se balizarem por parâmetros democrático. Mas como democratizar a Sociedade Internacional em face da assimetria entre seus protagonistas?! Uma assimetria econômica, tecnológica e militar que torna quase impossível a modulação democrática dessas relações?! Se o problema posto não é de fácil solução, por sua vez o ceticismo pessimista de um Danilo Zolo, por ex., em nada contribui para o deslinde da questão. Cair na tentação do ceticismo pessimista, no realismo político maquiavélico, só concorre, antes, para reforçar esse quadro quase intransponível de assimetria antidemocrática que faz a internacionalização dos direitos humanos parecer um discurso de bons samaritanos. O caminho que se começa a desenhar no pós-Segunda Guerra é sugestivo, embora ainda tímido. O conceito de cidadania supraestatal democrática concorre para o alargamento dessas fronteiras políticas, alargamento sem o qual o ordenamento internacional dos direitos humanos está condenado ao malogro. Seguindo as lições do próprio Norberto Bobbio, a democracia, para sua afirmação, exige um maior número possível de foros e participação política efetiva. Foros os quais não podem quedar restritos ao interior das fronteiras estatais, mas, antes, partindo delas, alargar esse foro para além do Estado, no plano da Sociedade Internacional. O sonho, ainda utópico, da “paz perpétua” na relação entre os povos só pode ser construído com a sedimentação de uma democracia que se espraie para esse nível de relações, sob pena, de mesmo Estados já democratizados, em momentos de crises, caírem em tentações antidemocráticas sempre à espreita. A democratização da Sociedade Internacional é a única forma de enfrentar sua assimetria ínsita. A cidadania supraestatal o instrumento de tessitura desse espaço internacional democrático. Só assim uma ética das relações internacionais baseada na axiologia dos direitos humanos poderá, efetivamente, ganhar vida e repercussão.

Nesse particular, a escolha do Sistema Regional Interamericano, através de sua Corte e de como o Estado brasileiro se mostra através dessa jurisprudência, oferece-nos, ainda que limitadamente, uma pista de quão ainda tenro é esse caminho. Caminho que se inicia mas que já tem a virtude de está esboçado. Dar visibilidade à Corte Interamericana de Direitos Humanos, fazer conhecer sua jurisprudência concorre para a construção desse caminho. Os casos aqui analisados, ainda que nos estreitos limites do discurso acadêmico, são significativos que se não queremos um mundo marcado por guerras, miséria e fanatismos de toda ordem, o único caminho que a civilização nos aponta é o de construção permanente de uma civilização universal, que longe de ser um engodo apontado por céticos desiludidos é a única estrada, a via compulsória para a construção de relações internas e internacionais sólidas, baseadas na razão democrática e na tutela de direitos subjetivos que resguardecam a dignidade humana. Do contrário é chancelar o mito de sísifo e sacramentar que todo o

esforço no sentido de construção de uma sociedade mais justa e humana está perdido. O caminho de superação desse quadro desolador se apresenta. O exercício da cidadania, através da ação e da palavra, exige novos foros cada vez mais amplos, só assim a racionalidade dos acordos e do consenso poderão superar a opção da violência e da guerra. Foros que permitam a ação e a palavra para além do Estado, algo que permita a construção de uma ética que supere a tentação tribalista e a exaltação nacionalista perniciosos para o aprimoramento humano.

No caso específico da Corte de San José- o foro analisado- cabe ressaltar que a limitação de seus recursos orçamentários, número de juízes, o fato de não funcionar permanentemente são limitações desabonadoras do conceito aqui defendido. A América Latina ainda está de joelhos quando se pensa na perspectiva de construção de uma civilização universal e inclusiva. Foros de ação cidadã como o de San José são louváveis e antes de desacreditá-los, devem ser aperfeiçoados e preservados no sentido de ampliação de outras esferas regionais de participação cidadã. Os casos aqui analisados, antes, servem de referência para a consolidação desse modelo, modelo sem o qual o único caminho que nos resta é a barbárie e o apelo atávico de paixões fraticidas. A jurisprudência da Corte Interamericana se revela rica, prolixa, inventiva, mas antes de tudo, em uma perspectiva hermenêutica, deixa escapar na sua intertextualidade os dramas da condição latino-americana. Dramas históricos que começam a ser enfrentados, ainda que parcial e sem a devida intensidade.

A presente pesquisa visa, antes de tudo, a dar visibilidade a essa construção regional que é a Corte de San José. Ciente de suas limitações, o problema foi colocado à luz da filosofia política e do Direito Internacional. Findando esse estudo com a percepção de que o quadro é complexo, mas que o caminho está posto. A cidadania restrita e circunscrita às fronteiras dos Estados, tende a se asfixiar, tende a regressões antidemocráticas se um solo exterior não for semeado. A ética dos direitos humanos exige um solo nutrido por relações políticas democráticas, a cidadania supraestatal aponta o caminho para essa semeadura.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo- Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer- 10 ed.- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- _____. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo.- São Paulo: Companhia das letras, 1989.
- BAGGIO, Antônio Maria. **O Princípio esquecido**. A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Antônio Maria Baggio, (organizador); [Traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida]- Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.
- BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março, abril, maio de 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>
- _____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência internacional. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BILLIER, Jean-Cassien. **História da Filosofia do Direito**. Trad. Maurício de Andrade- Barueri, SP: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Trad. Sérgio Bath, 4ª ed. Brasília, Ed. da Universidade de Brasília, 1985.
- _____. **Locke e o direito natural**; Tradução de Sérgio Bath. – Brasília; Ed. Universidade de Brasília, 1997.
- _____. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira- Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Mora. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho- Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho- São Paulo: Editora brasiliense, 1986.
- _____. **Do fascismo à democracia: os regimes, as ideologias, os personagens e as culturas políticas**. Tradução Daniela Versiani.- Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

_____. **O futuro da democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira- São Paulo: paz e terra, 2000.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional.** 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução em França.** Trad. Renato de Assunção Faria; D. F de Souza Pinto; e Carmen Moura- 2. ed.- Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982.

CANFORA, Luciano. **O mundo de Atenas.** Trad. Federico Carotti.- 1. ed.- São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo.** Trad. Ricardo Rodrigues Gama- 1 ed., 2ª tiragem Campinas: Russel Editores, 2009.

_____. **As misérias do processo penal.** Tradução da versão espanhola do italiano por Carlos Eduardo Trevellin Millan- 2. tiragem- São Paulo: Editora Pillares, 2009.

COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis.** 2, ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno-** São Paulo: companhia das letras, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** Trad. Pietro Nasseti. São Paulo-SP: Martin Claret, 2002.

CULLETON, Alfredo et al. (Org.) **Direitos Humanos e integração Latino-americana.** Porto Alegre, Entrementes Editorial, 2011.

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis.** Para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. Ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DE PÁDUA, Marsílio. **O defensor da paz.** Tradução e notas José Antônio Camargo Rodrigues de Souza; introdução José Antônio Camargo Rodrigues de Souza, Francisco Bertelloni e Gregório Piaia- Pretópolis, RJ: Vozes, 1995.

DI STEFANI, Paolo. **Il Diritto Internazionale dei Diritti Umani: Il diritto Internazionale nella cominità mondiale.** Milano: CEDAM, 1994.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão.** Trad. Georges Maissiat- São Paulo: Paulus, 1995.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais.** Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; Franco, Fernanda Cristina Oliveira; Peterke, Sven. **Direitos Humanos de Solidariedade: avanços e impasses.** Curitiba: Appris, 2013.

FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra. Zenaide, Maria de Nazaré Tavares. Pequeno, Marconi. **Direitos Humanos na Educação Superior:** Subsídios para a Educação em Direitos Humanos na Filosofia. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2010.

FERRY, Luc. **Kant: uma leitura das três críticas.** Trad. Karina Jannini- Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **As palavra e as coisas:** uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Microfísica do poder.** Organização e tradução de Roberto Machado- Rio de Janeiro: edições Graal, 1979.

_____. **Estratégia, poder-saber.** Orgsnização e seleção de textos, Manoel Barros de Motta; trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro.- 2.ed.- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina.** Trad. Galeno de Freitas- Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

GODOY, Rosa Maria et al. **Educação em Direitos Humanos:** fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

GOMES, Luiz Flávio e Piovesan, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica.** Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; revisão da tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar- São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **O ocidente dividido.** Trad. Luciana Villas Bôas- Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2006.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. **O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.** São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo: Fapesp, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo.** Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris 1991.

HUNEEUS, Alexandra. **Courts resisting Courts:** Lesson from the Inter-American Court's Struggle

to Enforce Human Rights. Cornell International Law Journal, Vol. 44, N. 3, 2011.

JINESTA, Ernesto. **Control de Convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales**. En el control difuso de convencionalidad. Coord. Ferrer Mac-Gregor. Mexico: Fundap, 2012.

KANT, Immanuel. **Sobre la paz perpetua**. 7. ed. Trad. Joaquín Abellán. Madrid: tecnos, 2005.

_____. **Fundamentacion de la metafisica de las costumbres**. 3. reimpr. Trad. Roberto Arrollo. Madrid: Alianza, 2008.

_____. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita/ Immanuel Kant**; organização Ricardo R. Terra; tradução Rodrigo Neves, Ricardo R. Terra- 3. Ed.- São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

KÄLIN, Walter und Künzli, Jörg. **Universeller Menschenrechtsschutz**. Basel: Helbing e Lichtenhahn, 2005.

KELSEN, Hans. **Compendio de teoria general del Estado**. Trad. Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate. 2. Ed. Mexico: Nacional, 1980.

_____. **A ilusão da justiça**; Tradução Sergio Tellaroli; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. - 4ª ed.- São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**.- São Paulo: Companhia das letras, 1988.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUCE, John Victor. **Curso de filosofia grega: do sec. VI a. C. ao sec. III d. C.** Tradução Mário da Gama Kury- Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Antonio D'Elia- São Paulo: Círculo do Livro S. A., 1987.

MALISKA, Marcos Augusto. **A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional: Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo**. http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf

MARX, Karl. **A questão judaica**. Trad. Wladimir Gomide. Primeira Ed.- Rio de Janeiro: Ed. Achiamé, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7 ed. rev. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Prefácio de M.

Franchini Netto à 1.ed. -12ª ed. rev.- Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MILL, John Stuart. **American State Papers/The Federalist**. The University of Chicago, by Encyclopedia Britannica, 1952.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves.- Campinas: Bookseller, 2002.

_____. **Garra, mão e dedo**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NEUMAN, Gerald L. **Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Right**. The European Journal of International Law vol. 19, n.1, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. Trad. A. A. Rocha. Ediouro, Rio de Janeiro, 1994.

OLIVEIRA, Luciano. **10 lições sobre Hannah Arendt**. Petrópolis, RJ: vozes, 2012.

PAPISCA, Antonio e Mascia, Marco. **Le Relazioni Internazionali nell'era dell'interdipendenza e dei Diritti Umani**. 1. Ed.- Padova: CEDAM, 1991.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da Argumentação**. São Paulo, ed. Martins Fontes, 1996.

PINTO FERREIRA, Luiz. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: José Confino, 1957, 2 vols.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**- 2 ed. Revista, ampliada e atualizada- São Paulo: Saraiva, 2011.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Paternot; seleção, apresentação e glossário Catherine Audard. – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Trad. Claudia Berliner, revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma teoria da justiça**. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

REALE, Giovanni. **Introdução a Aristóteles**; trad. Eliana Aguiar- Rio de Janeiro: contraponto, 2012.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**- 11. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

RUFINO, Antônio. Filosofia da libertação e marxismo. In **Ética e cidadania**. Org. Cecília Pinto Pires.- Porto Alegre: Dacasa: Palmarica, 1999.

SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. **Verba Juris** ano 7, n.7, jan/dez de 2008.

_____. La compleja noción de solidaridad como valor y como derecho. La conducta de Brasil en relación a ciertos Estados menos favorecidos. In: LOSANO, Mario G. (Ed.). **Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis**. Madrid: Dykinson, 2011. p. 97-122 (Cuadernos “Bartolomé de las Casas, 50).

_____. Cidadania e nacionalidade: institutos jurídicos de Direito interno e de Direito Internacional. **Verba Juris**: Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, ano 8, n. 8, p. 41-64, jan./dez. 2009.

_____. A condição da pessoa humana no Projeto de Código de Direito Internacional Público de Epitácio Pessoa. In: **Epitácio Pessoa e a codificação do direito internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013. p. 133-155.

_____. A Doutrina Bush das guerras preventivas e o Sistema das Nações Unidas. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos (Orgs.). Reflexões sobre os 60 anos da ONU. Ijuí: Unijuí, 2005.

_____. O projeto jurídico de cidadania universal: reflexões à luz do direito de liberdade. **Anuário hispano-luso-americano de derecho internacional**. Madrid, vol. 20, p. 103-126, ene./dic. 2011.

_____. O uso da força nas relações internacionais: da Paz Perpétua ao Terceiro Ausente. In: TOSI, Giuseppe (Org.). **Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz**. João Pessoa: Ed. Universitária da UFPB, 2013.

_____. O Federalista e a Constituição dos Estados Unidos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 82, p. 133-158, jan./1996.

STEIN, Stanley J. e STEIN, Bárbara H. **A herança colonial da América Latina**. Ensaio de dependência econômica. 3. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977. Trad. José Fernandes Dias.

TOSI, Giuseppe. Raízes teológicas dos direitos subjetivos modernos: conceito de dominium no debate sobre a questão indígena no sec. XVI. **Prima Facie**, revista eletrônica do programa de pós-graduação em ciências jurídicas da UFPB, ano 4, nº6- jan/jun de 2005, pp. 42/56.

_____. **Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz/** Giuseppe Tosi (org)- v.1 e 2- João Pessoa: editora da UFPB.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Os Tribunais internacionais contemporâneos**- Brasília: FUNAG, 2013.

_____. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana.** Antônio Augusto Cançado Trindade, Gérard Peytrignet y Jaime Ruiz de Santiago- San José, C. R. : Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Comité Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

_____. **Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional** / Antônio Augusto Cançado Trindade; Alfredo Martínez Moreno - San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003

_____. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI/** Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por Antônio Augusto Cançado Trindade - 2 ed. - San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

WILSON, Edmund. **Rumo à Estação Finlândia.** Tradução: Paulo Henriques Britto.- São Paulo: Circulo do Livro, 1989.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos.** Tradução: Maria Ermantina de A. P. Galvão. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. La historia de los derechos humanos en América Latina. in: OLGUÍN, Leticia (Coord.) **Educacion y Derechos Humanos.** Una discusión interdisciplinaria. Buenos Aires: IIDH, 1989.

ZOLO, Danilo. **Rumo ao Ocaso Global?** Os Direitos Humanos, o medo e a guerra. Trad. e org.: Giuseppe Tosi e Maria Luiza Pereira de Alencar Feitosa.- São Paulo, GC Produção Editorial LTDA, 2011.