

CADERNOS ESTRATÉGICOS

ANÁLISE ESTRATÉGICA DOS JULGADOS
DA CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS

REALIZAÇÃO



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COORDENAÇÃO GERAL DE
PROGRAMAS INSTITUCIONAIS



APOIO



Fesudeperj
Faculdade Superior da Defensoria
Pública do Estado do Rio de Janeiro

CADERNOS ESTRATÉGICOS

**ANÁLISE ESTRATÉGICA DOS JULGADOS
DA CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS**

CADERNOS ESTRATÉGICOS

ANÁLISE ESTRATÉGICA DOS JULGADOS
DA CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro - DPGE
Rio de Janeiro
2018

REALIZAÇÃO



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COORDENAÇÃO GERAL DE
PROGRAMAS INSTITUCIONAIS

CEJUR
Centro de Estudos Jurídicos
Defensoria Pública - RJ

APOIO



Fesudeperj
Fundação Escola Superior da Defensoria
Pública do Estado do Rio de Janeiro

REALIZAÇÃO**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO****COORDENAÇÃO GERAL DE
PROGRAMAS INSTITUCIONAIS****APOIO**Fesudeperj
Fundação Escola Superior do Defensor
Público do Estado do Rio de Janeiro**DEFENSOR PÚBLICO-GERAL
DO ESTADO**

André Luís Machado de Castro

**1º SUBDEFENSOR PÚBLICO-
GERAL DO ESTADO**

Denis de Oliveira Praça

**2º SUBDEFENSOR PÚBLICO-
GERAL DO ESTADO**

Rodrigo Baptista Pacheco

CHEFE DE GABINETE

Paloma Araújo Lamego

**DIRETOR GERAL DO CENTRO DE
ESTUDOS JURÍDICOS - CEJUR**

José Augusto Garcia de Sousa

**DIRETORA DE CAPACITAÇÃO DO
CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS
- CEJUR**

Adriana Silva de Britto

**COORDENADORA-GERAL DE
PROGRAMAS INSTITUCIONAIS**

Daniella Capelletti Vitagliano

**GRUPO DE TRABALHO ANÁLISE
ESTRATÉGICA DE JULGADOS DA
CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS****Coordenação**Ana Paula Sciamarella
(Coordenadora Pedagógica)Daniella Capelletti Vitagliano
(Coordenadora Geral)**Colaboradores**Ana Carolina Graça Franco
Aléxia Kílaris
Luis Alves de Lima Neto
Thainá Mamede Couto da Cruz**Integrantes**Ana Beatriz Dias
Beatriz Carvalho de Araujo Cunha
Bruna Faro Martins
Carla Vianna Lima
Cintia Regina Guedes
Daniel Lozoya Constant Lopes
Daniella Capelletti Vitagliano
Denis Sampaio
Elisa Costa Cruz
Emanuel Queiroz RangelFabrício Rébora
Fábio Amado
Guilherme Couto dos Santos
Isabel Silva Izidoro da Fonseca
Juliana da Silva Batista
Lívia Albuquerque França
Lívia Miranda M. Drumond Casseres
Luciene Torres Pereira
Malu Stanchi
Maria de Fátima A. Marques Dourado
Mariana Castro de Matos
Marina Wanderley Vilar de Carvalho
Michele de Menezes Leite
Nathalia Azevedo do Nascimento
Nina Barrouin
Pedro González
Pedro Paulo Lourival Carriello
Renata Tavares da Costa
Ricardo André de Souza
Roberta Fraenkel
Tatiana Pessôa S. S. Lardosa
Tiago Abud da Fonseca**PROJETO GRÁFICO**

Rafael Veiga

REVISÃO

Anna Cristina Araújo

© 2018 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial desta publicação sem o prévio
consentimento, por escrito, da Defensoria Pública.

Catalogação na Publicação (CIP)

Biblioteca Defensor Público Mário José Bagueira Leal

R585c Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública Geral.
 Cadernos estratégicos: análise estratégica dos julgados da Corte
 Interamericana de Direitos Humanos / Defensoria Pública do Estado do
 Rio de Janeiro, Coordenação Geral de Programas Institucionais, Centro de
 Estudos Jurídicos - CEJUR. - Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado
 do Rio de Janeiro, 2018. 330 p. - ISBN 978-85-93902-17-8
 1. Corte Interamericana. 2. Direitos Humanos. I. Cadernos estratégicos:
 análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos
 Humanos. II. Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública Geral. Centro
 de Estudos Jurídicos. III. Rio de Janeiro (Estado). Coordenação Geral de
 Programas Institucionais.

CDDir. 341.12191

APRESENTAÇÃO

Em 3 de maio de 2018, foi publicada a Resolução nº 927, que criou o GRUPO DE TRABALHO SOBRE ANÁLISE ESTRATÉGICA DE JULGADOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, com o objetivo de selecionar e discutir casos emblemáticos da Corte Interamericana com vistas à elaboração e ao enriquecimento de teses e artigos que se coadunem com as ações estratégicas empreendidas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

A Resolução nº 927/2018 consubstanciou o lançamento do grupo de trabalho (GT) ocorrido em 6 de abril, na sede da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a partir de quando mais de trinta defensoras e defensores públicos, bem como estagiárias e estagiários interessados, passaram a se reunir em subgrupos, analisando os julgados da Corte Interamericana com foco no desenvolvimento de estratégicas para prevenir ou combater violações a direitos humanos.

A coordenação do GT ficou a cargo da Coordenadoria Geral de Programas Institucionais, por sua própria iniciativa e atribuição, disciplinada na Resolução nº 824, de 3 de maio de 2016, cabendo ao Centro de Estudos Jurídicos o apoio às atividades desenvolvidas pelos grupos, em especial quanto à disponibilização de estudantes bolsistas e à publicação dos resultados dos trabalhos.

Após seis meses de intenso trabalho e com a fundamental contribuição da coordenadora pedagógica e de estudantes bolsistas, foi possível organizar esta publicação.

Pretende-se que este *Primeiro Caderno Estratégico* seja um marco na atuação estratégica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, estimulando a utilização de parâmetros internacionais de direitos humanos e a busca de teses inovadoras que garantam mais e melhor acesso à Justiça para todas as pessoas que necessitam de nossa atuação institucional.

ANDRÉ LUIS MACHADO DE CASTRO

Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro

DANIELLA VITAGLIANO

Coordenadora Geral de Programas Institucionais

ANA PAULA SCIAMARELLA

Diretora de Capacitação do Centro de Estudos Jurídicos

PREFÁCIO

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em seus 64 anos de existência, trilhou um árduo caminho até chegar à instituição que é hoje, atuando em diversas frentes em prol das pessoas em situação de vulnerabilidade. Dos seis cargos de defensor público criados em 1954, ainda no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça, até os dias de hoje – quando já goza da tão almejada autonomia e superou o número de 800 defensores na ativa –, a estrutura e o *modus operandi* institucionais sofreram profundas transformações. Isso se fez necessário em razão da evolução do próprio conceito de acesso à Justiça. Previsto como direito fundamental no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, a discussão sobre esse direito ganha novos contornos em tempos de intolerância e retrocessos, havendo que se cuidar da efetividade dos instrumentos que asseguram tal direito, pois, na sua ausência, não se pode falar em real acesso à Justiça. A partir das ondas de Cappelletti e Garth, da tutela individual ao microssistema processual de tutela coletiva, diante da constatação da falência do processo civil clássico para a tutela dos direitos de massa, buscam-se formas mais modernas e cidadãs de solução de controvérsias, o que desafia a inventividade do operador do direito.

Com uma população de mais de 200 milhões de pessoas em um país de dimensões continentais, 5.900 defensoras e defensores públicos do Brasil são responsáveis pelo atendimento de toda a população que não tem condições de custear um advogado particular. Segundo a Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (Anadep), há um déficit de 6.000 defensores,^[1] não sendo necessárias maiores elucubrações para que se chegue à conclusão de que o acesso à Justiça no Brasil está longe de ser pleno. Apesar da Emenda Constitucional nº 80/94,^[2] promulgada para que o número de tais profissionais no país seja proporcional à demanda pelo serviço e à população abrangida num prazo de oito anos, estamos muito longe de alcançar o ideal da plena efetividade do direito acima mencionado.

¹ Disponível em: <<https://noticias.r7.com/sao-paulo/brasil-tem-deficit-de-seis-mil-defensores-publicos-diz-estudo-15062018>>. Acesso em: 10 set. 2018.

² PEC nº 247 de 2013, de autoria dos deputados federais André Moura, Alessandro Molon e Mauro Benevides, promulgada em 4 de junho de 2014 como EC 80, que prevê defensores públicos em todas as comarcas do país num prazo de oito anos (ou seja, até 2022).

Há que se trilhar, então, caminhos alternativos, preocupação que despontou na Defensoria Pública do Rio de Janeiro especialmente nos últimos quatro anos, quando o conceito de atuação estratégica começou a ser trabalhado. Dos seis defensores públicos pioneiros em 1954 até a instituição do século XXI, a descoberta e a utilização de ferramentas que expandiram o potencial do trabalho dos defensores públicos foram imprescindíveis para a nova feição que hoje tem. A Defensoria das demandas individuais galgou muitos degraus até ser a Defensoria da tutela coletiva, da mediação e da solução extrajudicial de conflitos, das aparições na mídia, da educação em direitos, das pesquisas institucionais, do *advocacy* e da litigância nas cortes internacionais.

A análise estratégica do melhor caminho a ser trilhado para a resolução de uma demanda passa pelo estudo não só das alternativas políticas – como o trabalho desenvolvido por meio da ferramenta de *advocacy*, fundamental para o convencimento de atores (no Legislativo, no Executivo ou no Judiciário) que tenham o poder de alterar estruturas que não nos interessam. Passa, também, pelas vias tradicionais, com o uso da legislação nacional e internacional, com o uso da litigância no Judiciário e nos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos. Mas não só pela legislação doméstica, pois, como preceitua o art. 5º, § 2º, da Constituição da República, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil têm aplicabilidade em nosso território. Há resistência, no entanto, à adoção plena do dispositivo em comento. Exemplo retumbante é a previsão das audiências de custódia no Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil no já longínquo ano de 1992 – contudo, só passaram a ser realizadas em território nacional a partir de 2015 em razão de um conjunto de fatores que foram aproveitados para a implementação de um procedimento intensamente desejado para pôr fim às arbitrariedades que grassavam nos processos em andamento nas varas criminais país afora.

Por tudo isso, a organização do Grupo de Trabalho sobre Análise Estratégica de Julgados da Corte Interamericana buscou – em reuniões, grupos de estudos, leitura de documentos internacionais, recuperação ou elaboração de peças processuais – incentivar o uso desses mecanismos no cotidiano de trabalho dos defensores(as). Esta publicação é fruto do trabalho desse grupo, com vistas a aproximar e ampliar o uso de mecanismos de proteção por todas as pessoas que integram a instituição, a partir da sistematização de artigos, peças e teses sobre excertos que tenham relação com nossa prática cotidiana, desenvolvendo novos caminhos para a consecução dos objetivos almejados por cada defensor e cada defensora na proteção dos interesses dos usuários da instituição – e, nessa linha de raciocínio, novas e eficazes estratégias para a sua plena efetivação. Foram, então, formados quatro subgrupos nas áreas de Defesa Criminal, Não Discriminação, Garantias Judiciais e Acesso à Justiça e Tortura, os quais produziram artigos, teses e petições pautados no estudo de diversos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O estudo dos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil é de extrema importância para a consolidação do “ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria”,^[3] aplicando-se a interpretação *pro homine* na tutela dos direitos humanos com o fim de vedar o retrocesso e combinar as ferramentas da atuação estratégica para a máxima efetividade das teses desenvolvidas para garantir o acesso à Justiça de seus assistidos. Conhecendo os dispositivos convencionais e o resultado dos julgamentos perante as cortes internacionais, as experiências positivas no campo dos direitos humanos podem – e devem – ser transpostos para a atuação diária com o propósito de estimular outros agentes do sistema de Justiça com os quais lidamos diariamente – muitos dos quais, infelizmente, estão ferrenhamente apegados a fórmulas ocas, não só de conteúdo, mas de empatia e humanidade.

DANIELLA CAPELLETI VITAGLIANO

Coordenadora Geral do GT e Coordenadora Geral de Programas Institucionais

ANA PAULA SCIAMARELLA

Coordenadora Pedagógica do GT e Professora da UNIRIO

³ Preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO

SEÇÃO 1 - ACESSO À JUSTIÇA E GARANTIAS JUDICIAIS	17
Os direitos das vítimas ao acesso à Justiça, às garantias processuais e à reparação integral à luz do direito internacional dos direitos humanos e da jurisprudência interamericana	18
<i>Daniel Lozoya Constant Lopes, Fábio Amado, Pedro González e Fabián Rébora</i>	
Controle de Convencionalidade: Da compatibilidade do direito doméstico com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos	40
<i>Ana Beatriz Dias</i>	
O conteúdo do direito de acesso à Justiça e do princípio do devido processo legal na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	51
<i>Cíntia Regina Guedes</i>	
A vulnerabilidade de crianças na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: análise de casos e de formas de incorporação no direito brasileiro	68
<i>Elisa Costa Cruz</i>	
A duração razoável do processo como garantia de acesso à Justiça sob a ótica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	86
<i>Luciene Torres Pereira e Maria de Fátima Abreu Marques Dourado</i>	
SEÇÃO 2 - NÃO DISCRIMINAÇÃO	113
Laqueadura de trompas: uma abordagem de direitos humanos	114
<i>Beatriz Carvalho de Araujo Cunha, Marina Wanderley Vilar de Carvalho e Tatiana Pessôa da Silveira Santos Lardosa</i>	
Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador: Estigmatização e permeabilidade do conceito de deficiência	136
<i>Beatriz Carvalho de Araujo Cunha</i>	
Enfrentamento do racismo institucional nas práticas das forças de segurança: Filtragem racial como motivação inconstitucional e inconvencional para configuração da fundada suspeita	161
<i>Lívia Miranda Müller Drumond Casseres</i>	
SEÇÃO 3 - DEFESA CRIMINAL	175
Não passarão! Observações sobre a opção política consagrada na Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em cotejo com julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos	176
<i>Carla Viana Lima e Lívia França</i>	
Ideias para a implementação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos processos do tribunal do juri: a experiência da comarca de Duque de Caxias/RJ	198
<i>Renata Tavares da Costa, Bruna Faro Martins, Juliana da Silva Batista, Nathalia Azevedo do Nascimento e Guilherme Couto dos Santos</i>	
A investigação defensiva no tribunal do júri da comarca de Duque de Caxias	219
<i>Renata Tavares da Costa, Bruna Faro Martins, Juliana da Silva Batista, Nathalia Azevedo do Nascimento e Guilherme Couto dos Santos</i>	
Audiência de custódia por videoconferência: incompatibilidade à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos	226
<i>Daniella Vitagliano e Ricardo André de Souza</i>	



SEÇÃO 4 - TORTURA

247

Importância da audiência de custódia na obrigação do Estado de investigar os relatos de tortura por agentes policiais nas prisões em flagrante	248
<i>Michele de Menezes Leite</i>	
O dever de investigar práticas de tortura: considerações gerais sobre diretrizes consolidadas na Corte Interamericana de Direitos Humanos	256
<i>Roberta Fraenkel, Malu Stanchi e Nina Barrouin</i>	

SEÇÃO 5 - PEÇAS PROCESSUAIS

271

Habeas Corpus questionando a prisão por prova obtida mediante tortura	272
<i>Renata Tavares da Costa, Bruna Faro Martins, Juliana da Silva Batista, Nathalia Azevedo do Nascimento e Guilherme Couto dos Santos</i>	
O (Des) valor probatório da confissão obtida mediante tortura	279
<i>Mariana Castro de Matos</i>	
Habeas Corpus questionando a prisão na hipótese de relato de tortura/maus tratos pelo custodiado	293
<i>Michele de Menezes Leite</i>	
Petição de relaxamento e revogação da prisão quando há informe de tortura pelo custodiado por ocasião da prisão em flagrante	301
<i>Michele de Menezes Leite</i>	
Habeas Corpus sobre a Exigência desproporcional da comprovação de residência para acesso a atos – Liberdade das pessoas em situação de rua	312
<i>Isabel Silva Izidoro da Fonseca e Mariana Castro de Matos</i>	
Habeas Corpus sobre a garantia do duplo grau de jurisdição no Tribunal do Júri - Análise de prova - Recurso somente admissível quando manejado pela defesa - Efetividade da Convenção Americana de Direitos Humanos	321
<i>Emanuel Queiroz Rangel, Ricardo André de Souza, Tiago Abud da Fonseca, Pedro Paulo Lourival Carriello e Denis Sampaio</i>	

SEÇÃO 01

ACESSO À JUSTIÇA E GARANTIAS JUDICIAIS

OS DIREITOS DAS VÍTIMAS AO ACESSO À JUSTIÇA, ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS E À REPARAÇÃO INTEGRAL À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E DA JURISPRUDÊNCIA INTERAMERICANA

Daniel Lozoya Constant Lopes⁴⁾

Fábio Amado⁵⁾

Pedro González⁶⁾

Fabián Rébora⁷⁾

INTRODUÇÃO

No campo da responsabilidade civil, a dogmática jurídica ortodoxa tem apresentado tímidos avanços no Brasil, nas últimas décadas. A despeito de avanços teóricos no sentido da constitucionalização e despatrimonialização, os tribunais, de ordinário, exaram e reproduzem decisões cujo conteúdo não contempla medidas necessárias a promover, respeitar, proteger e garantir o exercício efetivo dos direitos das vítimas e seus familiares.

Enquanto isso, no recente julgado do Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) consignou o entendimento de que as vítimas e seus familiares, no processo penal brasileiro, não têm acesso a uma verdadeira participação, ficando constrangidas a uma

⁴⁾ Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, atualmente no Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDEDH). Especialização em Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (Curso da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, American University, Washington Collage of Law, el Centro por los Derechos Humanos y la Justicia Bernard y Audre Rapoport de la Universidad de Texas, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Robert F. Kennedy Human Rights) e Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos (IPPDH do Mercosul). E-mail: daniellozoya10@gmail.com

⁵⁾ Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Internacional pela UERJ. Coordenador do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos. E-mail: amadobarretto@gmail.com

⁶⁾ Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Bacharel em Direito e Especialista em Direito Civil-Constitucional pela UERJ. Professor da Universidade Estácio de Sá. E-mail: pedropgpe23@gmail.com

⁷⁾ Graduando em Direito pela UFRJ e estagiário do Núcleo de Defesa Dos Direitos Humanos. E-mail: fabianmrebora@gmail.com

atuação meramente coadjuvante.^[8] O papel reservado às vítimas e seus familiares no processo judicial brasileiro permanece residual, secundário e de pouca relevância.

Mudanças estruturais revelam-se fundamentais para garantir às vítimas o acesso à Justiça e a participação em todas as etapas do processo, permitindo-lhes a busca de justa reparação. O direito internacional dos direitos humanos é manancial seguro para esse desenvolvimento qualitativo e emancipatório.

Este texto pretende trazer, de forma sucinta, contribuições para que, em consonância com o delineamento traçado em conjunto com a Coordenação de Programas Institucionais, os defensores públicos possam aprimorar sua atuação em favor das vítimas, expandindo sua compreensão sobre seus direitos, em especial, com foco nas medidas de acesso à Justiça, garantias processuais e reparação integral.

Para ultimar essa proposta, os conceitos internacionais de vítimas e danos serão expostos de princípio. Em seguida, linhas sobre a *restitutio in integrum* serãoclareadas a fim de permitir uma leitura crítica acerca da reparação do dano no processo judicial brasileiro. Finalmente, serão delineados estândares interamericanos sobre acesso à Justiça e garantias processuais às vítimas de violações de direitos humanos.

A complexa e interessante jurisprudência da Corte IDH será indicada paralelamente à apresentação dos desdobramentos teóricos, com a citação de casos em que foram aplicados concretamente.^[9]

1. DIREITO DAS VÍTIMAS À REPARAÇÃO INTEGRAL

Não há uniformidade quanto ao conceito de vítima, quer no âmbito doméstico, quer no internacional, máxime quando se tem em linha de vista as responsabilidades civil, criminal e administrativa.

A *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 29 de novembro de 1985, define vítima como a pessoa

⁸ CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C, nº 333, § 238.

⁹ Alguns casos julgados pela Corte IDH, em especial os que envolvem o Estado brasileiro, serão indicados para consulta e maior aprofundamento do leitor, porém a relação apresentada não é exaustiva diante dos limites e objeto desse texto.

que, individual ou coletivamente, tenha sofrido prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, sofrimento de ordem moral, perda material ou grave atentado aos seus direitos fundamentais como resultado de atos ou omissões que violem leis em vigor nos Estados-membros, abrangendo familiares próximos ou dependentes da vítima direta e pessoas que tenham sofrido dano ao intervir para prestar assistência a vítimas em perigo ou para impedir a vitimização.^[10]

Os Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário, adotados pela ONU em 16 de dezembro de 2005, conceituam, a seu turno, vítimas como pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, nomeadamente físico ou mental, sofrimento emocional, prejuízo econômico ou atentado importante aos seus direitos fundamentais, como resultado de atos ou omissões que constituam violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos, ou violações graves do direito internacional humanitário.^[11]

A Corte IDH define vítima como toda parte lesionada, ou seja, o termo compreende todas as pessoas que de alguma forma foram afetadas e sofreram consequências de determinada ação.

Além das vítimas diretas, outras pessoas assumem o papel de beneficiários de reparações e podem ser classificadas em três modalidades:

- Sucessores: têm direito a reparações quando seus familiares desaparecem ou morrem;
- Beneficiários – reparação da afetação indireta de violações a vítimas diretas:^[12] recebem reparações sem serem declarados vítimas diretamente, como parentes, em razão de danos psíquicos decorrentes do desaparecimento de seu familiar;

¹⁰ ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. Resolução nº 40/34, de 29 de novembro de 1985.

¹¹ ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. Resolução nº 60/147, de 16 de dezembro de 2005.

¹² CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Mérito, reparações e custas. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, nº 149, §§ 156, 232 e 236; CORTE IDH. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 20 de novembro de 2014, Série C, nº 289, § 296; CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, §§ 79, 107, 127, 173 e 235; Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. §§ 36, 238, 240 e 269.

- Parte indireta lesionada por direito próprio:^[13] pessoa que, devido à proximidade com aqueles que foram alvo da violação, é afetada por sofrimentos adicionais. Exemplificativamente, citam-se os impedidos de sepultar seus parentes segundo suas crenças e os que suportaram a morosidade processual ou encararam obstáculos atrozes para a realização de uma investigação eficaz.

As vítimas potenciais são as pessoas cuja vida, integridade física ou direitos diversos periclitem, seja por prestar assistência à vítima, seja por impedir ou deter a violação.

Decerto, a compreensão da extensão do dano, seguindo os padrões internacionais, também revela percepção mais dilatada e mais elaborada que a construção jurisprudencial e doutrinária convencional no direito brasileiro. A ideia de que o dano divide-se em moral, material e estético é paupérrima diante da construção jurisprudencial da Corte IDH. De modo conciso e para maior compreensão dessa refinada arquitetura do Sistema Interamericano, é possível dividir os danos em: materiais (danos emergentes, lucros cessantes e danos ao patrimônio familiar) e imateriais (esfera moral, psicológica, física e projeto de vida).

- Dano material^[14] – implica perda ou prejuízo da renda das vítimas, despesas incorridas em consequência dos fatos e demais consequências pecuniárias com relação de causalidade: (i) dano emergente: equivale aos gastos diretos e imediatos; (ii) lucro cessante e perda de renda: dizem respeito ao rendimento que a pessoa receberia; (iii) dano ao patrimônio familiar: aponta as despesas econômicas incorridas pelas vítimas e seus familiares, por exemplo, com mudança de domicílio, obtenção de novo emprego e reinserção social.
- Dano imaterial^[15] – A Corte estabeleceu que é o não pecuniário e inclui sofrimento e aflições causados às vítimas, com prejuízo de valores que lhes são muito significativos, e alterações de caráter não monetário nas condições

¹³ CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Op. cit. § 235; CORTE IDH. Caso Escher e outros vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C, nº 200, § 223; CORTE IDH. Caso Espinoza González vs. Perú. Op. cit. § 296; CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Op. cit. §§ 107, 173, 235, 238 e 251; CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. §§ 103 e 238.

¹⁴ CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Op. cit. pars. 210 e 220; CORTE IDH. Caso Escher e outros vs. Brasil. Op. cit. § 10; CORTE IDH. Caso Espinoza González vs. Perú. Op. cit. § 16 das disposições finais; CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Op. cit. § 298 e 303; CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. § 348.

¹⁵ CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Op. cit. §§ 210, 227, 236 e 240; CORTE IDH. Caso Escher e outros vs. Brasil. Op. cit. § 7 das disposições finais; CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Op. cit. § 305; CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. §§ 297 e 352.

de sua existência: (i) dano moral e psicológico:^[16] categoria mais genérica que inclui danos à honra, sofrimento e dor que resultam da violação; o psicológico é moldado pela alteração ou modificação patológica do aparelho psíquico como consequência de algum trauma; (ii) dano físico: manifesta-se em qualquer alteração do estado normal do corpo humano, seja por causas físicas, químicas ou biológicas; (iii) dano ao projeto de vida:^[17] não se confunde com lucro cessante ou dano emergente, está relacionado à realização pessoal e é baseado nas opções que o sujeito pode ter para prosseguir com sua vida e alcançar o destino a que se propõe no exercício de seu livre-arbítrio. O dano ao projeto de vida ocorre com a interferência no destino da pessoa, frustrando ou adiando sua realização pessoal. Essa espécie de dano, apesar de sua extrema relevância, é tema ainda pouco explorado pelos juristas pátrios.

A par dos danos individuais, evidentemente, algumas violações provocam danos de índole coletiva e social, merecendo destaque na jurisprudência internacional o seu reconhecimento nos casos de massacres de povos indígenas ou tribais.

Ultrapassada a definição de vítima e de dano, cumpre caminhar para a substancial contribuição da Corte IDH na temática da responsabilização. A *restitutio in integrum* pressupõe as seguintes características: completude, adequação, potencial transformador e efetividade. Seus limites, definitivamente, não se cingem à mera indenização pecuniária, medida tradicional, reducionista, pouco abrangente e insatisfatória para a vítima e para a sociedade.

De acordo com a Corte IDH, as medidas de reparação integral^[18] são remédios mais humanos, direcionados aos valores e princípios das vítimas e a como o dano afetou as esferas da sua vida. Com essa perspectiva, as medidas classificam-se em: (i) restituição; (ii) reabilitação; (iii) satisfação; (iv) garantias de não repetição; (v) obrigação de investigar os fatos, determinar os perpetradores e, se for caso, punir; e (vi) indenização.

Mencione-se, ainda, que a normativa internacional em matéria de direitos humanos da qual o Estado brasileiro é aderente, especificamente aquela voltada

¹⁶ CORTE IDH. Caso Espinoza González vs. Perú. Op. cit. §§ 187, 314 e 331; CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Op. cit. §§ 239, 240 e 241; CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. §§ 249, 250, 269 e 270.

¹⁷ CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. § 272; CORTE IDH. Caso Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C, nº 112, § 176; CORTE IDH. Caso Loyaza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C, nº 42, §§ 144 a 154.

¹⁸ CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Op. cit. § 81; CORTE IDH. Caso Espinoza González vs. Perú. Op. cit. § 300; CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. §§ 283 e 352.

para a proteção do direito das vítimas, se mostra amplamente compatível com as classificações adotadas pela Corte IDH. Os Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário, aprovados pela Resolução nº 60/147 da Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 2016, consagram cinco modalidades, complementares entre si, de remédios jurídicos correspondentes ao dever reparatório: restituição (princípio 19), compensação (princípio 20), reabilitação (princípio 21), satisfação (princípio 22) e garantias de não repetição (princípio 23).

A fim de elucidar os pormenores dessas medidas, citam-se algumas de suas concretizações colhidas das decisões adotadas pela Corte IDH:

- Restituição^[19] – pretende devolver a vítima, sempre que possível, à situação anterior à violação, figurando como modalidades: (i) restabelecimento da liberdade; (ii) restituição de bens e valores; (iii) reincorporação da vítima a seu cargo e pagamento dos salários não pagos; (iv) adoção de medidas necessárias para a eliminação de ofício de antecedentes penais; (v) recuperação da identidade e restituição do vínculo familiar; (vi) devolução de terras tradicionais aos membros das comunidades indígenas; e (vii) extração segura de explosivos enterrados em território indígena e reflorestamento das áreas afetadas.
- Indenização compensatória^[20] – conceito ordinário e amplamente aceito no âmbito interno que engloba todos os prejuízos, sofrimentos e perdas economicamente passíveis de avaliação, como: (i) dano físico ou mental; (ii) perda de oportunidades, incluindo emprego, educação e benefícios sociais; (iii) danos materiais e perda de rendimentos, incluindo perda de lucros; (iv) dano moral; (v) custos necessários para a assistência jurídica ou de especialistas, remédios e serviços médicos, e serviços psicológicos e sociais.
- Reabilitação (tratamento e assistência médica e psicológica, bem como serviços jurídicos e sociais)^[21] – visa reparar lesões de ordem física, psicológica e moral que podem ser objeto de assistência médica ou psicológica.

¹⁹ CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Op. cit. §§ 209 e 210; Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. § 284.

²⁰ CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Op. cit. § 171; CORTE IDH. Caso Escher e outros vs. Brasil. Op. cit. §§ 223 e 225; CORTE IDH. Caso Espinoza González vs. Perú. Op. cit. §§ 117, 238, 239, 242, 308, 309 e 334; CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. §§ 348 e 353.

²¹ CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Op. cit. §§ 95 e 138; Caso Espinoza González vs. Perú. Op. cit. § 187; CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Op. cit. §§ 267 e 268; CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. §. 296.

De ordinário, impõe ao Estado violador o dever de providenciar, de forma gratuita e imediata, tratamento para as vítimas diretas e indiretas (parentes, cônjuges, amigos), com consentimento prévio e informado, durante o tempo necessário, incluindo medicação gratuita.

- Satisfação^[22] – objetiva reconhecer e restabelecer a dignidade das vítimas, bem como ajudar a reorientar sua vida ou memória. Inclui: (i) providências eficazes para que não continuem as violações; (ii) verificação dos fatos e publicização da verdade sempre que isso não cause maiores danos às vítimas ou testemunhas; (iii) busca de pessoas desaparecidas e assistência na recuperação, identificação e conformidade do sepultamento, com o desejo expresso ou presumido das vítimas ou conforme suas práticas culturais; (vi) publicação ou difusão de sentença; (vi) ato público de reconhecimento de responsabilidade (v.g., pedido público de desculpas); (vii) bolsas de estudos e bolsas comemorativas; (viii) medidas socioeconômicas de reparação coletiva (v.g., reabertura de unidade escolar); e (ix) medidas de comemoração das vítimas, fatos e direitos (v.g., construção de monumentos e nomeação de logradouro, equipamento, bem ou prédio público) – o que, ressalte-se, vem integrando uma prática exitosa do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (NUDEDH), mediante pedidos formulados em ações indenizatórias e acordos de reparação extrajudicial.
- Garantias de não repetição^[23] – almejam impedir que as mesmas violações ocorram novamente. Compreendem a capacitação em matéria de direitos humanos para funcionários públicos e a educação de todos os setores da sociedade sobre direitos humanos, bem como medidas de direito interno (reformas legislativas, atos administrativos e de outra índole). É possível mencionar interessantes exemplos dessas medidas, a saber: (i) acesso público a arquivos do Estado; (ii) garantia de inamovibilidade de juízes; (iii) melhoria das condições do sistema prisional; (iv) criação da garantia constitucional do habeas corpus e fortalecimento do mecanismo de prestação de contas das forças armadas e de segurança, inclusive garantindo que todos os processos civis e militares respeitem padrões internacionais do devido processo, equidade e imparcialidade; (v) proteção dos profissionais da área jurídica,

²² CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Op. cit. § 241; CORTE IDH. Caso Escher e outros vs. Brasil. Op. cit. §§ 239 e 243 e § 8 das disposições finais; Caso Espinoza González vs. Perú. Op. cit. § 318 e § 12 das disposições finais; CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Op. cit. §§ 273, 277 e 279; CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. §§ 297, 300, 305 e 306.

²³ CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Op. cit. §§ 85, 89, 99, 138, 139 e 250; CORTE IDH. Caso Escher e outros vs. Brasil. Op. cit. §§ 194, 247 e 251; Caso Espinoza González vs. Perú. Op. cit. §§ 241, 258, 322, 326, 327, 331 e §§ 11, 14 e 15 das disposições finais; CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Op. cit. § 283; CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. §§ 102, 232, 234, 243, 253, 293, 316, 317, 319, 322, 324 e 329.

de saúde e assistência psicossocial, comunicação e setores conexos, bem como ativistas dos direitos humanos; (vi) promoção de mecanismos de prevenção, monitoramento e resolução de conflitos sociais.

- Obrigações de investigar, de julgar e, em alguns casos, de sancionar^[24] – destinada a garantir o acesso à Justiça para vítimas e parentes. A jurisprudência atual da Corte aponta três tipos de investigações: (i) criminal – determinação, acusação e, conforme o caso, punição; (ii) administrativa ou disciplinar; (iii) determinação do paradeiro da vítima, incluindo localização, identificação e traslado de eventuais restos mortais encontrados.

Cada uma dessas medidas, é forçoso convir, deve ser implementada em favor da vítima, tendo em conta a gravidade e a magnitude da violação, assim como suas circunstâncias e características.

Reconhecer e garantir os direitos das vítimas, em especial, o direito a assistência, proteção, atenção, verdade, justiça e reparação integral, é tarefa inadiável, e o arcabouço edificado pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos facilita sobremodo sua consecução.

Conforme se verá adiante, entretanto, o sistema judicial pátrio não vem sendo efetivo em garantir a adoção de medidas de integral reparação a vítimas de violações de direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente no que toca à superação da nominada patrimonialização da reparação dos danos morais.

2. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA NECESSÁRIA DESPATRIMONIALIZAÇÃO DA REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS NO ÂMBITO NACIONAL

A despeito do caráter interdependente das medidas de reparação supramencionadas, e mesmo que a tutela específica do direito das obrigações perpassasse componentes da esfera extrapatrimonial dos indivíduos, no mais das vezes, à violação desses direitos se confere uma tutela estritamente patrimonial: entrega-se dinheiro à vítima, reduzindo os danos morais a meras cifras monetárias.

²⁴ CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Op. cit. §§ 90, 108, 141, 147, 148, 177, 179, 195, 203, 204, 205, 245 e 248; CORTE IDH. Caso Escher e outros vs. Brasil. Op. cit. §§ 194, 195, 247 e § 9 das disposições finais; Caso Espinoza González vs. Perú. Op. cit. §§ 117 e 256; CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerilha do Araguaia) vs. Brasil. Op. cit. §§ 108, 109, 127, 138, 140, 256, 261 e 263; CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. §§ 37, 163, 165, 176, 177, 178, 180, 181, 182, 185, 186, 188, 189, 190, 195, 206, 207, 208, 214, 216, 237, 240, 241, 254, 255, 256, 257 e 270.

Como resultado, reparações sobre danos aos direitos da personalidade encontram-se presos ao paradigma do “dinheiro como remédio universal” – bem como da consequente “mercantilização” dos danos morais –, o que abre caminho para interpretações segundo as quais a causação de lesões a direitos fundamentais é permitida a todos aqueles que estejam dispostos a pagar o “preço” correspondente. Assim, quem tem patrimônio suficiente poderia causar dano moral à vontade (SCHREIBER, 2013). Vida, honra, imagem, integridade física e psicológica, tudo é transformado em moeda corrente.

Os direitos da personalidade podem ser conceituados como aqueles “atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade” (TEPEDINO, 2008, p. 26), tutelando atributos, bens jurídicos inerentes à condição humana como a vida, a integridade psicofísica, a imagem, o nome, a honra, a privacidade, entre outros. A lesão a quaisquer desses direitos gera o chamado dano moral (LÔBO, 2009; SCHREIBER, 2013, FARIAS; ROSENVALD, 2009).

Os direitos da personalidade são essencialmente pluridisciplinares (LÔBO, 2003), isto é, não pertencem exclusivamente ao campo do direito privado, nem unicamente ao direito público. A pluridisciplinaridade enriquece o estudo da matéria. Gera, todavia, pequenas diferenças quanto ao enfoque e às denominações empregadas para os direitos destinados à proteção da pessoa. No direito internacional, utiliza-se comumente a expressão “direitos humanos”, independentemente do tratamento interno de cada Estado. “Direitos fundamentais” é o termo mais usual no direito constitucional, designando os direitos humanos que se encontram positivados explícita ou implicitamente nas constituições. Por sua vez, a designação “direitos da personalidade” – preferida no direito civil – diz respeito à parcela desses direitos que se refira a atributos essenciais à condição humana e que exige especial proteção no campo das relações entre particulares (SCHREIBER, 2013).

Como já afirmado, a lesão a qualquer dos direitos da personalidade gera danos morais. Não se deve confundir danos morais com dor, sofrimento, vexame ou humilhação, os quais são meras consequências do ato lesivo, e não o direito violado (LÔBO, 2009; SCHREIBER, 2013; FARIAS; ROSENVALD, 2009; CAVALIERI FILHO, 2007; CANTALI, 2009). De fato, a relação entre os dois institutos é tão estreita que há quem afirme que “não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos da personalidade” (LÔBO, 2009, p. 8).^[25]

²⁵ A afirmação, todavia, sofre críticas de Maria Celina Bodin de Moraes (2010). Para uma análise das diversas correntes acerca do conceito de dano moral, cf. MONTEIRO FILHO, 2014.

Ocorre que, como os direitos da personalidade dizem respeito à esfera extrapatriomial do indivíduo, a lesão a esses direitos não é passível de apreciação econômica. Surge, assim, uma grande dificuldade em estabelecer uma justa reparação pelo dano, visto que ele é inestimável. O meio mais comum de reparação, pois, tem sido o arbitramento de uma indenização em dinheiro pelo juiz. Diante da ausência de parâmetros legais claros para a fixação desse valor, a doutrina pátria^[26] busca estabelecer diversos critérios para auxiliar o magistrado a alcançar uma condenação equitativa, o que, muitas vezes, não é obtida na prática. As dificuldades são inúmeras.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 – que elegeu como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza –, a pessoa humana e, pois, os valores existenciais foram alçados ao vértice do ordenamento jurídico brasileiro. A pessoa passou a ser o valor que conforma todos os ramos do direito (MORAES, 2010).

Dante desse quadro, não há dúvida de que proceder a uma releitura do direito civil à luz da Constituição e da Convenção Americana – tal como proposto pela metodologia civil-constitucional^[27] – implica “despatrimonialização” dos seus institutos tradicionais (SCHREIBER, 2013). Fala-se, então, em “repersonalização” do direito civil, de modo que a pessoa é recolocada no núcleo do direito privado, relegando o patrimônio a plano secundário, a papel de coadjuvante (LÔBO, 2009).^[28] A pessoa humana, mais que simples titular de bens, direitos e obrigações, torna-se o centro epistemológico do direito civil, que passa a ter como finalidade a afirmação de sua dignidade (FARIAS; ROSENVALD, 2009). As relações existenciais predominam sobre as patrimoniais (MORAES, 2010). O *ser* prevalece sobre o *ter*.

Não obstante, parcialmente, insiste-se em efetivar a proteção dos direitos da personalidade pela mesma lógica patrimonialista dos direitos de cunho econômico. Isto é, da mesma maneira que a ofensa a um bem material resulta no pagamento de uma importância pecuniária como forma de resarcimento, a lesão a um interesse não patrimonial recebe normalmente uma resposta estritamente patrimonial. Trata-se de uma inversão de valores, pois, se o dano é de natureza imaterial, sua reparação não pode ser puramente material (FARIAS; ROSENVALD, 2009).

²⁶ Cf. VENOSA, 2003; e CAVALIERI FILHO, 2007.

²⁷ Para o estudo das premissas da metodologia civil-constitucional, cf. PERLINGIERI, 2008; TEPEPINO, 2008; MORAES, 2010; SCHREIBER, 2013.

²⁸ Destaque-se que a adjetivação é vista com cautela pelos próprios defensores do direito civil-constitucional, sendo empregada apenas para realçar o trabalho árduo do intérprete. Nesse sentido: TEPEPINO, 2008.

É preciso separar a lógica proprietária da lógica da pessoa humana. A necessidade de tutela integrada da pessoa humana, que é o valor máximo do ordenamento, não admite tal limitação. Demanda, obrigatoriamente, uma tutela especial, diferenciada. Não se deve admitir que receba a mesma proteção conferida ao patrimônio, que é essencialmente secundário. Afinal, “quando se dá a mesma dignidade ao principal e ao acessório, deprecia-se o que de fato é relevante” (BARROSO, 2006, p. 56).

Deveras, a reparação exclusivamente monetária dos danos morais é claramente inadequada e insuficiente. Isso porque a ofensa a bens imateriais tão caros aos seres humanos, como os direitos da personalidade, não encontra reparação na pecúnia. Dinheiro traz alento e colabora para a aquisição de bens materiais, mas não restaura os valores pessoais atingidos, nem reestabelece a situação que existiria caso a lesão não tivesse ocorrido. Tanto que compensa, mas jamais ressarce (JABUR, 2000).

Esse, porém, não é o único problema. Há ainda outros efeitos nocivos que decorrem da predominância da reparação em dinheiro.

O primeiro deles é o que podemos chamar de “mercantilização” dos danos morais. Isto é, em uma sociedade capitalista em que impera, muitas vezes, a lógica de mercado, baseada em custos e benefícios típicos da filosofia utilitarista de Jeremy Bentham,^[29] as indenizações por violação a direitos da personalidade são contabilizadas pelas grandes empresas como “custos”. Assim, uma vez constatado que determinado produto ou serviço fornecido aos consumidores é defeituoso e tem potencial para causar-lhes danos, avalia-se o investimento necessário para a correção do problema em face do valor das indenizações normalmente pagas. Ocorre que, muitas vezes, o valor dessas últimas se revela menor do que o gasto necessário para evitar as lesões.

Ademais, alguns precedentes evidenciam que, por vezes, agentes econômicos optam por conscientemente manter a prática lesiva na hipótese em que a soma das condenações judiciais não supera o investimento necessário para evitar os danos (SCHREIBER, 2013). A indenização, que deveria ser excepcional, torna-se mera taxa operacional (CASTRO; PINTO, 2007), mais uma linha na tabela de custos.

Outro efeito negativo da prática dominante é a “precificação” dos atributos humanos (SCHREIBER, 2013). Isto é, visando alcançar certa uniformidade no valor das condenações, é comum que tribunais e juízes singulares

²⁹ Sobre o utilitarismo de Jeremy Bentham, conferir: SANDEL, 2011.

estabeleçam um “tabelamento” das indenizações por danos morais. Com efeito, cada juízo decide, segundo seus critérios, um valor padrão para as condenações dos casos mais comuns de lesão a interesses existenciais. Assim, para todos os casos semelhantes, aquele juiz ou tribunal fixa o mesmo valor de indenização.

Ocorre que a padronização vai contra a própria essência do dano moral, que se produz de forma distinta em cada sujeito. Reflete, assim, as particularidades do indivíduo atingido, de modo que não está sujeito a critérios matemáticos ou predeterminados (VENOSA, 2003). Afinal, uma lesão na perna gera dano maior a um jogador de futebol do que a um pianista, ao passo que uma lesão nas mãos produz o resultado inverso. Todavia, com a estandardização, são desconsideradas as peculiaridades do caso concreto, que acaba decidido por uma sentença modelo que confere uma resposta padrão para todas as lesões que aparentam ser semelhantes.

O último efeito nocivo da reparação dos danos morais exclusivamente com dinheiro é o incentivo à propositura de demandas fúteis (SCHREIBER, 2013), que visam ao lucro fácil. Independentemente da discussão se há ou não uma “indústria do dano moral”, é inegável que, por vezes, surgem pedidos de indenização motivados por sentimentos puramente mercenários, supostamente causados por fatos banais do cotidiano. Há verdadeiro desvio de finalidade nessas demandas. O foco deixa de ser a proteção do direito lesado, passando a recair sobre a sanção a ser imposta. O interesse do demandante não é na tutela da sua personalidade, mas, sim, na indenização a ser-lhe entregue. O estado patológico importa mais do que o exercício do direito em si.

Por outro lado, o receio de que demandas dessa natureza se proliferem – dando azo a um suposto “enriquecimento sem causa” – inibe o Poder Judiciário de impor condenações monetárias mais expressivas. Fecha-se, assim, o ciclo de ineficácia dessa modalidade de reparação.

Em resumo, pode-se dizer que a reparação unicamente em pecúnia estimula as ações mercenárias, gera sentenças sem valor social e insatisfação na vítima, que não tem seus anseios atendidos (CASTRO; PINTO, 2007). Ademais, é certo que não se pode alforriar o agente que pretende causar um dano mediante o simples pagamento de uma indenização, que é secundária e impotente para reprimir os valores da alma (JABUR, 2000). Impõe-se, portanto, a revisão da forma de se indenizar o dano moral. O dinheiro não pode mais ser visto como a única solução.

Na busca de alternativa, e considerando a atipicidade dos mecanismos de obtenção da tutela específica ao direito das obrigações, em verdade, os meios não pecuniários de reparação podem ser infinitos. Isto é, desde que na hipótese

concreta se revele adequado reparar o dano imaterial infligido, o juiz pode impor ao réu o cumprimento de qualquer fazer, não fazer ou entrega de coisa com essa finalidade. Assim, a vítima de *bullying*, além da reparação pecuniária, poderia ter custeado pelo ofensor o seu tratamento psicológico, pelo tempo que se fizer necessário, por determinação do juiz. O consumidor que adquiriu uma geladeira ou um televisor com defeito e aguardou tempo irrazoável para o conserto poderia ser compensado pela entrega de um aparelho topo de linha, sem prejuízo de indenização monetária complementar.

Os exemplos acima bem demonstram o potencial da reparação não pecuniária, que pode assumir as mais diversas feições, de acordo com o caso concreto. O efeito psicológico dessas medidas sobre a vítima do dano moral é evidente e inegável, e sem os efeitos nocivos da reparação exclusivamente monetária. Não há dúvida, pois, de que a tutela específica protege de maneira mais adequada os direitos da personalidade. Deveras, o resarcimento na forma específica do dano extrapatrimonial é o único remédio que permite que tais direitos não sejam monetizados e que, assim, encontrem uma forma efetiva de reparação (MARINONI; ARENHART, 2005).

Ademais, a tutela específica atende melhor à teoria do desestímulo, inibindo a conduta do ofensor sem a necessidade de atribuir à vítima determinada quantia, de natureza jurídica e estimativa duvidosas (FARIAS; ROSENVALD, 2009), como ocorre nos chamados *punitive damages*. Por fim, supera o contraditório binômio “lesão existencial-reparação pecuniária”,^[30] melhor se adequando à visão repersonificada do direito civil.

Afinal, conforme afirmou a Corte Suprema de Justiça da Argentina: “A consciência da própria dignidade não se silencia nem se satisfaz com indenizações pecuniárias [...]. A crua noção anglo-saxônica de vindicar a honra [ou qualquer outro direito da personalidade] *by getting cash* já mostrou que é insatisfatória para muita gente decente”.^[31]

3. OS DIREITOS DAS VÍTIMAS AO ACESSO À JUSTIÇA E ÀS GARANTIAS JUDICIAIS

Dando continuidade aos delineamentos introduzidos a respeito do tratamento conferido pela Corte IDH a vítimas de violações de direitos humanos, faz-se agora oportuno abordar alguns estândares desenvolvidos relativos aos arts.

³⁰ A expressão é de SCHREIBER, 2013, p. 211.

³¹ ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça. Recurso E64XXIII, julgado em 7 jul. 1982 apud JABUR, 2000, p. 223.

8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Para tanto, o tratamento conferido a esses dispositivos será aprofundado no que toca: i) ao direito a um recurso efetivo pela via do acesso à Justiça e apuração da verdade mediante investigação imparcial, em prazo razoável e com a devida diligência; ii) ao direito a ser ouvido e participar de todas as etapas do processo; e iii) ao direito à defesa eficaz e ao juiz natural.

O direito à proteção judicial, ao devido processo legal e ao acesso à Justiça constituem alguns dos pilares da CADH. Embora tais direitos possam ser analisados separadamente, são mais comumente apreciados pela Corte IDH conjunta e indistintamente, constituindo obrigações de estabelecer recursos judiciais efetivos (art. 25), os quais são consubstanciados de acordo com as regras do devido processo (art. 8º).^[32]

O art. 8º da CADH estabelece o conjunto mínimo de garantias judiciais necessário à existência do “devido processo legal”, que condiciona a adequada defesa de direitos e obrigações.^[33] De igual maneira, o dispositivo consagra as previsões de “acesso à Justiça”, compreendido como norma imperativa de direito internacional^[34] que exige do Estado a garantia de direitos no prazo razoável e veda qualquer medida interna que imponha custos ou dificulte o acesso de indivíduos ao sistema de Justiça.^[35] Decorrem desse dispositivo, entre outros, o direito de ser ouvido no processo por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial – o que restringe a competência da jurisdição militar –, o direito à presunção de inocência e o direito à defesa eficaz, do qual deriva o direito de contar com um defensor independente e diligente.

A proteção judicial, por outro lado, consagrada no art. 25 da mesma Carta, estabelece a obrigação estatal de oferecer um recurso efetivo, ou seja, “capaz de produzir o resultado para o qual foi concebido”,^[36] contra quaisquer

³² CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C, nº 1, § 91.

³³ CORTE IDH. Opinião Consultiva (OC) nº 9/87. Garantias judiciais em estados de emergência (arts. 27.2, 25 e 8º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos), de 6 de outubro de 1987, §§ 27 e 28.

³⁴ CORTE IDH. Caso Goiburú e outros vs. Paraguai. Mérito, reparações e custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C, nº 153, § 131.

³⁵ CORTE IDH. Caso Cantos vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C, nº 85, § 50.

³⁶ CORTE IDH. Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C, nº 234, § 122.

atos violatórios de direitos fundamentais.^[37] Na sentença do caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, a Corte identificou duas formas específicas assumidas pela referida obrigação:

A primeira, consagrar normativamente e assegurar a devida aplicação de recursos efetivos ante as autoridades competentes, que amparem todas as pessoas sob sua jurisdição contra atos que violem seus direitos fundamentais, ou que impliquem a determinação dos direitos e obrigações destas. A segunda, garantir os meios para executar as respectivas decisões e sentenças definitivas emitidas por essas autoridades competentes, de maneira que se protejam efetivamente os direitos declarados ou reconhecidos.^[38]

Para além daquilo expressamente contido nos dispositivos da CADH, é necessário ressaltar que uma série de obrigações adicionais se materializa a partir das obrigações de garantia (art. 1.1) ali previstas, dando conteúdo às exigências dos arts. 8º e 25. É por essa razão que, desde a sua primeira sentença de mérito, no caso Velásquez Rodriguez vs. Honduras,^[39] a Corte IDH arrolou, dentre as obrigações do Estado, a de investigar possíveis violações de direitos humanos. Essa obrigação de investigar, conforme entendimento reiterado da Corte IDH, é uma obrigação de meios, e não de resultado,^[40] e não pode ser executada como mera formalidade. Na verdade, assume um interesse jurídico próprio que independe da iniciativa da vítima ou de terceiros, devendo ser executada de forma séria, imparcial e efetiva.^[41]

Ora, é justamente por ser uma obrigação de meio que eventuais falhas nas investigações não acarretam, por si sós, responsabilização estatal, contanto que estas ainda assim logrem produzir um resultado efetivo.^[42] Isso porque, adotando o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte IDH considera que a sua função enquanto tribunal internacional, de competência coadjuvante e complementar, é determinar a integralidade dos procedimentos

³⁷ CORTE IDH. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C, nº 348, § 184.

³⁸ CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. § 234.

³⁹ CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentença de 29 de julho de 1988, Série C, nº 04, §§ 166-167 e 176-177.

⁴⁰ CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. § 179; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Op. cit. § 177.

⁴¹ CORTE IDH. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile. Op. cit. § 184.

⁴² CORTE IDH. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile. Op. cit. § 186.

adotados no plano interno,^[43] verificando tão somente a existência de uma violação sem jamais substituir a jurisdição interna ou impor novos modos de condução do processo investigativo.^[44]

Uma vez que a falta de devida diligência nas investigações prejudica a possibilidade de apresentação de provas, esclarecimento dos fatos e responsabilização dos envolvidos, o dever de investigar assume formas distintas em diferentes hipóteses de violações de direitos, como em casos de execuções extrajudiciais,^[45] desaparecimento forçado,^[46] violação sexual^[47] e tortura.^[48]

A partir disso, fica claro que as Altas Partes Contratantes estão obrigadas não somente a apurar (inclusive de ofício) determinadas condutas, mas também a permitir que as vítimas e seus familiares gozem de ampla participação no processo investigativo, sob pena de responsabilização internacional, o que efetivamente ocorreu no caso Favela Nova Brasília vs. Brasil.^[49]

Para Cecília Medina Quiroga, juíza da Corte IDH entre os anos de 2004 e 2009, os principais fatores a serem analisados para atribuir ou deixar de atribuir a qualidade de vítima a familiares envolvem, além da proximidade do vínculo familiar e da forma como se deram as afetações como consequência da negligência estatal, as suas vinculações com a “persecução da verdade e da justiça”. Segundo a autora, em suma, os pais e filhos de vítimas de “graves violações de direitos humanos” reúnem tais requisitos (QUIROGA, 2009, p. 30).

Já foram ressaltadas as considerações da Corte IDH a respeito da (falta de) participação das vítimas e seus familiares no processo penal brasileiro. O cenário nacional contraria frontalmente as obrigações contraídas pelo Estado, deixando de conferir às partes amplas possibilidades de serem ouvidas e de atuar nos processos, inclusive, para “apresentar sugestões, receber informações,

⁴³ CORTE IDH. Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentença de 29 de novembro de 1999. Série C, nº 63, § 222.

⁴⁴ CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. § 180.

⁴⁵ CORTE IDH. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C, nº 102, § 127. CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C, nº 333, § 176.

⁴⁶ CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Op. cit. §§ 177-181.

⁴⁷ CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. § 254.

⁴⁸ CORTE IDH. Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C, nº 160, §§ 346-348.

⁴⁹ CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Op. cit. § 19 das disposições finais.

anexar provas, formular alegações e, em síntese, fazer valer os seus direitos”.^[50] Em conformidade com o direito reconhecido no art. 8.1 da Convenção, a Corte IDH estabelece que os Estados têm a obrigação de garantir, em todas as etapas dos respectivos procedimentos e processos, a participação das vítimas com a finalidade de acesso à Justiça, conhecimento da verdade do ocorrido e justa reparação das violações.^[51]

Nesse cenário de impedimentos, não é raro que a Corte reconheça violações à integridade moral e psíquica de familiares das vítimas diretas em virtude do sofrimento causado pelas ações e omissões dos agentes estatais, como fez nos casos *Favela Nova Brasília* vs. Brasil e *Herzog* e outros vs. Brasil.

Uma adicional consequência dos direitos e garantias previstos nos arts. 8º e 25 da CADH no âmbito do processo investigativo diz respeito à independência dos órgãos encarregados da função. Na sentença do Caso del Tribunal del Constitucional vs. Perú, por exemplo, a Corte deixa claro que quaisquer órgãos estatais no exercício de funções materialmente jurisdicionais têm obrigação de adotar as disposições do devido processo.^[52] Mais recentemente, novamente no caso *Favela Nova Brasília*, a Corte explicitou que os critérios de independência e imparcialidade convencionalmente estabelecidos se estendem aos órgãos investigativos, pelo que se exige uma ausência de relação institucional ou hierárquica entre o órgão investigador e o agente investigado, e demandam a atribuição da investigação a um órgão alheio à força policial quando seus integrantes figurarem como possíveis acusados.^[53]

Note-se que não é raro que a Corte reafirme a tendência de diminuição até o “desaparecimento” dos tribunais penais militares nos regimes democráticos.^[54] Na verdade, muito embora o Brasil venha caminhando no sentido contrário,^[55] a jurisprudência evolutiva da Corte IDH dá forma ao art. 8.1 da CADH também para exigir a presença de três requisitos fundamentais à legitimidade de uma Justiça militar: i) deve ter alcance restritivo e excepcional; ii) deve estar

⁵⁰ CORTE IDH. Caso *Favela Nova Brasília* vs. Brasil. Op. cit. § 238.

⁵¹ CORTE IDH. Caso *Radilla Pacheco* vs. Estados Unidos Mexicanos. § 247.

⁵² CORTE IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú). Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C, nº 71, § 71.

⁵³ CORTE IDH. Caso *Favela Nova Brasília* vs. Brasil. Op. cit. § 188.

⁵⁴ CORTE IDH. Caso *Radilla-Pacheco* vs. México. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C, nº 209, § 272. CORTE IDH. Caso *Usón Ramírez* vs. Venezuela. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C, nº 207, § 108.

⁵⁵ Haja vista a nova Lei nº 13.491/2017, que amplia a competência da Justiça Militar.

inspirada nos princípios e garantias que regem o direito penal moderno; e iii) deve estar vinculada à proteção de interesses jurídicos específicos, atrelados à função das forças armadas.^[56]

Sobre esse tema, explicita-se: “a jurisdição militar não é o foro competente para investigar, julgar e sancionar autores de violações de direitos humanos; a persecução dos responsáveis corresponde sempre à Justiça ordinária.”^[57] Como consequência, o julgamento de qualquer violação de direitos humanos pela Justiça militar viola o princípio do juiz natural, o direito ao devido processo e, consequentemente, as disposições de acesso à Justiça.

Finalmente, no que diz respeito ao direito à defesa, embora as garantias mínimas encontrem-se dispostas no art. 8.2 da CADH, é a partir da Opinião Consultiva nº 10/90 que o seu conteúdo começa a ser desenvolvido, ao inaugurar-se no sistema o entendimento segundo o qual a falta de recursos financeiros da vítima pode provocar “discriminação por motivo de posição econômica”^[58] quando isso a impedir de arcar com os custos do processo, por provocar uma condição de efetiva desigualdade.

Desde então, casos como López Mendoza vs. Venezuela produziram importantes estândares sobre a matéria ao afirmarem que o direito à defesa “obriga o Estado a tratar o indivíduo como um verdadeiro sujeito do processo no mais amplo sentido do conceito, e não simplesmente como um objeto do mesmo”, e que impedir alguém de exercer sua defesa a partir dos primeiros instantes do processo implicaria “potenciar os poderes investigativos do Estado em prejuízo dos direitos fundamentais da pessoa”.^[59]

Assim, evoluindo a sua jurisprudência, é a partir do caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador que a Corte, ao analisar violações ao art. 8.2 provocadas por atuação deficitária da defensoria pública, esclarece a obrigação estatal de oferecer ou nomear um defensor, vinculando nessa oportunidade o parâmetro da atuação diligente^[60] da defesa.

⁵⁶ Caso Usón Ramirez vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C, nº 207.

⁵⁷ CORTE IDH. Caso Radilla-Pacheco vs. México. Op. cit. § 237.

⁵⁸ CORTE IDH. OC nº 11/90. Excepciones Al Agotamiento de los Recursos Internos, de 10 de agosto de 1990, § 24-26.

⁵⁹ CORTE IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Série C, nº 233, § 117.

⁶⁰ CORTE IDH. Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C, nº 303, § 157.

No caso, a Corte concluiu que as omissões da defensoria pública deixaram o assistido indefeso, “constituindo uma vulneração ao direito irrenunciável de ser assistido por um defensor”^[61] (art. 8.2.e) e ensejando a responsabilização internacional do Estado.

Vê-se que, por meio da interpretação evolutiva dos dispositivos do Pacto de San José da Costa Rica, a Corte IDH atualiza seus estándares e produz novos parâmetros de atuação que devem ser considerados indispensáveis para a defesa dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

À luz da construção jurisprudencial internacional apresentada, ao prestar atendimento a uma vítima de violação de direitos humanos, alguns passos devem ser dados para o aprimoramento da assistência jurídica.

Em primeiro lugar, a própria identificação das vítimas deve ser ampliada, abarcando as indiretas e as potenciais. Dentre elas, é indispensável reconhecer a presença de pessoas ou grupos com características particulares ou em grave situação de vulnerabilidade em razão de idade, gênero, orientação sexual, etnia, raça ou deficiência, a requerer atenção acentuada, garantias especializadas e medidas específicas de proteção.

No Brasil, não raro, as vítimas são diuturnamente estigmatizadas, difamadas e injuriadas. Autoridades públicas especulam, sem qualquer base empírica, e emitem declarações irresponsáveis sobre suposta participação em facções criminosas ou em atividades ilícitas. Essas ilações deveriam ser vedadas categoricamente por lei, porque se criminaliza a vítima, em regra, como meio hábil a justificar arbitrariedades, desvios de conduta e abuso de poder.

Após a clara identificação de todas as vítimas, é útil tomar de empréstimo a qualificada construção da Corte no que se refere ao dano, englobando o aspecto material (danos emergentes, lucros cessantes e ao patrimônio familiar) e o imaterial (esfera moral, psicológica, física e projeto de vida). Em especial, o dano ao projeto de vida configura categoria preciosa cuja reparação, amiúde, não é examinada pelo julgador.

Assim, as ferramentas que compõem o meticuloso quadro da reparação integral autorizam o defensor público a formular pedidos mais precisos, abrangentes e capazes de efetivamente, na amplitude máxima possível, restituir o estado anterior, garantir compensação justa e adequada, prevenir a repetição das violações e superar o paradigma da reparação exclusivamente pecuniária dos danos morais, que se

⁶¹ CORTE IDH. Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador. Op. cit. § 167.

revele inadequada na medida em que segue a lógica proprietária, reparando-se dano imaterial com instrumento puramente material.

Portanto, na análise individualizada de cada lesão a direito, poderá o defensor público identificar as medidas de restituição, reabilitação, satisfação, não repetição, investigação e indenização mais convenientes e próprias.

Adicionalmente, é preciso ter a clareza de que a reparação integral não admite o empobrecimento de qualquer aspecto da vida da vítima e não se perfaz com mera compensação parcial e exclusivamente pecuniária dos danos provocados. Nesse sentido, o direito internacional dos direitos humanos e a jurisprudência interamericana nos permitem destacar meios de tutela específica de violações de direitos que assumem os contornos mais distintos a fim de promover o acesso à Justiça, a proteção judicial e a efetiva reparação. Essa perspectiva já vem sendo adotada na prática pelo NUDEDH na assistência às vítimas de graves violações de direitos humanos.

A internalização desses estândares no país promoverá a difusão, a conscientização, a promoção e a defesa efetiva dos interesses das vítimas, propiciando o reconhecimento de seu protagonismo no combate às massivas e generalizadas violações de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O desenvolvimento da tutela dos direitos da personalidade nos dez anos de vigência do código civil de 2002. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU (AG). Resolução nº 40/34. AG Index A/RES/40/34, 29 de novembro de 1985.

_____. Resolução nº 60/147. AG Index A/RES/60/147, 16 de dezembro de 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CASTRO, Leonardo; PINTO, Isabel Elaine. Indenização eficaz: a despatrimonialização da reparação pode ser a solução. BDJur, Brasília, 18 dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16075>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Corte IDH. Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C, n. 234; Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú). Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C, n. 71; Caso Cantos vs. Argentina. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C, n. 85; Caso Escher e outros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C n. 200; Caso Espinoza González vs. Perú. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 20 de novembro de 2014, Série C, n. 289; Caso “Ninôs de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. *Fondo*. Sentença de 29 de novembro de 1999. Série C, n. 63; Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C, n. 333; Caso Goiburú e outros vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C, n. 153; Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, n. 219; Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C, n. 112; Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C, n. 102; Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de setiembre de 2011. Série C, n. 233; Caso Loyaza Tamayo vs. Perú. *Reparaciones y Costas*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C, n. 42; Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C, n. 160; Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C, n. 348; Caso Radilla-Pacheco vs. México. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C, n. 209, par. 272; Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C, n. 303; Caso Usón Ramirez vs. Venezuela. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C, n. 207; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. *Excepciones preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C, n. 1; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C n. 149; Opinião Consultiva n. 9/87, Garantias judiciais em estados de emergência (arts. 27.2, 25 e 8º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos), de 6 de outubro de 1987; Opinião Consultiva n. 11/90, *Excepciones Al Agotamiento de los Recursos Internos*, de 10 de agosto de 1990.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. Danos morais e direitos da personalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4445>>. Acesso em: 18 set. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O conceito de dano moral nas relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

QUIROGA, Cecilia Medina. Los 40 años de la Convención sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana. In: *Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile*, vol. 5, 2009.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Direito civil e constituição. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA COMPATIBILIDADE DO DIREITO DOMÉSTICO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Ana Beatriz Dias⁶²

INTRODUÇÃO

A abordagem do tema e a emergência dos debates sobre direitos humanos ainda hoje, no século XXI, se mostra compreensível pelas preciosas palavras de Costas Douzinas (2009, p. 20) ao constatar que “O registro das violações dos direitos humanos desde as suas alardeadas declarações ao final do século XVIII é estarrecedor”. “É um fato inegável”, escreve Gabriel Marcel (apud DOUZINAS, 2009, p. 20), “que a vida humana nunca foi tão universalmente tratada como uma *commodity* desprezível e perecível quanto durante nossa própria época”. É importante, pois, que se entenda de onde partimos, o momento atual e aonde pretendemos chegar no que tange à efetividade dos direitos humanos.

Não se olvida que a resistência para a difusão, conscientização e proteção dos direitos humanos é, na verdade, o grande desafio da atualidade, sendo inegável que a falta de políticas públicas, assim como a produção acanhada do Poder Judiciário, vem tornando a implementação dos direitos humanos uma tarefa árdua.

É nesse contexto de perplexidade entre normas garantidoras e graves violações de direitos humanos que, na atualidade, dispomos de instituições e organismos cujos objetivos são a promoção dos direitos humanos em sentido amplo, em nível nacional e internacional, este, inclusive, com poder fiscalizador e decisório sobre Estados independentes que tenham ratificado tratados e convenções internacionais. Dispomos de sistemas internacionais de direitos humanos, dentre eles o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, dos quais o Estado brasileiro faz parte.

⁶² Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, atualmente titular do órgão de atuação das Varas Empresariais da Comarca da Capital, Pós-graduanda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. E-mail: anabdias1701@gmail.com

Nenhum sistema de normas, por mais que traga garantias amplas, trará os benefícios sociais esperados se não houver, concomitantemente, a promoção de políticas públicas, a educação para o pleno exercício da cidadania e um Poder Judiciário sensível e atento aos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos.

Importante destacar o papel da Defensoria Pública na atualidade, as possibilidades de atuação para “promover a difusão e a concretização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico” e “representar os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos” (art. 4º, III e VI, da Lei Complementar nº 80/94, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009).

A partir da edição da Lei Complementar nº 132/2009, modificando a Lei Complementar nº 80/94, houve profundas modificações no âmbito das funções da Defensoria Pública e no seu modo de atuar, não mais se sustentando a visão individualista da instituição, até porque vivemos hoje numa sociedade pós-moderna ou, usando o termo do sociólogo Zygmunt Bauman (2001), passamos à “modernidade líquida”, a qual reclama novas, amplas e dinâmicas possibilidades de acesso e proteção de direitos. Assim, com a mudança de paradigma, é compreensível que o ordenamento jurídico, forçosamente, venha a se adequar.

Passando do patamar individualista da instituição, com atenção especial à atuação em benefício dos economicamente hipossuficientes, verifica-se que a atuação da Defensoria Pública se ampliou. É chegada a hora de a instituição operar não apenas nos limites do território nacional, mas também representar os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos.

Muito vem sendo feito na instituição no sentido de estruturar a Defensoria Pública, capacitar seus membros e incrementar o litígio estratégico para que sejam cumpridas as normas garantidoras de direitos humanos, com as devidas reparações às graves violações.

A Defensoria Pública de hoje tem a missão de, com os instrumentos de que dispõe, se movimentar contra a pobreza que tolhe seus assistidos no exercício pleno da cidadania. Esse desiderato pode e deve ser alcançado na prestação de orientação jurídica, educando as pessoas acerca dos seus direitos, em especial aquelas mais excluídas e vulneráveis, negadas pelo próprio Estado. Mas a atuação institucional não se limita à orientação preventiva de litígios, em que pese sua relevância. Também na seara judicial, tende para a garantia

do contraditório e da ampla defesa, para a reparação de direitos violados, sendo inerente à função institucional representar os sistemas internacionais de proteção com capacidade postulatória perante seus órgãos.

1. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Muito se discute sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro e sobre como esses instrumentos internacionais se relacionam com as normas internas do país, sendo certo que, independentemente da tese adotada quanto à hierarquia dos tratados, com o passar dos anos, experimentamos um sistema internacional de proteção de direitos humanos cada vez mais forte e estruturado, o qual corresponde a uma variedade de instrumentos convencionais de índole global e regional.

O § 2º do art. 5º da Constituição da República estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Com supedâneo nesse dispositivo, é forte, porém não unânime, a posição doutrinária que defende que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil têm nível constitucional, de forma que não podem ser revogados por lei ordinária posterior. Nesse sentido, destaca-se o trabalho dos juristas Valerio de Oliveira Mazzuoli, Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan.

A propósito, Antônio Augusto Cançado Trindade (2003), membro da Corte Internacional de Justiça, assim se pronuncia sobre o tema:

[...] a especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais nele garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. (TRINDADE, 2003, p. 513)

No entanto, é preciso mencionar que, para o Supremo Tribunal Federal, o que prevalece nos dias atuais é que os tratados de direitos humanos são superiores à lei ordinária, porém inferiores à Constituição, tendo *status* de norma suprallegal.

O advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que adicionou ao art. 5º da Constituição o § 3º, de acordo com o qual “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas Constitucionais”, diferentemente do esperado, não pôs fim às controvérsias sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil, na medida em que o Supremo Tribunal Federal adota o posicionamento de que apenas os tratados de direitos humanos aprovados com o quórum qualificado do § 3º teriam nível constitucional, sendo, pois, equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, de acordo com a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil pelo quórum qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição têm nível constitucional, sendo equivalentes às emendas constitucionais, enquanto os demais tratados de direitos humanos que não cumprem esse procedimento específico do § 3º do art. 5º da Constituição têm nível suprallegal, estando situados entre a Constituição e a legislação ordinária na escala normativa interna.

É certo, contudo, que, nos dois casos, é possível utilizar o mecanismo do controle de convencionalidade, segundo o qual as convenções internacionais de direitos humanos ratificadas e em vigor no Brasil servem de paradigma para a verificação da conformidade das normas e práticas nacionais, cabendo destacar que o tema não é tranquilo no direito pátrio.

2. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Por controle de convencionalidade entende-se o mecanismo de direito internacional que permite a verificação da compatibilidade do direito interno com os tratados internacionais em vigor no país, notadamente os de direitos humanos, mas não somente eles, e implica que a norma doméstica deve ser compatível com a ordem jurídica internacional que não viole os preceitos de direito internacional a que está obrigado o país.

O Estado deve adotar medidas no âmbito interno que possibilitem a compatibilidade das suas normas com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. É importante assinalar que as medidas a serem adotadas pelo Estado não se esgotam com a adoção ou o afastamento de leis, mas também com a interpretação das normas internas, conforme as disposições dos tratados internacionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, ao tema do controle de convencionalidade deve ser agregada a discussão sobre a interpretação dos tratados pelos órgãos cuja jurisdição obrigatoria o Brasil já reconheceu. Logo, ao empreender o controle de convencionalidade, os juízes e os tribunais brasileiros devem estar atentos também à interpretação que é dada aos tratados de direitos humanos pelos tribunais internacionais.

Dentre as principais características do controle de convencionalidade destacam-se:

- A verificação da compatibilidade de normas e demais práticas internas com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a jurisprudência da Corte IDH e os demais tratados interamericanos dos quais o Estado seja parte;
- A realização de ofício por toda autoridade pública, no âmbito da sua competência, podendo implicar supressão da norma ou sua interpretação nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos;
- O exercício hermenêutico que possibilite a compatibilidade das obrigações dos Estados com suas normas internas, sendo parâmetro da convencionalidade a normativa internacional e a jurisprudência da Corte IDH, tanto contenciosa quanto consultiva;
- A obrigatoriedade da realização do controle, a qual deriva dos princípios de direito internacional público e das próprias obrigações internacionais do Estado assumidas no momento em que passa a fazer parte da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Antônio Augusto Cançado Trindade (1996, p. 212-213) aponta aspectos da interlocução entre o direito internacional e o interno que chama de “supervisão internacional da compatibilidade dos atos internos dos Estados com suas obrigações internacionais de proteção”, o que denominamos “controle de convencionalidade”. Dentre os aspectos destacados por Cançado Trindade, os próprios tratados de direitos humanos atribuem a função essencial à proteção desses direitos aos tribunais internos, os quais devem conhecer e interpretar as disposições pertinentes dos tratados de direitos humanos, uma vez que a instância internacional é subsidiária da doméstica. Outro aspecto assinalado é o que diz respeito à importância crucial da autonomia do Poder Judiciário e sua independência de qualquer tipo de influência nos casos em que a atuação dos tribunais internos envolva a aplicação do direito internacional dos direitos humanos. O último aspecto destacado pelo ilustre jurista é o da não substituição dos tribunais internos pelas cortes internacionais, que “tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos tribunais internos”.

Esse raciocínio tem aplicação tanto na legislação interna do Estado Parte quanto em decisões judiciais e atos administrativos, na medida em que uma decisão judicial doméstica pode estar em desacordo com a interpretação da Corte IDH ou com norma de direitos humanos, ou qualquer órgão estatal pode deixar de cumprir uma obrigação internacional do Estado. Tais hipóteses podem configurar a responsabilidade internacional do Estado, uma vez que seus órgãos internos não são os intérpretes finais das obrigações internacionais assumidas em matéria de direitos humanos.

Aos tribunais internos cabe, além de aplicar as normas do seu ordenamento jurídico, assegurar a implementação nacional das normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Isso realça a importância do papel do Poder Judiciário em um sistema integrado em que as obrigações internacionais e convencionais abrigam um interesse comum e superior a todos os Estados, que é a proteção dos direitos humanos. Os órgãos de supervisão internacional, por seu turno, controlam a compatibilidade da interpretação e aplicação do direito interno com as obrigações convencionais.

Desse modo, por meio da compatibilização entre direitos internos e internacional, as convenções de direitos humanos pretendem prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições de cada esfera, harmonizando a legislação nacional com as obrigações convencionais.

O Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, submetendo-se a suas decisões. Desde então, não é mais possível permitir violações dos direitos protegidos pela Convenção em nosso território ou postergar reformas legislativas e institucionais para promover e garantir os direitos ali assegurados.

O conflito entre uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas pelo Estado quando da ratificação da Convenção Americana envolve a interpretação dos arts. 1º e 2º da Convenção, que estabelecem o compromisso dos Estados de respeito e garantia aos direitos e liberdades nela reconhecidos e seu livre e pleno exercício a toda pessoa submetida a sua jurisdição, além de adotar, nesse caso, as medidas legislativas ou outras que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos. Obviamente, se um Estado contraiu a obrigação de adotar tais medidas, não deve criar ou manter disposições internas contrárias ao objeto e finalidade da Convenção Americana.

Vejamos o que dispõem os dispositivos retro mencionados:

Art. 1º. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Art. 2º. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

3. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

A Corte IDH vem, por meio da sua jurisprudência, construindo os contornos do conceito de controle de convencionalidade, podendo-se afirmar que, nos dias de hoje, tal conceito já se encontra estruturado.

Assim é que, de acordo com a Corte IDH, o controle de convencionalidade consiste em verificar a compatibilidade das normas e demais práticas internas com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a jurisprudência da Corte IDH e com outros tratados ou convenções de que o Estado seja parte. É uma obrigação que alcança toda autoridade pública no âmbito da sua competência e deve ser concretizada de ofício. Ademais, para efeito de determinar a compatibilidade com a CADH, não só se deve tomar em consideração o tratado, mas também a jurisprudência da Corte IDH e os demais tratados interamericanos dos quais o Estado seja parte. O controle de convencionalidade, por outro lado, pode implicar a supressão de normas contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos ou sua interpretação conforme a CADH, dependendo da autoridade pública que o fizer.

Importante mencionar que a Convenção Americana de Direitos Humanos não impõe a forma como se dá o controle de convencionalidade. Sobre esse tema se pronunciou a Corte IDH no caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, quando afirmou que a obrigação de exercer o controle de convencionalidade entre as normas internas e a CADH compete a todos os órgãos do Estado, incluindo juízes e demais órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis.

A Corte IDH também já determinou, por meio da sua jurisprudência, que o controle de convencionalidade deve ser de responsabilidade de todos os órgãos do Estado Parte, incluindo os poderes Judiciário e Legislativo, tendo por base não só a competência contenciosa, mas também a consultiva, de modo que o parâmetro de convencionalidade se amplia às opiniões consultivas emitidas pela Corte IDH.

4. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Nesta seção, buscaremos abordar como e em que medida vem sendo feito o controle de convencionalidade no Brasil. Necessário, portanto, abordar a efetividade das sentenças produzidas pela Corte IDH no âmbito interno e quais são as providências já adotadas no tocante às recomendações e decisões da Comissão Interamericana e da Corte.

Quanto às sentenças de mérito da Corte IDH, diferentemente das sentenças estrangeiras, desnecessária a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, estando o Brasil sujeito a tais decisões desde logo. E isso se dá em razão de o Estado brasileiro ter aderido voluntariamente à jurisdição internacional.

Nos termos dos arts. 67 e 68 da Convenção Americana, as decisões de mérito produzidas pela Corte IDH são definitivas e inapeláveis, cabendo aos Estados Partes cumprir tais decisões, uma vez que aceitaram a jurisdição contenciosa da Corte.

Art. 67

A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença. No que tange à condenação do Estado à indenização compensatória, tal se fará por meio de “processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”, senão vejamos o dispõem os mencionados dispositivos convencionais:

Art. 68

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.
2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Como visto, o Estado Parte que assumiu voluntariamente o compromisso de dar cumprimento às sentenças produzidas pela Corte IDH está a elas obrigado. No entanto, não há, no âmbito do direito internacional, mecanismos assecuratórios da execução dessas sentenças, mas tão somente a previsão na Convenção da elaboração e do envio de relatório à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), indicando os casos em que um Estado não tenha cumprido a sentença. Nesse sentido, vejamos a disposição do art. 65 da Convenção:

A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

Em que pese a adesão do Brasil aos principais tratados de direitos humanos, respeitar e cumprir as obrigações daí decorrentes são tarefas complexas, cabendo destacar que a falta de mecanismos coercitivos aos Estados violadores de direitos humanos é uma das principais causas da pouca eficácia das decisões internacionais.

No âmbito da normativa interna, o Brasil não criou nenhum mecanismo para disciplinar a implementação das decisões e recomendações da Corte IDH e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ficando tal ofício no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo, a depender da integração do Ministério da Justiça e do Ministério das Relações Exteriores.

O Brasil precisa avançar no que se refere à normativa interna para dar cumprimento às decisões e recomendações provenientes das instâncias internacionais, sendo de suma relevância que os entes federativos e suas instituições se convençam da imprescindibilidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para que as violações de direitos humanos sejam contidas dentro do parâmetro *standard* interamericano.

Não é novidade que o Brasil vem sendo alvo de denúncias junto aos organismos internacionais pela prática de graves violações de direitos humanos, dado que, como já destacado, não raro deixa de cumprir as obrigações que lhe são impostas.

Porém, um dos casos que ganhou notoriedade, e que não se poderia deixar de mencionar aqui, é o caso Maria da Penha Maia Fernandes, o qual foi analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, alegando a denúncia de que o Estado brasileiro tolerou a violência praticada por Marco Antônio Heredia Viveiros contra sua esposa (Maria da Penha) durante os anos de convivência matrimonial, inclusive com tentativa de homicídio e agressões que culminaram em paraplegia irreversível e outras enfermidades na vítima. A Comissão Interamericana concluiu que as agressões perpetradas contra Maria da Penha no âmbito doméstico seguiam um padrão discriminatório contra mulheres tolerado pelo Brasil em razão da ineficácia da ação judicial e recomendou ao Estado brasileiro que procedesse a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para a determinação da responsabilidade penal do agressor, bem como que o país identificasse outras circunstâncias que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável. Ainda, sugeriu a Comissão Interamericana a reparação imediata da vítima e a adoção de medidas no âmbito nacional para eliminar a tolerância do Estado a violência doméstica contra mulheres. Em decorrência das recomendações dirigidas ao Brasil, dentre outras providências, adveio a edição da Lei nº 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, considerada um passo importantíssimo para o cumprimento das recomendações emitidas e dos princípios consagrados na Convenção de Belém do Pará.

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, vem demonstrando maior atenção na fundamentação de suas decisões, compatibilizando-as com a jurisprudência da Corte Interamericana e adequando a produção jurisprudencial interna aos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

O Estado brasileiro está obrigado a novo controle das normas infraconstitucionais, qual seja, o controle de convencionalidade, e, em razão desse controle, a produção legislativa interna conta com duplo controle vertical material: a Constituição e os tratados de direitos humanos e demais tratados internacionais.

Para o direito internacional dos direitos humanos, não importa como suas fontes adentram os ordenamentos jurídicos internos dos Estados, posto que, quando um Estado ratifica um tratado de direitos humanos, ou aceita um costume relacionado a esses direitos, o que se dá de forma voluntária, obriga-se a respeitá-lo de boa-fé. No âmbito internacional, não há qualquer regulamentação sobre como os Estados devem internalizar os tratados, tampouco há hierarquia entre suas fontes de direito. Em virtude da soberania, cada Estado está apto a decidir como se dará a internalização das normas e a implementação das obrigações internacionais com as quais se comprometeu. Entretanto, essa autonomia do Estado encontra limite no art. 27 da Convenção de Viena, que dispõe que os Estados não poderão invocar disposições de direito interno para escusar-se do cumprimento de um tratado.

Portanto, o direito constitucional e o direito internacional devem atuar em sintonia para uma efetiva proteção dos direitos humanos. Não é mais possível, ante o cenário atual e o mundo globalizado, que atuem sem interlocução, assim como é evidente que o controle de convencionalidade é uma forma de harmonização da esfera interna com o sistema internacional.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Cleber Francisco; SEPÚLVEDA, Andréa. Inovações legislativas para o aprimoramento da Defensoria Pública no Brasil: independência, accountability e a redução das desigualdades sociais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 133-156, dez. 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- _____. *Caso Atala Riff e Crianças vs. Chile*. Fondo. Sentencia de 24 de fevereiro de 2012.
- _____. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- _____. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos – Uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Relatório Anual 2000*. Relatório nº 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. 4 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>> Acesso em 20 mar. 2011.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *A incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. São José, CR, 1996.
- _____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- SOUSA, José Augusto Garcia de. (Coord.). *Uma nova Defensoria Pública pede passagem – Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

O CONTEÚDO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Cintia Regina Guedes^[63]

INTRODUÇÃO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de San José da Costa Rica) foi celebrada em novembro de 1969, mas só entrou em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978, após ocorrer a 11^a ratificação, feita pelo Peru. No Brasil, o pedido de aprovação da convenção foi enviado ao Congresso Nacional pelo presidente José Sarney em 1985, mas a adesão somente foi promulgada em 6.11.1992.

Por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante abreviada como CADH), foram promovidas alterações nas atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, encarregada de receber, analisar e filtrar as denúncias de violações internacionais de direitos humanos, assim como criada a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). De acordo com o disposto no art. 62 da Convenção,^[64] para que se sujeitem à jurisdição da Corte, é necessário que os países (Estados Partes da Convenção) aceitem se submeter a ela, mediante procedimentos de direito interno. O Brasil formalizou sua aceitação à jurisdição internacional da Corte em 1998, com a aprovação pelo Congresso Nacional da Mensagem Presidencial nº 1.070/98, por meio do Decreto Legislativo nº 89/98, transmitida ao secretário-geral da OEA (MELO; ROCHA, s.d.).

⁶³ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e doutoranda em Direito Processual pela UERJ. Professora da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública – FESUDEPERJ. E-mail: cintia.guedes@terra.com.br

⁶⁴ Art. 62: 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. 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 prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

Com a adesão, o Brasil passou a integrar o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Em julho de 2006, sofreu sua primeira condenação pela Corte no conhecido caso Ximenes.^[65] Conforme Gustavo Vieira (2011, p. 269-270), “esse fato abriu precedente ao acesso à justiça no plano externo, não apenas a movimentos e instituições de tutela de direitos humanos, mas também de indivíduos que passam a visualizar a possibilidade concreta de exercer cidadania em foros internacionais.”

A partir da condenação no caso Ximenes, aumentou o número de denúncias contra o Estado brasileiro por violações de direitos humanos perante a Comissão Interamericana, algumas delas encaminhadas e efetivamente julgadas pela Corte Interamericana. Nesse ponto, importante destacar a atuação pioneira de algumas organizações não governamentais de proteção aos direitos humanos e, mais recentemente, a crescente atuação da Defensoria Pública no encaminhamento de denúncias de violações de direitos humanos à Comissão (MACHADO, 2017).

Além do julgamento dos casos a ela submetidos, outro papel bastante relevante da Corte Interamericana é de construção e consolidação da interpretação dos dispositivos assecuratórios dos direitos humanos contidos da Convenção Interamericana. Ao longo dos anos, com os debates e sentenças proferidas, a Corte vem construindo uma jurisprudência regional de vanguarda na proteção dos direitos, por meio dos votos de seus juízes, concretizando o conteúdo normativo dos dispositivos da Convenção. Essa função da jurisprudência da Corte é deveras importante, pois vincula os Estados Partes sob vários aspectos: em primeiro lugar, a jurisprudência da Corte e a interpretação por ela conferida às normas convencionais consolidam os parâmetros a serem seguidos pelos Estados Partes na edição e revogação de sua legislação interna,

⁶⁵ “Em novembro de 1999, o Sr. Damião Ximenes Lopes, então com trinta anos, portador de transtorno mental (esquizofrenia), foi internado, para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, centro de atenção psiquiátrico privado, operando dentro do Sistema Único de Saúde do Brasil (SUS), no município de Sobral no Ceará. Apenas alguns dias após seu internamento, o Sr. Ximenes foi encontrado morto com evidentes sinais de tortura. A partir de então, tendo em vista as flagrantes dificuldades de acesso à justiça no plano interno, seus familiares com o imprescindível auxílio das novas tecnologias de informação e organizações da sociedade civil buscaram obter tutela jurisdicional no plano externo. O processo em questão acarretou a primeira condenação formal da história do país pela CORTE INTERAMERICANA, em julho de 2006. O Brasil foi condenado pelo inadimplemento dos artigos 4º (Direito à vida), 5º (Direito à integridade e pessoal), 8º (Garantias judiciais) e 25º (Proteção judicial) todos em consonância com a obrigação disposta no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos contidos no tratado) da Convenção de São José da Costa Rica, tratado constituinte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos” (VIEIRA, 2011, p. 269-270).

que deve ser harmonizada com as normas convencionais;^[66] em segundo lugar, a interpretação dada pela Corte às normas da Convenção permite o exercício do controle de convencionalidade da legislação interna pelos juízes de cada Estado Parte;^[67] em terceiro lugar, a jurisprudência da Corte contém as diretrizes de proteção aos direitos humanos que orientam a interpretação a ser conferida às normas internas de cada Estado Parte pelos seus atores internos, especialmente aqueles encarregados da tarefa de julgar.

Esse último aspecto, que é o que nos interessa no presente artigo, ainda precisa ser desenvolvido pelo Estado brasileiro, assim como pelos operadores do direito no que toca ao ordenamento jurídico nacional, haja vista que a incorporação dos padrões de proteção determinados pela Corte ao ordenamento jurídico nacional ainda encontra-se muito distante do ideal, sendo certo que, embora tenha ratificado a CADH há mais de 30 anos e venha se submetendo à jurisdição da Corte há cerca de 20 anos, a aplicação da legislação interna pelo

⁶⁶ Convém destacar que o art. 2º da CIDH impõe aos Estados Partes o dever de adequar sua legislação interna às disposições da Convenção, de molde a efetivamente assegurar a proteção aos direitos nela garantidos. A jurisprudência da Corte já assentou entendimento de que, para obediência à norma do art. 2º da CIDH, no plano normativo interno, os Estados Partes devem tanto adotar providências de natureza negativa, isto é, revogar leis e atos normativos que conflitem com a garantia de exercício dos direitos humanos ou que de qualquer forma limitem ou dificultem a sua proteção, quanto providências de natureza afirmativa, isto é, editar leis e atos normativos que obedeçam e deem efetividade à proteção aos direitos fundamentais garantidos na Convenção. Nesse sentido: "Asimismo, la Corte ha determinado que un Estado que ha celebrado un tratado internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas, y que este principio recogido en el artículo 2 de la Convención establece la obligación general de los Estados Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella contenidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (*effet utile*). Asimismo, este Tribunal ha entendido que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio lo cual implica que la norma o práctica violatoria de la Convención debe ser modificada, derogada, o anulada, o reformada, según corresponda, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías."(Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros vs Chile).

⁶⁷ "236. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un "control 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. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo há hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"(Caso Fernandez Ortega vs. México).

Judiciário nacional ainda não atingiu o nível de proteção aos direitos humanos estabelecido pela CADH e consubstanciado na jurisprudência da Corte.^[68]

O estudo da jurisprudência da Corte e, em especial, da forma como esta interpreta as garantias do acesso à Justiça e do devido processo legal, como base de todo o sistema processual de proteção aos direitos, constitui, portanto, um caminho para o estudioso e para o aplicador do direito, os quais podem contribuir em muito para o desenvolvimento do tema no direito interno brasileiro, assim como para o aprimoramento da interpretação dos dispositivos constitucionais e legais nacionais.

1. O CONTEÚDO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O direito de acesso dos jurisdicionados à Justiça estatal de cada um dos Estados Parte da convenção vem sendo construído pela Corte Interamericana, gradualmente, a partir da interpretação dos textos contidos nos arts. 8º e 25 da CIDH,^[69] em especial em razão da garantia do “direito de ser ouvido”, prevista no art. 8º, 1, da qual a Corte vem extraíndo o direito de qualquer cidadão de ter acesso a um juiz imparcial tanto quanto for acusado da prática

⁶⁸ “A mesma doutrina antes citada reporta-se ao “truque do ilusionista” do plano internacional de que tem se valido o Brasil para não aplicar a interpretação internacionalizada desses direitos. Quer dizer, embora se tenha aderido à internacionalização dos direitos humanos, mantém-se uma interpretação nacional e o regime jurídico dos direitos humanos internacionais resulta manco e incoerente (universal no texto; nacional na interpretação). Esse truque atualmente não mais enganaria, porque não basta sustentar que se respeita determinado direito com base em normativos internos, há que se harmonizar com a interpretação dos órgãos internacionais” (MELO; ROCHA, s.d.).

⁶⁹ Art. 8.1: 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.

Art. 8.2 da Convenção, alínea d) estabelece o “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”. Por sua vez, a alínea e) indica que o “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”.

Art. 25.1: 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.

de ilícito penal quanto para a postulação de proteção a direitos de qualquer natureza não criminal.^[70] O art. 8º da CADH constitui-se, portanto, a base normativa convencional a partir da qual a Corte afirma que todos os Estados Partes da convenção têm o dever de garantir aos seus cidadãos que, quando diante da violação ou ameaça de violação a um direito, tenham acesso célere a um juiz imparcial que possa efetivamente impedir ou reparar tal violação. A garantia de acesso à Justiça, portanto, tem fundamento na Convenção e não pode ser suprimida ou dificultada pelos Estados Partes, sob pena de violação às normas convencionais e possibilidade de condenação pela Corte.

Além dos arts. 8º e 25 da CADH, a Corte também utiliza como base normativa para a imposição aos Estados Partes do dever de respeitar e dar efetividade ao direito de acesso à Justiça dos jurisdicionados a norma contida no art. 1º, 1, da Convenção,^[71] pela qual os Estados Partes se comprometem a garantir a todos os seus cidadãos o pleno e efetivo exercício dos direitos a eles assegurados pelos dispositivos convencionais.

Dando concretude a conteúdo do direito ao acesso à Justiça, uma das maiores preocupações da Corte é com a existência de barreiras econômicas que, na prática, imponham obstáculos à efetividade desse direito, impedindo a postulação judicial dos cidadãos mais vulneráveis perante os órgãos internos de cada Estado Parte. Um dos obstáculos mais frequentes diz respeito à impossibilidade de pagamento de um advogado, sendo certo que a jurisprudência da Corte exige sempre que o Estado Parte viabilize aos seus cidadãos, quando não possam arcar com o pagamento do advogado, mecanismo de assistência jurídica gratuita, preferencialmente a disponibilização de defensores públicos à população mais carente, que possa possibilitar seu acesso ao Judiciário local.

⁷⁰ Vide, por exemplo, o caso Barrios Alto vs. Perú, sentença de 14 de março de 2001.

⁷¹ Art. 1.1: Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nele reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Outra barreira econômica recorrente que vem sendo objeto de algumas sentenças da Corte é a cobrança de valores excessivamente elevados pela Justiça estatal como condição para aqueles que pretendem propor ação judicial para postular a proteção de seus direitos. Nesse sentido, o Estado da Argentina foi condenado por ter violado a CADH no caso Cantos vs. Argentina, tendo a Corte entendido que a exigência estatal de pagamento de somas excessivas de dinheiro pelo cidadão que não possuía tais recursos, como condição para iniciar uma postulação judicial, viola o direito de acesso à Justiça, o mesmo ocorrendo quando, embora haja a dispensa inicial de pagamento de valores, há o temor do cidadão de ser obrigado, em caso de derrota judicial, a pagar valores exorbitantes ao Estado pelo uso do Judiciário, mormente quando há o risco de perda de seus bens para pagamento dessas despesas.

O entendimento da Corte nesse tema já se consolidou no sentido de que o direito de acesso à Justiça não se perfaz com a simples existência de previsão legal de disponibilidade do Judiciário. É necessário que não existam óbices de ordem econômica a que esse acesso seja efetivamente concretizado por quem dele necessita, especialmente os mais pobres, cabendo a cada Estado Parte eliminar esses entraves, seja com a disponibilização de defensores públicos, seja com a concessão de isenção ou diminuição da cobrança das tarifas de acesso à Justiça.^[72]

Outra vertente do direito de acesso à Justiça que vem sendo considerada pela Corte Interamericana é o reconhecimento da existência de desigualdades reais entre os jurisdicionados dentro de cada Estado Parte, que, por consequência, implicam a existência de diferentes barreiras (não econômicas) e impactam o direito de acesso à Justiça. A Corte considera que o direito de acesso não se traduz apenas pelo direito de apresentar uma postulação a um órgão do Poder Judiciário, mas pela garantia de tratamento substancialmente igual entre todos

⁷² “55. Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales. Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio.” (Caso Cantos Vs. Argentina). Sobre o caso, ver também: SILVA, 2011.

os jurisdicionados quando da efetivação desse direito.^[73] Para dar concretude ao direito de acesso à Justiça, portanto, a Corte exige que a legislação interna dos Estados Partes preveja mecanismos que compensem as desigualdades e que as autoridades encarregadas da aplicação da legislação tomem providências de ordem prática para reduzir as desigualdades processuais dos jurisdicionados, colocando-os em efetiva situação de isonomia no que tange aos direitos processuais decorrentes da garantia do acesso à Justiça. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte trecho da sentença proferida no caso Ruano Torres Y Otros vs. El Salvador:

El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa. En términos convencionales el debido proceso se traduce centralmente en las “garantías judiciales” reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana. La referida disposición convencional contempla un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del ius puniendi del Estado y que buscan asegurar que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. Asimismo, otras disposiciones de dicho instrumento internacional, tal como los artículos 7 y 25 de la Convención, contienen regulaciones que se corresponden materialmente con los componentes sustantivos y procesales del debido proceso. En el Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú, que se refería a las ejecuciones extrajudiciales de líderes sindicales, la Corte Interamericana sostuvo que las

⁷³ “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”. Além disso, explica a Corte que “para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”. (Opinião Consultiva nº 16, de 1º de outubro de 1999). (Grifamos).

exigencias del artículo 8 de la Convención “se extienden también a los órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial [...]. Por lo tanto, desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho del imputado a la defensa. Asimismo, deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos, lo cual implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio. (Caso Ruano Torres Y Otros Vs. El Salvador). (Grifou-se)

A jurisprudência da Corte, nesse ponto, encontra-se muito mais avançada que a jurisprudência nacional, especialmente porque vem extraíndo a garantia de isonomia processual e paridade de armas a partir de uma interpretação substancial da cláusula geral do acesso à Justiça e, a partir dela, determinando aos Estados Partes não somente uma atuação negativa (para impedir situações de desigualdade), mas também impõe, em muitos casos, uma atuação positiva, de tomada de providências, dentro de cada processo, para compensar ou equalizar desigualdades entre os litigantes que possam implicar violação da isonomia e impedir a consecução da Justiça concreta.

Importante destacar que, no direito nacional, é possível chegar-se à mesma conclusão a partir da interpretação das cláusulas constitucionais que asseguram a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e a isonomia (art. 5º, I), como o faz a Corte. Contudo, o Código de Processo Civil traz dispositivo legal específico (art. 7º) que determina que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, cabendo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.” A norma legal em comento, inserida no capítulo das normas fundamentais do processo, já leva o intérprete à necessária compreensão do essencialidade de preservação da isonomia entre os litigantes, podendo dela ser extraída, com muito mais facilidade, a imposição do dever do julgador de adotar providências atípicas e conferir tratamento diferenciado às partes, sempre que necessário para equilibrar a atuação processual, quando esse desequilíbrio causar prejuízo à realização da Justiça material. A jurisprudência da Corte, nesse ponto, serve como norte de orientação para o desenvolvimento do tema no direito brasileiro.

2. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o princípio do devido processo legal vem sendo desenvolvido junto com a garantia do direito de acesso à Justiça, tendo a Corte consolidado, ao longo dos anos (com pouquíssima divergência) o entendimento de que ambos compartilham uma base normativa comum, fundamenta nos arts. 8º e 25 da CADH.^[74]

A Corte Interamericana quase sempre analisa o devido processo legal junto com a garantia de acesso à Justiça porque entende que “o Estado deve garantir que o acesso à Justiça seja não apenas formal, mas real”^[75] e que, para se assegurar esse direito de acesso de natureza substancial, é necessário que o processo judicial se desenvolva com todas as garantias inerentes ao devido processo legal. Os dois direitos, portanto, se complementam, pois o devido processo legal constitui um instrumento que contém em si ampla gama de garantias processuais (como observância do contraditório, direito ao recurso contra sentença, regras de competência estabelecidas *ex ante* para garantia de imparcialidade dos juízes, entre outras) que servem para assegurar ao jurisdicionado a plena realização da justiça substancial, objetivo final da cláusula de acesso à Justiça. Quanto ao seu conteúdo, portanto, a Corte vem entendendo que [...] as garantias do devido processo constituem um conjunto de requisitos substantivos e processuais que devem ser observados nas instâncias processuais para que as pessoas estejam em condições de defender adequadamente seus direitos diante de qualquer tipo de ato do Estado que possa afetá-los.^[76]

⁷⁴ “Podemos, portanto, já neste ponto do presente ensaio, concluir a indissociabilidade existente entre o devido processo legal e o direito de acesso à justiça. Consideramos, inclusive, aquela parte integrante desta garantia, parecendo ser esta uma diretiva da orientação jurisprudencial da Corte, já que esta refuta indissociável o art. 8º e o art. 25. Além disso, o caso supramencionado aponta relevantes afirmações acerca do conteúdo do devido processo legal, que também é uma garantia. Prazo razoável, igualdade de armas, assistência gratuita, redução das desigualdades reais que criem embaraço ao acesso à justiça, são alguns dos requisitos que devem observar o processo legal” (BLANCO, 2012, p. 114-115).

⁷⁵ Parecer Consultivo n.º 18, sobre “A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados”, de 17.09.2003, § 126.

⁷⁶ Opinião consultiva nº 21, de 19 de agosto de 2014, solicitada pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai, versando sobre direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional, § 188. No mesmo sentido: “151. La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. (Caso Ruano Torres y Otros Vs. El Salvador).

Nessa ótica, o desrespeito a qualquer uma das garantias processuais (ainda que sem previsão expressa na CADH) termina por violar a garantia do devido processo, contrariando, portanto, a Convenção.

A vertente mais comum de identificação de violação ao devido processo legal, principalmente no que pertine à sua relação com o direito de acesso à Justiça, tem sido identificada a partir da violação do “direito a um recurso efetivo” perante a Justiça interna do Estado Parte. Conforme a doutrina, ao examinar vários casos julgados pela Corte sobre o tema,^[77] vem sendo

[...] dada ênfase ao fato de que “não basta que os recursos existam formalmente, mas também é preciso que seja efetiva sua aplicação pela autoridade competente”. Em outras palavras, tal qual ocorreu no caso Cantos Vs. Argentina, foi consagrado pela Corte o devido processo legal em seu aspecto material (ou substancial), pois mais importante que a mera prática de uma série de atos ordenados até ser proferida uma decisão (nos termos da legislação vigente no país onde tramitou o processo de origem) é o atendimento aos direitos e garantias fundamentais do cidadão através do processo. (SILVA, 2011, p. 1334)

Como a principal vertente do direito ao devido processo legal analisada pela Corte é o direito a um recurso efetivo para tutela de direitos, esse aspecto será analisado em separado, no item seguinte.

3. O DIREITO A UM RECURSO EFETIVO PARA TUTELA DE DIREITOS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Como decorrência do acolhimento do devido processo legal, avançando na interpretação da norma constante do art. 25 da CADH, a Corte Interamericana vem extraíndo dela uma regra geral que impõe a todos os Estados Partes o dever de assegurar aos seus jurisdicionados um recurso efetivo contra a violação de direitos de qualquer natureza. Com efeito, a partir do conteúdo normativo do art. 25 da CADH, a Corte vem evoluindo na sua interpretação, já tendo, hoje, consolidada sua posição hermenêutica segundo a qual a Convenção impõe aos

⁷⁷ Um dos casos mais importantes nesse tema para o Brasil foi o caso Escher e outros vs. Brasil, no qual o Estado brasileiro foi condenado ao pagamento de indenização pelos danos não materiais de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a cada ofendido, a dar publicidade à sentença da Corte (disponibilizada no sítio eletrônico da Advocacia Geral da União), a investigar os fatos que geraram as violações do caso, e a restituir todos os gastos com o processo na Corte, por violação, entre outros direitos, ao direito ao devido processo legal.

Estados Partes não apenas o dever de assegurar em seus sistemas jurídicos a existência formal de um “recurso simples e rápido” contra violação de direitos fundamentais (como seriam os recursos de amparo e o *habeas corpus* previstos na legislação de diversos países, ou o mandado de segurança do direito brasileiro), mas transformou o comando do art. 25 da CADH em verdadeiro dever de prestação de tutela jurisdicional eficiente, célere e dotada de todas as garantias inerentes ao devido processo legal.^[78]

A Corte trata o direito a um recurso efetivo como direito central nas garantias inerentes ao devido processo legal, além de constituir-se em tradução do próprio direito de acesso à Justiça (como direito à tutela jurisdicional), pois de nada adiantaria a previsão legal do direito de acesso à Justiça se o ordenamento não assegurasse ao cidadão que busca a prestação jurisdicional um recurso efetivo para a proteção de seus direitos quando violados.^[79] As garantias são tratadas de maneira conjunta pela Corte, que reconhece sua interdependência para a configuração do pleno direito de proteção judicial contra violação de direitos.^[80]

⁷⁸ “Já no caso *Cantos vs Argentina*, sentença de 28 de novembro de 2002, [...] reiterando posicionamento já consagrado em outros julgados, o tribunal afirma que o artigo 25 estabelece obrigação positiva do Estado conceder a todas as pessoas debaixo de sua jurisdição um recurso judicial efetivo contra atos violadores de seus direitos. Nessa decisão, a Corte não limita o art. 25 ao recurso simples, rápido, protetivo de direitos fundamentais, mas o visualiza como fundamento do “amplo direito a recursos” (BLANCO, Carolina Souza Torres. O direito de acesso à justiça nas jurisprudências interamericana e brasileira. In *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 61, jul./dez. 2012. p. 108/109. [...] “No caso *Castillo Paez vs Peru*, [...] na sentença datada de 3 de novembro de 1997, a Corte Interamericana define a normatividade advinda deste dispositivo (art.25) como “recurso efetivo ante os juízes ou tribunais nacionais competentes” e ressalta a vinculação existente entre este direito e o Estado de Direito. [...] Conclui que a ineficácia do recurso para amparar a vítima resultou em violação ao art. 25 da Convenção”. Idem, p. 112.

⁷⁹ “110. La denegación del acceso a la justicia tiene una relación con la efectividad de los recursos, ya que no es posible afirmar que un recurso existente dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, mediante el cual no se resuelve el litigio planteado por una demora injustificada en el procedimiento, pueda ser considerado como um recurso efectivo.” (Caso *Forneron e Hija vs. Argentina*).

⁸⁰ 120. En lo que respecta al artículo 25.1 de la Convención, este Tribunal ha indicado que el mismo establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. El artículo 25.1 de la Convención también dispone que lo anterior debe entenderse aun cuando tales violaciones sean cometidas por personas en el ejercicio de sus funciones oficiales. Asimismo, como ya ha sido señalado en esta Sentencia (supra párr.

75), los Estados tienen la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos (artículo 25 de la Convención), los cuales deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general, de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1 de la Convención)”. (Caso *Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros vs. Chile*).

Quanto ao seu conteúdo, a Corte tem decidido reiteradas vezes que a disposição do art. 25, que assegura o direito a um recurso efetivo perante um juiz competente e imparcial, “constitui um dos pilares básicos, não apenas da Convenção Americana, mas do próprio Estado de direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção”.^[81]

A interpretação da Corte tem evoluído, portanto, para extrair da expressão “recurso” o significado de qualquer instrumento legal disponibilizado pelo Estado Parte para que seu cidadão possa pleitear junto ao Judiciário medida que impeça a consumação de lesão ao seu direito, ou lhe conceda reparação caso ultimada a violação. E, para além do aspecto formal (previsão legal de um instrumento para tutela do direito), também aqui a Corte considera essencial que haja efetividade nessa garantia, exigindo dos Estados Partes que o “recurso”, além de ter previsão legal genérica, seja de fato disponível a todos e tenha condições reais de dar resposta à ameaça ou violação sofrida pelo jurisdicionado.

Conforme a doutrina,

[...] podemos já estabelecer como parte integrante do conteúdo do direito de acesso a reflexa obrigação estatal de garantir a existência e a efetividade de recursos aptos a amparar violações a direitos convencionais, pois só assim cumpre-se a garantia de zelo pelos direitos humanos contida no art.1º, 1 da Convenção. Sob o ponto de vista da vítima de violação de direito, a garantia em tela envolve o direito a um recurso eficaz apto a protegê-la. (BLANCO, 2012, p. 112)

A previsão de existência de recurso contra violações de direitos não pode ser meramente formal, exigindo a Corte que tanto a legislação interna de cada Estado Parte quanto as suas instituições efetivamente deem respostas às violações de direitos sempre que esse seja o desejo da vítima.^[82] O resultado final

⁸¹ “29. Esta disposición sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”. (Caso Castillo Paez vs. Perú).

⁸² “184. Bajo esta perspectiva, se ha señalado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo 25.1 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida ante la autoridad competente. Esta Corte ha manifestado reiteradamente que la existencia de estas garantías “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención” (Caso Palamra Iribarne versus Chile).

precisa pôr fim às violações de direito ocorridas e indenizar os danos sofridos pela vítima, além de determinar e fazer cumprir outras medidas preventivas ou reparadoras pertinentes a cada caso concreto. Assim:

123. Además, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de establecer normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. También ha establecido que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo, es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley. Lo anterior implica que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente. De igual manera un recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas." (Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros vs. Chile).

Destarte, considerando que o conceito de efetividade do recurso é material, e não meramente formal, a Corte não considera cumprido o dever estatal de conceder recurso efetivo para proteção do cidadão contra violação de seus direitos quando o processo não é dotado de garantias mínimas necessárias para permitir que as partes possam atuar em igualdade de condições, serem ouvidas e produzirem provas para defesa de seus direitos. Dessa forma, a Corte considera violado o direito a um recurso efetivo (e, consequentemente, ao devido processo legal), quando, por exemplo, as decisões judiciais não são adequadamente fundamentadas, quando não há análise dos argumentos do jurisdicionado na decisão contrária a ele, quando não há liberdade para a produção das provas necessárias para a comprovação dos fatos que fundamentam o direito etc.

Importante destacar que a preocupação da Corte interamericana com a efetividade do direito ao recurso e com o próprio processo judicial não se dá apenas no tocante à prolação de uma sentença ou decisão que reconhece o direito do jurisdicionado, mas há grande preocupação também com a

efetividade da implementação e da execução dessas decisões.^[83] Nesse sentido, a Corte vem decidindo que os recursos e meios judiciais internos de proteção aos direitos precisam ser efetivos (e não meramente aparente), inclusive, no momento de conferir executividade às decisões que reconhecem violações de direito para que as reparações possam ser adequadamente efetivadas pela Justiça de cada Estado Parte. A impossibilidade ou ineficácia da execução da decisão pode configurar denegação de justiça e ensejar a condenação do Estado Parte por violação das garantias processuais (especialmente as dos arts. 8º e 25 da CIDH). Nesse sentido, merece destaque a seguinte decisão:

136. El artículo 25.1192 de la Convención establece, en términos generales, la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales. Al interpretar el texto del artículo 25 de la Convención, la Corte ha sostenido que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino que es preciso que los recursos tengan efectividad en los términos del mismo, es decir, que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Un recurso judicial efectivo es, por consiguiente, aquel capaz de conducir a un análisis

⁸³ “107. La Corte ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”. 108. Por otra parte, como lo ha señalado anteriormente el Tribunal, al evaluar la efectividad de los recursos, la Corte debe observar si las decisiones en los processos judiciales han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención (Caso Forneron e Hija vs. Argentina).

por parte de un tribunal competente a efectos de establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y, en su caso, proporcionar una reparación. La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”. (Caso Ruano Torres Y Otros vs. El Salvador). (grifou-se).

Por fim, impõe-se observar que, em que pese o grande relevo dado pela jurisprudência da Corte ao direito ao recurso judicial, já foi decidido que esse não é um direito absoluto, posto que cabe ao ordenamento interno de cada Estado Parte, em sua soberania, disciplinar os mecanismos e as condições para seu exercício por parte de cada um, desde que essas limitações não constituam obstáculos ao seu exercício por parte dos cidadãos.^[84]

CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar, com esta breve exposição, complementada pela exemplificação de alguns julgados, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem compreendendo, a partir da interpretação conjunta de três dispositivos da CADH (arts. 1º, 8º e 25), as garantias de acesso à Justiça e do devido processo legal e consolidando uma crescente jurisprudência que busca maximizar o conteúdo normativo das garantias processuais com vista a ampliar a proteção judicial dos cidadãos dos países americanos contra violações de seus direitos. O estudo da jurisprudência da Corte, por seu protagonismo no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, merece ser conhecido pelos brasileiros que trabalham no sistema de Justiça de modo a orientar e servir de parâmetro e de farol para o desenvolvimento do sistema jurídico nacional, especialmente na proteção aos direitos fundamentais.

⁸⁴ “126. La Corte considera que en todo procedimiento o proceso existente en el orden interno de los Estados deben concurrir amplias garantías judiciales, entre las cuales se encuentran también las formalidades que deben observarse para garantizar el acceso a las mismas. Por razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole. De tal manera, si bien esos recursos internos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado, sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado.(Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú).

REFERÊNCIAS

BLANCO, Carolina Souza Torres. O direito de acesso à justiça nas jurisprudências interamericana e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 61, p. 85-125, jul./dez. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Barrios Alto vs. Perú*, sentença de 14 de março de 2001.

_____. *Caso Cantos vs. Argentina*, sentença de 28 de novembro de 2002.

_____. *Caso Castillo Paez vs. Peru*, sentença de 03 de novembro de 1997.

_____. *Caso Fernandez Ortega vs. México*, sentença de 30 de agosto de 2010.

_____. *Caso Forneron e hija vs. Argentina*, sentença de 27 de abril de 2012.

_____. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros vs. Chile*, sentença de 02 de setembro de 2015.

_____. *Caso Palamra Iribarne vs. Chile*, sentença de 22 de novembro de 2005.

_____. *Caso Ruano Torres y Otros vs. El Salvador*, sentença de 05 de outubro de 2015.

_____. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, sentença de 24 de novembro de 2006.

_____. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentença de 04 de julho de 2006.

_____. *Opinião Consultiva nº 16*, sobre “o direito à informação sobre a assistência consular no Âmbito das garantias do devido processo legal”, de 1 de outubro de 1999.

_____. *Opinião consultiva nº 21*, sobre “Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional.

_____. *Parecer Consultivo nº 18*, sobre “A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados”, de 17.09.2003.

MACHADO, Isabel Penido de Campos. *Defensores públicos interamericanos: novos horizontes de acesso à justiça*. 2017. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/jornaldpu/edicao_8/1-defensores-publicos.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.

MELO, Josemário de Oliveira; ROCHA, Lilian Rose Lemos. *As garantias judiciais (art. 8º) e a proteção judicial (art. 25º) na Convenção Americana sobre Direitos Humanos: o mito de Sísifo e a visão jurisprudencial da corte interamericana de direitos humanos no caso concreto López Álvarez vs. Honduras*. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/download/777_2455afe2321c5ec6b835d89f982928bd>. Acesso em: 10 maio 2018.

SILVA, Fábio Agustinho da. A comissão e a corte interamericanas de direitos humanos e a necessidade de observância do devido processo legal nos países membros do Mercosul. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 6, n. 3, 3º quadrimestre de 2011.

VIEIRA, Gustavo. Acesso à Justiça no Sistema Interamericano. *Revista Direito & Sensibilidade*, 1ª Edição, 2011.

A VULNERABILIDADE DE CRIANÇAS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DE CASOS E DE FORMAS DE INCORPORAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Elisa Costa Cruz^[85]

INTRODUÇÃO AO TEMA: O QUE É SER CRIANÇA?

Este artigo precisa, logo de início, enfrentar uma pertinente questão: quem é e como se define criança? No Brasil, de acordo com o art. 2º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) –, criança é a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente é aquela entre 12 e 18 anos de idade. A Convenção sobre Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1989 e incorporada ao ordenamento pátrio em novembro de 1990, define criança, no seu art. 1º, como “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

Não se sabe exatamente por que o Brasil optou por distinguir crianças de adolescentes, mas uma ideia é que isso tenha ocorrido para delimitar a idade a partir da qual uma criança poderia ser responsabilizada por ato infracional. Daí, delimitar a idade em 12 anos e qualificar a pessoa acima dessa faixa etária como adolescente serviria como marco normativo. De qualquer forma, é perceptível que tanto a lei brasileira quanto o tratado internacional elegem um critério biológico – a idade – para definir criança^[86] como toda pessoa até 18 anos incompletos.

⁸⁵ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e doutoranda em Direito Civil pela UERJ. Professora na UFRJ/FND. E-mail: elisa.defensoriarj@gmail.com

⁸⁶ Utilizaremos nesse artigo a expressão “criança” para significar todas as pessoas até dezoito anos incompletos, seguindo o texto do art. 1º da Convenção sobre Direitos da Criança.

A existência de uma definição representa inovação no cenário normativo, pois nenhuma norma nacional ou internacional anteriormente buscou definir criança e quais seriam seus direitos. A Declaração de Genebra, de 1924, e a Declaração de Direitos da Criança, de 1959, buscaram delimitar as proteções específicas que deveriam ser reconhecidas a crianças, mas falharam tanto pela ausência de definição clara do seu objeto quanto por lhes faltarem coercitividade pela natureza jurídica de declarações e não de tratados (BOBBIO, 2004). A Convenção sobre Direitos da Criança, de 1989, corrigiu as deficiências anteriores e foi além, definindo o conceito de criança para delimitar seu âmbito de atuação, bem como assegurando-lhe direitos políticos e de proteção (ROSENBERG; MARIANO, 2010).

Essa nova perspectiva filosófica sobre criança inspirou a Lei nº 8.069/90, que abandonou a consagrada teoria da situação irregular^[87] para acolher a doutrina da proteção integral, segundo a qual “toda criança e adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral” (VERONESE, 2013, p. 49).

A doutrina da proteção integral, na verdade, deixa claro um segundo e mais significativo avanço dos direitos da criança: a sua consideração como pessoa, portanto, detentora de plenos direitos, tal como previsto, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948^[88] e no Pacto de São José da Costa Rica.^[89]

Apesar de parecer que a idade é o único elemento para definição de criança, isso não corresponde à realidade. Em verdade, essa demarcação surgiu como consequência da compreensão, a partir de dados sociais, econômicos, políticos,

⁸⁷ Vide arts. 14, 26 e 28 do Decreto nº 17.943-A/27 e art. 2º da Lei nº 6.697/77.

⁸⁸ Art. 1 da Declaração: “Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.”

⁸⁹ Arts. 1º e 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Art. 1. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Art. 19. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

médicos, antropológicos etc., conforme demonstram especialmente as pesquisas em neurociência.^[90]

Veja-se: a condição de peculiar desenvolvimento da criança funciona, por um lado, como qualificação do grupo, junto com o critério biológico, e, de outro, como circunstância que exige a adoção de medidas de proteção para permitir o desenvolvimento de crianças. Há, assim, o reconhecimento de uma situação de vulnerabilidade a que as crianças estão sujeitas, considerando o seu grau de desenvolvimento biopsíquico inferior ao dos adultos e que essa condição as conduz a um estado de dependência natural.^[91]

⁹⁰ Veja-se, em inglês: JOHNSON, Sara B.; BLUM, Robert W; GIEDD, Jay N. Adolescent maturity and the brain: the promise and pitfalls of neuroscience research in adolescent health policy. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2892678/>>. Acesso em: 3 set. 2018.

Em português, sugerem-se as matérias disponíveis em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-42747453>> e <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/adolescencia-agora-vai-ate-os-24-anos-de-idade-e-nao-so-ate-os-19-defendem-cientistas.ghtml>>. Acesso em: 3 set. 2018. Nesse sentido, também:

“1. Childhood is understood as a social construction. As such it provides an interpretive frame for contextualizing the early years of human life. Childhood, as distinct from biological immaturity, is neither a natural nor a universal feature of human groups but appears as a specific structural and cultural component of many societies.” (PROUT, Alan; JAMES, Allison. A new paradigm for the sociology of childhood? Provenance, promise and problems. IN: PROUT, Alan; JAMES, Allison. Constructing an reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood. New York: Routledge, 1997). Tradução livre:

“1. Infância deve ser compreendida como uma construção social e como tal ela oferece contornos que permitem contextualizar os primeiros anos da vida humana. Infância, diferentemente de imaturidade biológica, não é nem natural nem uma característica universal de grupos humanos, mas aparece como um componente específico da estrutura e cultura de muitas sociedades”.

⁹¹ A criança como pessoa em situação de vulnerabilidade vai ao encontro da definição de vulnerabilidade constante das 100 Regras de Brasília:

“(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

(4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade.

A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico.

(5) Considera-se criança e adolescente todas as pessoas menor de dezoito anos de idade, salvo se tiver alcançado antes a maioridade em virtude da legislação nacional aplicável.

Toda a criança e adolescente deve ser objeto de uma especial tutela por parte dos órgãos do sistema de justiça em consideração ao seu desenvolvimento evolutivo.” Texto disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2018.

A vulnerabilidade de crianças e as formas de proteção já foram objeto de análise pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas sentenças merecem ser analisadas, pois servem de parâmetro na construção de instrumentos para a efetiva proteção e prevenção de violação a direitos da criança.

1. OS CASOS SUBMETIDOS À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) dispõe de cinco sentenças que analisam em profundidade os direitos de crianças a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Isso não significa que não existam outras sentenças ou documentos da Corte e da Comissão sobre o assunto, mas cinco deles destacam-se por tratarem especificamente da matéria.^[92]

1.1. As crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana

Dilcia Yean é filha de Leonidas Oliven Yean e tem ascendência haitiana pelo lado materno e paterno. Nasceu em 15 de abril de 1996 na República Dominicana. Violeta Bosico nasceu em 13 de março de 1985 na República Dominicana. É filha de Tiramen Bosico Cofi (mãe) e Delima Richard (pai). O pai e o avô materno são haitianos. Nenhuma foi registrada logo ao nascer.

A informação sobre a ascendência haitiana é relevante porque ficou apurado que a República Dominicana impõe obstáculos ao registro civil de nascimento de haitianos ou pessoas com ascendência haitiana, pessoas que vivem em situação de miserabilidade e a maioria indocumentada.

Segundo a Corte IDH, os haitianos ou dominicanos de ascendência haitiana, em sua maioria, recorrem a procedimento de registro tardio de nascimento para declarar os filhos e filhas nascidas no país dadas as dificuldades econômicas para locomoverem-se até o local de realização do registro, assim como o temor de serem deportados. Mas, de acordo com a Constituição do país, são haitianas todas as pessoas que nascem em seu território (princípio do *ius soli*).

O pedido de registro tardio de nascimento foi inicialmente feito em 1997 e só obtiveram o documento em 25 de setembro de 2001, após a concessão de medidas cautelares pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

⁹² Para a compreensão dos processos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, sugere-se a leitura dos arts. 52 a 69 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na sentença, a Corte entendeu que foram violados os direitos à nacionalidade, como direito fundamental da pessoa, e o direito à conexão de um indivíduo a um Estado, porque as crianças e suas respectivas mães nasceram em território dominicano. Aplicam-se a elas, portanto, o princípio do *ius soli*, previsto no art. 14 da Constituição da República Dominicana. Entendeu, ainda, a Corte que o Estado não conseguiu comprovar que seria possível aplicar as exceções sobre pessoa em trânsito, que lhes retiraria o direito à cidadania dominicana. Ainda sobre a nacionalidade, considerou-se que: i) as exigências feitas para o registro tardio foram desproporcionais e discriminatórias, pois constituíam exigências não aplicáveis a todas as pessoas que estariam nas mesmas condições que elas, agravadas pelo contexto de discriminação de pessoas com ascendência haitiana; ii) a vulnerabilidade decorrente da situação de apátrida comprometeu o livre desenvolvimento de suas personalidades, bem como o acesso a direitos e a proteção especial de que são titulares; iii) a situação de apátridas retirou a possibilidade de existência jurídica das crianças e, assim, no caso concreto, a sua condição de sujeito de direitos perante o Estado e a sociedade; e iv) o Estado violou o direito ao nome, por não haver assegurado o registro civil de nascimento com o nome escolhido pela pessoa ou por seus pais. Essa situação foi agravada quando Violeta Bosico precisou, ainda criança, mudar do curso escolar diurno para o noturno, específico para pessoas com mais de 18 anos, em razão da falta de registro civil de nascimento. Por fim, foi violada a integridade psíquica das mães da criança e da irmã de Violeta Bosico em razão do sofrimento pela insegurança da situação de vulnerabilidade.

Como reparação pelas violações causadas, a Corte condenou o Estado a: i) publicar os pontos resolutivos da sentença no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional; ii) realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade e pedido de desculpas às vítimas, suas mães e irmã, no prazo de seis meses, com a participação das autoridades estatais, da vítima e de seus familiares, com transmissão dos meios de comunicação; iii) adotar medidas administrativas e legislativas para regular o procedimento e os requisitos para o registro tardio de nascimento, inclusive com previsão de recurso caso seja negado o registro; e iv) pagar indenização por danos não patrimoniais às vítimas e pelos custos e gastos gerados com a judicialização.

1.2. A comunidade indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai

Cuida-se de caso cuja história remete a 1991, quando a Comunidade Sawhoyamaxa iniciou um processo de reivindicação de suas terras ancestrais. Em 1996, sem ter obtido resultado favorável, solicitaram mediação com os proprietários particulares das terras, de modo a buscar uma saída negociada,

sem qualquer sucesso. Em 1997, os líderes da Comunidade Sawhoyamaxa apresentaram um projeto de lei para que as terras fossem declaradas de interesse público e expropriadas em favor do Instituto Paraguaio do Indígena, mas o projeto de lei foi rejeitado.

Em razão das medidas adotadas para reivindicação das terras ancestrais, por pressão dos proprietários particulares, a Comunidade Sawhoyamaxa vivia sob condição de extrema pobreza, com baixos níveis de atendimento em saúde, trabalho escravo e restrições para cultivo e práticas de atividades tradicionais de subsistência.

Para a Corte, ficou provado na sentença de 29 de março de 2006 que: i) houve progressiva transferência das terras indígenas à população não indígena, com projeção negativa nas práticas de subsistência da população indígena e maior dependência ao trabalho assalariado; ii) as terras reivindicadas são adequadas para proporcionar aos membros da comunidade a continuidade de suas atividades de subsistência; iii) os membros da Comunidade Sawhoyamaxa viviam em situação de pobreza extrema por estarem impossibilitados de ingressar nos territórios que reivindicavam para caçar, pescar e fazer coleta, por sofrerem com a escassez de água potável e por não poderem desenvolver atividades de cultivo para a subsistência; iv) há dificuldade para registro de nascimento e óbito, bem como alteração de estado civil; e v) os membros da Comunidade Sawhoyamaxa morreram em razão das condições precárias de vida, especialmente crianças e idosos.

Diante desse cenário de prova e tratando especificamente da violação ao direito das crianças, a Corte concluiu que, quanto à vida das crianças, o Estado teria, além das obrigações comuns a todas as pessoas, a obrigação de assumir sua posição de especial garantidor do princípio do melhor interesse da criança. As medidas de reparação impostas referem-se essencialmente à demarcação das terras ancestrais da comunidade e a cuidado de seus membros, inclusive com reparação pecuniária. Não houve reparação especificamente direcionada às crianças da comunidade.

1.3. A comunidade indígena Xámok Kásek vs. Paraguai

Assim como no caso da Comunidade Sawhoyamaxa, houve violação do direito à propriedade ancestral de terras da Comunidade Xámok Kásek. O impedimento ao acesso às terras ancestrais conduziu os membros da comunidade a um estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária que ameaçava de forma contínua a sobrevivência dos membros da comunidade e a sua integridade.

Na sentença, datada de 24 de agosto de 2010, a Corte voltou a afirmar que “[...] a prevalência do interesse superior da criança deve ser entendida como a necessidade de satisfação de todos os direitos das crianças, que obriga o Estado e irradia efeitos na interpretação de todos os demais direitos da Convenção quando o caso se refira a menores de idade”. Destacou-se, especificamente, que a falta de acesso à água potável e à alimentação adequada afetou o desenvolvimento e o crescimento das crianças e ocasionou altos índices de desnutrição entre elas. Reportou-se a ocorrência de 11 mortes de crianças, dentre as 13 ocorridas na comunidade, todas por causas que poderiam ter sido prevenidas com atendimento médico ou assistência adequada por parte do Estado. Sobre o direito à identidade cultural, salientou-se que a falta de demarcação do território importou perda de práticas tradicionais, como os rituais de iniciação feminina ou masculina e as línguas da comunidade.

Como medidas de reparação, foram determinadas: i) demarcação das terras e titulação da Comunidade Xámok Kásek; ii) realização de ato público de reconhecimento da responsabilidade estatal; iii) criação, na comunidade, de posto de saúde permanente, com medicamentos e insumos necessários para o atendimento de saúde adequado, o qual deveria ser trasladado ao lugar onde a comunidade seria assentada definitivamente; iv) realização de um programa de registro e documentação; v) instituição de um sistema eficaz de reclamação de terras ancestrais ou tradicionais dos povos indígenas; e vi) pagamento para efeito de reparação patrimonial.

1.4. Atala Riff e crianças vs. Chile

O caso Atala Riff e crianças refere-se à violação de direitos humanos pelo Poder Judiciário chileno que alterou sistema de guarda de crianças em favor do pai quando a mãe iniciou união estável homoafetiva. Em janeiro de 2003, o pai das crianças deu início a um processo de guarda e custódia perante o Juizado de Menores de Villarica, obtendo decisão favorável em maio de 2004, quando a Quarta Turma da Corte Suprema de Justiça do Chile acolheu seu recurso e lhe concedeu a guarda definitiva.

O trecho mais relevante da sentença quanto ao direito de criança é o item 4, que trata “[d]o princípio do interesse superior da criança e as presunções de risco”. Vale a pena reproduzir trechos da sentença pela especificidade com que o princípio foi tratado:

108. O objetivo geral de proteger o princípio do interesse superior da criança é, em si mesmo, um fim legítimo, além de imperioso. Em relação ao interesse superior da criança, a

Corte reitera que esse princípio regulador da legislação dos direitos da criança se fundamenta na dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças e na necessidade de propiciar seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades. Nesse sentido, convém observar que para assegurar, na maior medida possível, a prevalência do interesse superior da criança, o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que esta requer “cuidados especiais”, e o artigo 19 da Convenção Americana assinala que deve receber “medidas especiais de proteção”.

109. A Corte também constata que a determinação do interesse superior da criança, em casos de cuidado e guarda de menores de idade, deve se basear na avaliação dos comportamentos parentais específicos e seu impacto negativo no bem-estar e no desenvolvimento da criança, conforme o caso, nos danos ou riscos reais e provados, e não especulativos ou imaginários. Portanto, não podem ser admissíveis as especulações, presunções, estereótipos ou considerações generalizadas sobre características pessoais dos pais ou preferências culturais a respeito de certos conceitos tradicionais da família.

110. Concluindo, a Corte Interamericana observa que ao ser, de maneira abstrata, o “interesse superior da criança” um fim legítimo, a mera referência a ele, sem provar, concretamente, os riscos ou danos que poderiam implicar a orientação sexual da mãe para as crianças, não pode constituir medida idônea para a restrição de um direito protegido como o de poder exercer todos os direitos humanos sem discriminação alguma pela orientação sexual da pessoa. O interesse superior da criança não pode ser usado para amparar a discriminação contra a mãe ou o pai, em virtude da orientação sexual de qualquer deles. Desse modo, o julgador não pode levar em consideração essa condição social como elemento para decidir sobre uma guarda ou tutela.

111. Uma determinação com base em presunções infundadas e estereotipadas sobre a capacidade e idoneidade parental de poder assegurar e promover o bem-estar e o desenvolvimento da criança não é adequada para garantir o fim legítimo de proteger o interesse superior dessa criança. A Corte considera que não são admissíveis as considerações baseadas em estereótipos em virtude da orientação sexual, ou seja, preconcepções dos atributos, condutas ou características que possuem as pessoas homossexuais, ou o impacto que possam supostamente provocar nas crianças.

112. Por outro lado, o Tribunal ressalta que, embora no processo de guarda tenha sido produzida prova relacionada com algumas alegações específicas do Estado sobre como o pai supostamente ofereceria melhor ambiente para as crianças, a Corte só levará em conta, para a análise da adequação da medida, as provas e argumentação que tenham sido explicitamente utilizadas para a motivação de suas decisões pela Corte Suprema ou pelo Juizado de Menores de Villarrica na decisão de guarda provisória (pags. 41 e 56 supra).

113. O Tribunal constata que a Corte Suprema de Justiça mencionou quatro fundamentos diretamente relacionados com a orientação sexual da senhora Atala: i) a suposta discriminação social que teriam sofrido as três crianças pelo exercício da orientação sexual da senhora Atala; ii) a alegada confusão de papéis que teriam apresentado as três crianças em consequência da convivência da mãe com uma companheira do mesmo sexo; 129 iii) a suposta prioridade que a senhora Atala teria atribuído à sua vida pessoal em relação aos interesses das três filhas; 130 e iv) o direito das crianças de viver numa família com um pai e uma mãe. A Corte Suprema concluiu que os juízes recorridos falharam ao “não ter avaliado de maneira estritamente consciente os antecedentes probatórios do processo” e que ao “ter preterido o direito preferencial das menores [de idade] de viver e desenvolver-se no seio de uma família estruturada normalmente e apreciada no meio social, segundo o modelo tradicional que lhes é próprio, haviam incorrido em falta ou abuso grave, que devia ser corrigido mediante o acolhimento do presente [...] recurso de agravo”. A decisão de guarda provisória utilizou como fundamento principal a suposta prioridade de interesses e o alegado direito das crianças de viver em uma família tradicional (par. 41 supra), razão pela qual nesses pontos o exame se realizará de maneira conjunta.

114. Levando em conta o acima exposto, a Corte passa a analisar se esses argumentos eram adequados para cumprir a finalidade declarada pela sentença da Corte Suprema e pela decisão do Juizado de Menores de Villarrica, isto é, a proteção do interesse superior das três crianças.

Com base nessas premissas, conclui a Corte que uma possível discriminação social, motivada pelas condições do pai ou da mãe, não é argumento adequado a proteger o interesse superior das crianças; que não havia dano concreto e específico às crianças pela convivência da mãe com uma companheira; e que não é possível interpretar o direito à família como o direito a uma família tradicional.

Outro ponto importante nessa sentença é pertinente ao direito da criança a ser ouvida. Embora, no caso, a Corte tenha afirmado que a (re)oitiva de uma criança precise considerar possíveis efeitos traumáticos que possam advir do ato, entendeu que houve violação ao direito de ser ouvida quando a decisão baseou-se abstratamente no princípio do melhor interesse, sem, contudo, referenciar como e em que medida o princípio estava sendo violado. E adotou o entendimento do Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas nas especificações do alcance do direito de manifestação da criança (art. 12 da Convenção sobre Direitos da Criança):

198. Com a finalidade de determinar o alcance dos termos descritos no artigo 12 dessa Convenção, o Comitê definiu uma série de especificações, a saber: i) “não [se] pode partir da premissa de que uma criança é incapaz de expressar suas próprias opiniões”; ii) “a criança não deve ter necessariamente um conhecimento exaustivo de todos os aspectos do assunto que a afeta, mas compreensão suficiente para ser capaz de formar adequadamente um juízo próprio sobre o assunto”; iii) a criança pode expressar suas opiniões sem pressão, e pode escolher se quer ou não exercer o direito de ser ouvida; iv) “a realização do direito da criança de expressar suas opiniões exige que os responsáveis por ouvi-la e seus pais ou tutores informem a criança sobre os assuntos, as opções e as possíveis decisões que possam ser adotadas e suas consequências”; v) “a capacidade da criança [...] deve ser avaliada para que se levem devidamente em conta suas opiniões ou para a ela comunicar a influência que essas opiniões tiveram no resultado do processo”; e vi) “os níveis de compreensão das crianças não se vinculam de maneira uniforme à sua idade biológica”, razão pela qual a maturidade da criança deve ser medida com base na “capacidade [...] de expressar suas opiniões sobre as questões de forma razoável e independente”.

As medidas de reparação pelas violações aos direitos das crianças envolvidas e de sua mãe envolveram a condenação do Estado a: i) prestar atendimento médico e psicológico ou psiquiátrico gratuito, de forma imediata, adequada e efetiva; ii) implementar programas e cursos permanentes de educação e treinamento destinados aos servidores públicos, especialmente aos do setor jurídico; iii) publicar a sentença e assumir a responsabilidade; e iv) pagar indenização.

1.5. Fornerón e filha vs. Argentina

O caso Forneron vs. Argentina conta a história da filha biológica do sr. Forneron, que foi entregue pela mãe, ao nascer, a um casal para adoção. Logo após o nascimento da criança, o pai biológico adotou as medidas cabíveis para o reconhecimento da paternidade e a implementação de regime de visitas, o que não ocorreu, apesar de múltiplos pedidos feitos ao longo de mais de dez anos. Em 2005, a criança foi adotada pelo casal, que, inicialmente, recebeu a criança em guarda.

Ao julgar o caso, a Corte reconheceu que o direito à proteção à família, reconhecido no art. 17 da Convenção Americana, inclui favorecer o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar de origem, do qual a criança só pode ser retirada de forma excepcional e temporária, devidamente justificada no interesse superior da criança. A Corte entendeu que esse direito foi violado porque não houve excepcionalidade na separação familiar, expressa na oposição reiterada do pai biológico à guarda e à adoção, bem como na inexistência de medidas que permitissem a vinculação entre pai e filha. Por fim, a sentença consignou também violação ao direito de identidade porque se impossibilitou que a criança crescesse com a família biológica e criasse as relações familiares juridicamente correspondentes.

As medidas de reparação importaram condenação da Argentina a: i) estabelecer de maneira imediata um procedimento orientado à efetiva vinculação do Sr. Fornerón e sua filha; ii) apurar as responsabilidades dos servidores públicos envolvidos no caso; iii) adotar medidas legislativas que tipifiquem venda de crianças; iv) adotar programa ou curso obrigatório aos membros do sistema de Justiça que contemple, dentre outros temas, matérias sobre direitos da criança; v) publicar a sentença e assuir a responsabilidade; e vi) pagar indenização.

2. PARÂMETROS E INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DA VULNERABILIDADE DE CRIANÇAS SEGUNDO A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Conforme se verifica dos precedentes citados, o fundamento motriz da Corte para decidir casos que envolvem crianças é o princípio do melhor interesse ou superior interesse. O caso Atala Riff tem trecho que sintetiza a ideia de melhor interesse:

[...] em relação ao interesse superior da criança, a Corte reitera que esse princípio regulador da legislação dos direitos da criança se fundamenta na dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças e na necessidade de propiciar seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades.

Esse entendimento consta, ainda que não expresso da mesma forma, nos outros julgados. Em Comunidade Yean e Bosico, a proteção ao melhor interesse vem traduzido no prejuízo das crianças em ter direito ao nome, direito à personalidade jurídica e dificuldades de acesso à educação, as quais ocorreram no caso concreto. Nos casos das comunidades Sawhoyamaxa e Xámok Kásek o melhor interesse surge quando a Corte trata da vulnerabilidade e das más condições de vida, alimentação, saúde e educação, bem como do prejuízo à construção de uma identidade cultural. No caso Fornerón, o princípio do melhor interesse é deduzido quando a sentença aborda o direito à família de origem e a impossibilidade de relação das experiências familiares que a separação injustificada de pai e filha biológicos promoveu.

A adoção do princípio do melhor interesse pela Corte como fundamento de suas decisões guarda consonância com o art. 3º, alínea 1, da Convenção sobre Direitos da Criança, segundo a qual “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Contudo, deve-se deixar claro que a aplicação do princípio do melhor interesse não ocorre em abstrato. A Corte exige que a verificação de atendimento do princípio seja realizada diante do caso concreto e da existência de prejuízos constatados ao direito das crianças.

Veja-se novamente o caso Atala Riffo: a Corte decidiu que a orientação sexual da mãe e sua união estável com outra mulher não configurariam *per se* violação ao princípio do melhor interesse das crianças, uma vez que não havia evidências físicas ou psicológicas que pudessem atestar prejuízo ao cuidado às crianças ou prejuízo à conveniência paterna, que se manteve inalterada.

A percepção de que o princípio do melhor interesse só pode ser verificado no caso concreto está de acordo com a concepção de Robert Alexy (2002, p. 86) sobre princípios, ao defini-los como mandamentos de otimização, isto é, “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”.

A compreensão de que só é possível atestar o cumprimento ou não do melhor interesse diante do caso em concreto ajuda a entender a criança como pessoa, ser humano inserido em determinadas relações culturais e socioeconômicas, e não como uma entidade em abstrato. Como parte de relações sociais complexas, seus interesses e necessidades variam em quantidade, qualidade ou intensidade, a depender da maior ou menor exposição a fatores que auxiliam ou dificultem seu pleno desenvolvimento.

A abordagem concreta do melhor interesse da criança exige que se olhe a pessoa em todas as suas peculiaridades, igualdades e diferenças, auxiliando na depuração de estigmas e preconceitos sociais como causas impeditivas de cuidado, como ocorreu no Caso Atala Riffó, em que a Corte chilena impediu a guarda das filhas em razão da discriminação social à homossexualidade, e no Caso Fornerón, em que o pai não teve pleno acesso ao reconhecimento da paternidade e ao direito de visitação porque se considerou que suas relações afetivas não eram estáveis o suficiente para permitir a vinculação a uma criança.

A proposição de uma abordagem concreta do princípio do melhor interesse não dispensa a abstração da pessoa como categoria filosófica. Nesse sentido, devemos ainda considerar a criança como um grupo em situação de vulnerabilidade em razão de sua peculiar condição de desenvolvimento.

Assim, as situações que envolvem crianças devem ser decididas no sopesamento entre o sujeito em abstrato e a pessoa em concreto de modo a permitir sua proteção integral. Nas palavras de Gustavo Tepedino (2016):

Nessa medida, o primado da dignidade humana comporta o reconhecimento da pessoa a partir dos dados da realidade, realçando-lhe as diferenças, sempre que tal processo se revelar necessário à sua tutela integral. A abstração do sujeito, de outra parte, assume grande relevância nas hipóteses em que a revelação do dado concreto possa gerar restrição à própria dignidade, ferindo a liberdade e a igualdade da pessoa. A coexistência das duas construções – do sujeito e da pessoa –, sempre funcionalizadas à tutela da dignidade humana, coloca o intérprete, desse modo, frente ao desafio de promover a “compatibilidade entre o sujeito abstrato e o reconhecimento das diferenças”. (TEPEDINO, 2016, p. 18)

Com igual importância, em comparação ao parâmetro utilizado nas sentenças, estão os instrumentos para a reparação dos direitos violados. Os dispositivos das cinco sentenças apresentadas neste trabalho podem ser classificados em quatro grupos: i) publicidade da sentença e da responsabilidade do Estado pela violação; ii) reparação pecuniária; iii) medidas não pecuniárias que assegurem o exercício do direito ou liberdade protegidos na Convenção e que foi considerado violado; iv) medidas de prevenção contra a repetição de violação.

A reparação, patrimonial ou não patrimonial, tem fundamento no art. 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que determina que:

[...] quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade

violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

As medidas de publicização da condenação assumem especial relevância para delimitar a assunção da responsabilidade estatal perante o país e a sociedade internacional e, ao menos em tese, representaria a primeira medida de prevenção à repetição de novas violações.

O ato de assunção de responsabilidade, porém, é apenas uma das condenações possíveis na tentativa do Sistema Interamericano de prevenir a repetição de violação. Outras medidas podem ser adotadas pela Corte para essa finalidade, como de fato ocorreram nas sentenças citadas.

Nos casos que envolveram comunidades indígenas, a proteção à vida dos membros das comunidades foi assegurada pela condenação do Paraguai a instalar postos de saúde e unidades de ensino nas áreas ocupadas pelas comunidades. Nos casos Atala Riff e Fornerón, os Estados foram condenados a capacitar permanentemente os agentes do sistema de Justiça contra políticas de discriminação.

De acordo com as fundamentações das cinco sentenças apresentadas, verifica-se que nenhuma das condenações assume maior importância que as demais, de modo que o conjunto de medidas visa tanto à sedimentação de uma cultura de respeito aos direitos humanos quanto à reparação específica dos direitos violados.

3. PROPOSTAS PARA A ADOÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Como proposta de finalização deste artigo, entendemos ser necessário determinar de que forma os parâmetros de decisão e os instrumentos utilizados pela Corte podem ser incorporados ao direito brasileiro. Quanto ao princípio do melhor interesse, a doutrina e a jurisprudência o inserem no art. 227 da Constituição da República, segundo o qual:

[...] é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em reforço à norma constitucional, vale salientar que o Brasil é signatário da Convenção sobre Direitos da Criança, tendo-a incorporado ao ordenamento pátrio por meio do Decreto nº 99.710/90, aplicando-se o disposto no art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Além disso, o art. 1º da Lei nº 8.069/90 incorporou o princípio do melhor interesse da criança. Por terem ambos os dispositivos a mesma justificação, isto é, a proteção da criança em razão da sua condição de desenvolvimento, a aplicação do princípio no Brasil deve igualmente ser orientada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, afastando-se a mera análise em abstrato sobre a violação do princípio.

Alinhando-se à orientação da Corte Interamericana, podemos citar o *HC* nº 440752-PR^[93], o *HC* nº 430216-SP^[94] e o *REsp* nº 1635649-SP^[95]

⁹³ HABEAS CORPUS. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA EXTENSA. AVÓ MATERNA. VÍNCULO FAMILIAR. PREVALÊNCIA. GUARDA. POSSIBILIDADE. ARTS. 1º E 100, PARÁGRAFO ÚNICO, X, DO ECA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei nº 8.069/90), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança.
2. É incabível o acolhimento institucional de criança que possui família extensa (avó materna) com interesse de prestar cuidados (art. 100 da Lei nº 8.069/90).
3. Ressalvado o evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, é inválida a determinação de acolhimento da criança, que, no caso concreto, exterioriza flagrante constrangimento ilegal.
4. Ordem concedida.

(*HC* 440.752/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018, *DJe* 27/04/2018)

⁹⁴ CIVIL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICACÃO. COLOCACÃO DE CRIANÇA EM ABRIGO INSTITUCIONAL. SUSPEITA DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA. PRESERVAÇÃO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE ESTUDO PSICOSSOCIAL. AUSSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO AFETIVA ENTRE PRETENSA GUARDIÃ E A INFANTE. NÃO OCORRÊNCIA DE DECISÃO FLAGRANTEMENTE ILEGAL OU TERATOLOGICA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Em regra, não é admissível a utilização de habeas corpus como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível. Precedentes.
2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes.
3. Todavia, em situações excepcionais, em que se buscou preservar o direito à convivência com a família natural da criança, não foi realizado o indispensável estudo psicossocial para aferir sua real situação, bem como não se formaram laços afetivos entre a infante e a pretendida guardiã, em razão do pouquíssimo tempo de convivência entre elas (dois meses), não é recomendável, em atenção aos princípios do melhor interesse e da proteção integral, que ela fique no lar da família substituta, até porque encontra-se abrigada há um bom tempo (sete meses).
4. Ordem denegada.

(*HC* 430.216/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2018, *DJe* 20/03/2018)

⁹⁵ CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. PADRÃO HERMENÉUTICO DO ECA.

- 01 - Pedido de adoção deduzido por avós que criaram o neto desde o seu nascimento, por impossibilidade psicológica da mãe biológica, vítima de agressão sexual.

todos do Superior Tribunal Justiça, em que o princípio foi aplicado em atenção às circunstâncias fáticas envolvidas.

Sobre os instrumentos possíveis, o direito brasileiro exige tão somente que a condenação em processo judicial guarde correlação com os pedidos apresentados na petição inicial. Mas já é assente a possibilidade de pretensões de reparação patrimonial ou não patrimonial (SCHEREIBER, s.d.) inclusive, de mecanismos não vinculados à responsabilidade civil e que permitem a solução de conflitos com maior eficácia tanto às pessoas envolvidas quanto em matéria de prevenção de novos danos.^[96]

02 - O princípio do melhor interesse da criança é o critério primário para a interpretação de toda a legislação atinente a menores, sendo capaz, inclusive, de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação específica que é analisada.

03 - Os elementos usualmente elencados como justificadores da vedação à adoção por ascendentes são: i) a possível confusão na estrutura familiar; ii) problemas decorrentes de questões hereditárias; iii) fraudes previdenciárias e, iv) a inocuidade da medida em termos de transferência de amor/afeto para o adotando.

04 - Tangenciando à questão previdenciária e às questões hereditárias, diante das circunstâncias fática presentes - idade do adotando e anuência dos demais herdeiros com a adoção, circunscreve-se a questão posta a desate em dizer se a adoção conspira contra a proteção do menor, ou ao revés, vai ao encontro de seus interesses.

05 - Tirado do substrato fático disponível, que a família resultante desse singular arranjo, contempla, hoje, como filho e irmão, a pessoa do adotante, a aplicação simplista da norma prevista no art.

42, § 1º, do ECA, sem as ponderações do “prumo hermenêutico” do art.

6º do ECA, criaria a extravagante situação da própria lei estar ratificando a ruptura de uma família socioafetiva, construída ao longo de quase duas décadas com o adotante vivendo, plenamente, esses papéis intrafamiliares.

06 - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1635649/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018)

⁹⁶ “A revisão crítica da estrutura e da função da responsabilidade civil, provocada pela expansão do dano resarcível e pelos outros fenômenos antes aludidos, não trouxe para a ordem do dia apenas questionamentos acerca da melhor forma de reparar o dano (indenização pecuniária ou outros meios), mas também o dilema sobre se repará-lo é efetivamente a melhor solução. [...] Embora não se possa desprezar os obstáculos à implementação de instrumentos estranhos à nossa cultura, tampouco se pode deixar de reconhecer que a maior parte dos problemas vividos hoje na responsabilidade civil deriva justamente do fato de que o instituto vem sendo utilizado para desempenhar funções que lhe são, conceitualmente, estranhas. Sobretudo em países como o Brasil, a insuficiência do Estado em seu papel – reiteradamente ignorado – de distribuição de riquezas e assistência social interfere, subrepticiamente, no deslinde das ações de responsabilização, tendendo o magistrado a identificar ou eleger, ainda que por caminhos pouco técnicos, um sujeito responsável, capaz de assegurar reparação ao dano sofrido, mesmo que casualmente, pela vítima. Tal atitude jurisprudencial, legítima em seus fins, acaba ameaçada pelo emprego de um instrumental dogmático que a tais objetivos tradicionalmente não se destina, embora o direito positivo não ofereça outro. Cumpre, por estas razões, não apenas promover, no âmago da responsabilidade civil, as alterações estruturais necessárias ao adequado desempenho de suas novas funções – como a tutela de interesses não patrimoniais –, mas, igualmente, cogitar de outros instrumentos que possam somar-se ao instituto com o propósito de promover a mais ampla e justa proteção contra os danos, desempenhando aquelas tarefas que, de forma procustiana, lhe vêm, hoje, atribuídas. Vale aqui a singela proposta de Hannah Arendt: “trata-se apenas de refletir sobre o que estamos fazendo” (SCHEREIBER, s.d.).”

A possibilidade de medidas de reparação patrimonial ou não patrimonial vem amparada pela tutela das espécies obrigatorias do Código Civil, como as obrigações de fazer e de não fazer, na amplitude de imposição de medidas de prevenção e proteção constantes do art. 101 e nos arts. 212 e 213 sobre tutela coletiva da Lei nº 8.069/90, por exemplo, bem como nas previsões do art. 497 do Código de Processo Civil, art. 11 da Lei nº 7.347/85 e, por fim, nos arts. 81, 82 e 83 da Lei nº 8.078/90.

Esse conjunto de normas, sem exclusão de outras, constitui a base normativa que deve dialogar entre si, construindo uma teia jurídica de proteção concreta dos interesses de crianças.^[97]

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1986.
- BISSEL, Susan et al. *Rethinking child protection from a rights perspective: some observations for discussion*. s. d. Disponível em: <<http://bit.ly/2IoSE4t>>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANTWELL, Nigel. The origins, development and significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child. In: DETRICK, Sharon. (Ed.). *The United Nations Convention on the Rights of the Child: a guide to the “Travaux préparatoires”*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 19-30.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

⁹⁷ “O desafio do jurista de hoje encontra-se em lidar com a complexidade dos núcleos normativos que caracterizam o sistema, composto pela Constituição, leis gerais, especiais, tratados internacionais, promulgados em experiências culturais e momentos históricos diferenciados. Diálogo de fontes, portanto – e jamais monólogo, em que se privilegiasse arbitrariamente o Código Civil ou as leis especiais. O Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico, não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar microclima de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional. Nessa esteira, a solução para as controvérsias do caso concreto nunca dependerá de regra isoladamente considerada, devendo-se, ao revés, ter em conta o ordenamento jurídico como um todo, com seus valores e princípios fundamentais” (TEPEDINO, 2015).

HOLLINGSWORTH, Kathryn. Theorising Children's Rights in Youth Justice: The Significance of Autonomy and Foundational Rights. *The Modern Law Review*, v. 76, n. 6, p. 1046-1069, nov. 2013.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Princípio da pessoa em desenvolvimento: fundamentos, aplicações e tradução intercultural. *Revista Direito e Práxis*, v. 5, n. 9, p. 60-83, 2014.

PEREIRA, Tania da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais na Constituição de 1988. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 252-271, 2003.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PROUT, Alan; JAMES, Allison. *Constructing an reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood*. New York: Routledge, 1997.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; VERAS, Gésio de Lima. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Rodrigues-e-Veras-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 48. p. 11-32, 1997.

SCHEREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil*. s. d. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em 4 set. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. *Diálogo entre fontes normativas na complexidade do ordenamento*. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/87>>. Acesso em: 4 set. 2018.

_____. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. IN: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 17-34.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. *Revista TST*, Brasília, v. 79, n. 1, p. 38-54, jan./mar. 2013.

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Luciene Torres Pereira^[98]
Maria de Fátima Abreu Marques Dourado^[99]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a análise de alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), pelos quais foi possível observar a aplicação do princípio da duração razoável do processo. Seu objetivo não está adstrito à apresentação de uma tese inovadora, mas de ser procedida a verificação da aplicação do princípio processual acima citado aos casos sob jurisdição internacional, em razão da violação dos direitos humanos, e adesão dos Estados envolvidos no Pacto. Portanto, verifica-se que o Pacto busca oferecer garantias contra a violação dos direitos humanos, e estes podem e são atingidos pela demora não razoável do processo, que não é só uma questão de instrumentalidade, mas de verdadeira infração ao que preconizado no Estado democrático de direito, que tem a dignidade humana como princípio absoluto e fonte ética.

O trabalho está organizado em seções nas quais são explicitados o referencial teórico e a metodologia, envolta em pesquisa via internet e bibliográfica. Quanto ao conteúdo, o destaque reside na aplicação do princípio da duração razoável do processo e sua ótica, observada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e nos critérios fixados para se validar sua duração razoável e sua percepção em termos de efetividade da Justiça e lesão aos direitos dos jurisdicionados, com possibilidade de reparação.

^[98] Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Coordenadora da 4^a Região da Defensoria Pública. Pós-graduação em Civil e Processo Civil. Especialização MBA em Administração Pública em curso CIPAD FGV. E-mail: luciene.torres@uol.com.br

^[99] Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e doutoranda pela Universidade Nacional de Lomas de Zamorra, Buenos Aires – Argentina. Área de pesquisa: Direitos Humanos. E-mail: 7vcbarra@gmail.com

Em derradeira análise, este estudo avalia a aplicação do direito fundamental ao processo justo nos casos apreciados pela Corte e selecionados para o presente trabalho e sua correlação com a duração razoável do processo.

Por certo que a demora dos processos foi identificada como motivo constante de reclamação perante a Corte, justamente em razão de ser destruidora do anseio democrático de uma tutela jurisdicional efetiva.

O Brasil, como aderente ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), fica vinculado, não só em sede constitucional, mas além das fronteiras, a observar o devido processo legal e a duração do processo, conforme disposto no art. 8º da referida norma.

Assim, inicia-se com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que incluiu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal com a seguinte redação: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”, para se elevar a preocupação a dimensões globais. Não se tem em conta somente a preocupação com a atividade jurisdicional ou sua demora, mas o que isso causa ao jurisdicionado e a forma como atinge todos os direitos fundamentais protegidos, como os princípios do acesso à Justiça e do processo justo, do contraditório e da ampla defesa, da duração razoável do processo e da efetividade e razoabilidade da prestação jurisdicional. Todos princípios cogentes e correlatos entre si.

Em apreciação e reflexão após a pesquisa em comento, vê-se que a procrastinação dos processos não se destaca apenas em seu aspecto processual, como inobservância de um preceito procedural, mas traduz-se em violação direta aos direitos mais caros aos homens e negação ao monopólio da jurisdição tomado pelo Estado, o que ameaça o modelo de construção de poder no Estado democrático.

O Estado monopolizou para si a solução dos conflitos e, como consequência, dotou um de seus poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto, mas tem se mostrado incapaz de responder de forma eficaz os anseios de seus jurisdicionados.

1. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Não é novidade para ninguém – e, principalmente, para aqueles que fazem da ciência jurídica seu instrumento de trabalho – que o Brasil engatinha nas questões relacionadas às garantias dos direitos humanos. A Constituição de 1988 completou, no dia 5 de outubro de 2018, trinta anos, o que, em matéria de lei, é um tempo bastante curto se analisarmos sob a ótica do momento histórico vivido pelo país.

Apenas a título de comparação, a Constituição dos Estados Unidos data de 1789; a da França, de 1958; a da Alemanha, de 1949; a do Japão, de 1946. A brasileira, apesar de recente, já conta 99 emendas, o que reflete a instabilidade e a imaturidade de nosso regime político.

Diante desse cenário, torna-se ainda mais premente a intensificação da vigília das garantias conquistadas a duras penas, principalmente aquelas afeitas aos direitos humanos. A Emenda Constitucional nº 80 alterou a redação do art. 134 original da Carta Magna para estabelecer que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.^[100]

Diante de tão grande tarefa, a Defensoria não pode e não vem se furtando a enfrentar a luta pela promoção dos direitos humanos. Seguindo a linha de pensamento de Rudolf von Ihering (2004), de que a injustiça não é mais que uma ação arbitrária, isto é, um ataque contra a ideia do direito, nos propomos a fazer um estudo que sirva de norte aos defensores que, no dia a dia de sua atuação, enfrentam as mazelas do Judiciário brasileiro.

Nesse intento, ousamos analisar a questão da duração razoável do processo e como sua inobservância tem contribuído para impedir o acesso à Justiça, tomando como contraponto a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. E por quê?

¹⁰⁰ Art. 5º, LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Primeiro, porque, conforme afirma Eleonora Mesquita Ceia (2012),

[...] as sentenças da Corte servem de impulso para: a adoção de políticas públicas em setores tradicionalmente menos amparados; a modificação da legislação interna com a edição de leis que garantem os direitos das vítimas de violações de direitos humanos e; dirigir a atenção da sociedade para os abusos cometidos por agentes públicos. (CEIA, 2012, *on-line*)

Segundo, para fomentar a prática do exercício do controle de convencionalidade, ou seja, da análise das normas internas, não só em razão de sua compatibilidade com a Constituição, mas também com os tratados internacionais ratificados pelo governo e em vigor no país.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada após a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 19 de março de 1969, e entrou em vigor em 18 de julho de 1978. O Brasil é signatário do pacto desde a entrada em vigor do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, no entanto, apenas em 2014, por meio da Emenda Constitucional nº 45, fez consignar no rol dos direitos fundamentais, no inciso LXXVIII do art. 5º,^[101] o princípio da duração razoável do processo. A observância de tal princípio, expresso no art. 8.1 do pacto,^[102] no entanto, já havia sido introduzido no direito brasileiro pela ratificação da Convenção e, consequentemente, o Brasil já estava comprometido em garantir sua aplicação.

A duração razoável do processo está umbilicalmente ligada a outro princípio, que é o de acesso à Justiça, também contido no rol das garantias fundamentais. É de conhecimento notório a lentidão da Justiça brasileira. A demora na prestação da tutela jurisdicional conduz, via de regra, à injustiça das decisões e à violação da garantia de acesso à Justiça.

O direito ao acesso à Justiça, como princípio fundamental, deflagrou um processo de ampliação da Justiça a todos os cidadãos, principalmente aos

¹⁰¹ Art. 5º, LXXVIII – A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁰² Art. 8º, Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

que, até então, encontravam-se à margem desse processo. A importância de tal direito vemos refletida na verdadeira transformação pela qual passou a Justiça brasileira a partir de 1988. A Constituição deu a todo brasileiro a oportunidade de ver analisado pelo Poder Judiciário lesão que ameaçar seu direito. Tal fenômeno engessou ainda mais uma Justiça que já era lenta e não estava preparada para tamanho crescimento de demanda.

Diante desse cenário, vemos diariamente o direito ao acesso à Justiça sendo violado. Não há dúvidas, embora exista quem os classifique de outra forma,^[103] de que estamos diante de violação de um direito humano. A demora na prestação jurisdicional torna, muitas das vezes, ineficaz a decisão proferida. No dizer de Annoni (2003, p. 123), “um cidadão que, ao recorrer ao Poder Judiciário, não encontra resposta suficiente, oferecida em um prazo razoável, à sua demanda, em virtude de atraso injustificado, em verdade não encontra resposta alguma, o que configura a denegação da justiça”.

Por definição, podemos atribuir os seguintes significados ao vocábulo “razoável”: o que está em conformidade com a razão; aceitável pela lógica; que demonstra bom senso; sem excesso; moderado ou comedido; que está entre o excelente e o péssimo; suficiente. Seguindo esse raciocínio, podemos conceituar a duração razoável do processo como um lapso temporal moderado, suficiente para que a tutela jurisdicional seja prestada, de forma eficiente e definitiva. É certo que não há como estabelecer um prazo fixo para que um processo tenha seu termo final, uma vez que cada demanda tem seu desenrolar próprio, a depender de vários fatores que podem retardar ou antecipar seu desfecho. Por outro lado, não há como considerar razoável a demora, muitas vezes, de mais de uma década para a solução de um litígio.

É sabido que o acesso à Justiça e o princípio da duração razoável do processo constituem direitos fundamentais, verdadeiras garantias constitucionais, mas também se sabe que outros direitos catalogados como garantias devem ser observados, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, de forma que, como muito bem ensina Francisco Wildo Lacerda Dantas (2010), não se pode estabelecer um prazo razoável por mero somatório dos prazos de cada fase processual, sob pena de, ao tentar proteger um direito, se viole outro:

¹⁰³ Sarlet (2001) prefere diferenciar os direitos humanos dos direitos fundamentais. Os primeiros guardariam relação com os documentos de direito internacional, enquanto que os segundos seriam aqueles reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo.

A noção de razoabilidade – insita ao próprio direito fundamental – é necessariamente aberta. A correta identificação de prazo razoável somente se poderá fazer por meio do método de uma concretização ponderada, à luz dos casos particulares que se apresentam. É impossível e insensato, por contrário à natureza do direito, fixar rigidamente minuciosas tabelas temporais que meçam genericamente o prazo razoável em termos de anos, meses ou dias. (DANTAS, 2010, p. 4-13)

A Corte Interamericana, nos parece, também compartilha tal entendimento, uma vez que não estabelece prazos fixos para determinar o prazo razoável de duração de um processo, mas fixa critérios pelos quais se pode mensurar, em cada caso em concreto, se a demora feriu garantias já consolidadas pelas normas internas de cada Estado.

1.1 Critérios fixados pela Corte Interamericana para se avaliar a duração razoável do processo

Nesta seção, será apresentada uma análise sistematizada de casos selecionados de julgados da Corte IDH, com abordagem do princípio da duração razoável do processo, com o objetivo de examinar a interseção da jurisprudência internacional sobre o sistema processual vigente no Brasil no que tange ao impacto do tempo do processo sobre os direitos fundamentais aos quais se busca proteção, sobretudo, respeito à dignidade da pessoa humana.

A importância do estudo, já introduzido no mundo acadêmico, é a realização de uma abordagem por uma instituição como a Defensoria Pública, que tem como alicerce a efetivação de valores como a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a consequente proteção aos vulneráveis. Por isso, tende a aplicar os referidos valores, inclusive considerados vetores constitucionais, em sua atividade de assistência judicial e extrajudicial.

Portanto, a necessidade da interpretação congruente do sistema processual brasileiro vigente e das decisões extraídas da Corte de IDH perpassa pela obrigatoriedade valoração integrada de países que aderiram ao Pacto San José da Costa Rica, no tocante ao estabelecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade, entre outros, bem como o das garantias judiciais, em que se inclui o tempo razoável de duração do processo.

Esse deve ser o pilar axiológico do sistema processual brasileiro vigente, instituído como paradigma político-jurídico de um Estado democrático de direito, sendo

primordial a proteção não só dos direitos materialmente sedimentados, mas da efetiva aplicação dos mecanismos processuais de efetivação desses direitos, com o que será possível assegurar a superação do estado de vulnerabilidade instalado em âmbito individual e coletivo.

É inadmissível, assim, que países como o Brasil, aderentes ao Pacto, simplesmente ignorem-no na consolidação de um regime de liberdade e justiça social, que tenha como pungente vertente a preservação e a proteção dos direitos humanos. Há a premente necessidade de adaptação e harmonização de seu ordenamento jurídico interno às decisões e convenções internacionais.

A inobservância ao princípio da razoável duração do processo inviabiliza o gozo de direitos individuais e sociais, os quais se transmudam ou se perdem na indelével ação do tempo, o passar do tempo desde a judicialização do conflito até a resposta judicial, sendo imprescindível a qualificação desse direito processual como fundamental, que deve ser intrínseco aos direitos humanos a legitimar o alcance do tema a toda a comunidade internacional como sentimento de sensibilização.

A participação da Defensoria Pública, enquanto instituição com missão constitucional de proteção e defesa dos vulneráveis e hipossuficientes, coloca-se como elemento de intervenção e formador de opiniões no novo programa político-jurídico, que deve ser construído não só pela observância aos princípios constitucionais, mas também com a função de fomentar a necessária adaptação do ordenamento jurídico brasileiro às convenções e decisões internacionais.

Sobre a duração razoável do processo em si, importa ressaltar que não basta assegurar simplesmente o acesso à Justiça, mediante propositura de ações, já que o Brasil, ao ratificar o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8.1, se implicou em mais que isso, comprometendo-se com a efetivação dos direitos por meio da proteção ao direito do cidadão à duração razoável do processo.

Como compreender a aplicação do direito à duração razoável do processo a partir da análise dos julgados da Corte IDH sobre o tema?

Primeiramente, é preciso reconhecer que não se pode olvidar a importância do direito processual como direito fundamental que assegura a efetividade dos demais direitos, de tal modo que a proteção desses direitos depende de sua aplicação equilibrada e razoável observância. Assim, a efetividade da jurisdição revela-se de suma importância para a garantia dos direitos materiais, também consagrada como vertente de direito constitucional essencial à efetividade dos direitos humanos, uma vez que, diante de situações de agressão ou de ameaça, sua concretude evita o perecimento do direito ou sua violação.

A abordagem e o exame pela Corte Internacional tem o condão de dar um novo olhar e interpretação ao direito processual, tanto no aspecto teórico quanto no prático, ressaltando a importância da efetividade da prestação jurisdicional para o respeito aos direitos materiais, nestes inseridos os direitos humanos.

Como se identifica a observância ou a inobservância do princípio da duração razoável do processo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

Não cabe no âmbito desta resenha uma simplista interpretação de que o desrespeito ao prazo razoável do processo seja identificado por mero descumprimento temporal de prazos isolados ou simples somatório de unidades de tempo para a prática de cada ato processual. Há que se investigar, como o faz a Corte Interamericana em suas decisões, outros elementos que possam representar violação à duração razoável do processo, como a primazia na prática de alguns atos em detrimento de outros e se outros direitos materiais foram violados em razão da demora processual, além do pungente no conflito posto a apreciação.

Não são apenas direitos materiais civis os que são violados com a inobservância da razoável duração do processo, mas também os direitos de natureza penal. Alguns reflexos desses direitos são essencialmente processuais, como direito ao contraditório e ampla defesa, ou mesmo o direito ao acesso à Justiça em sentido estrito, direito à isonomia processual, direito à produção de provas e direito a obter uma resolução judicial do conflito pela outorga da prestação jurisdicional. Mas, a par dos citados reflexos procedimentais, outros parâmetros devem ser sopesados na conceituação da razoável duração do processo: o direito de ter uma resposta rápida, se o direito material posto a ser apurado não traz questão de alta indagação ou exige exaustiva produção de provas; colaboração e cooperação das partes, evitando o retardamento do processo; e atuação precisa dos atores processuais e servidores, para prevenir a demora excessiva.

Sem sombra de dúvidas, já ficou provada a influência temporal no processo. Embora os efeitos do tempo devam ser considerados, haverá igualmente violação aos direitos fundamentais se violadas as prerrogativas e garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Portanto, critérios devem ser observados para que se determine o conceito de duração razoável e se possam valorar as denúncias de violação de direitos apresentadas à Corte: complexidade da causa;atividade processual do interessado; conduta das autoridades judiciais; afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo. Tais critérios passaram a servir de *standards* mínimos para análise dos diversos casos apresentados à Corte como forma de minimizar o grau de indeterminação do conceito. Passemos a analisar cada um deles.

1.1.1 Complexidade da causa

O primeiro critério cinge-se às circunstâncias fáticas do caso. Por óbvio, não é possível estabelecer de forma única, como se fosse uma fórmula matemática, quais são essas circunstâncias. Tal análise deverá ser feita caso a caso. Segundo Arruda (2006), a complexidade da causa está intrinsecamente ligada ao número de partes litigantes, às complicações probatórias e às dificuldades jurídicas específicas apresentadas pela matéria em apreciação.

Para melhor entendermos como a Corte aplica na prática o critério da complexidade da causa, tomemos como exemplo o caso Garibaldi vs Brasil. A demanda chegou à Corte com vistas à apuração da responsabilidade do Estado brasileiro decorrente do descumprimento da obrigação de investigar e punir o homicídio do Sr. Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27 de novembro de 1998, durante uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem-terra que ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte, Paraná. Logo após o fato, um senhor de nome Lobato, administrador da fazenda, foi detido em flagrante portando um revólver calibre 38, sem registro nem licença de porte. O inquérito para apurar as circunstâncias do fato foi aberto no mesmo dia para apurar o homicídio, o porte ilegal de arma e eventual formação de quadrilha. É o breve resumo.

A íntegra da decisão da Corte faz o relato minucioso do trâmite do inquérito, o que não cabe agora repetir, mas fato é que, em 12 de maio de 2004, ou seja, 5 anos e 6 meses depois, o promotor de Justiça atuante no caso pediu o arquivamento do inquérito, pedido que foi acolhido pelo juiz competente. Contra tal decisão foi impetrado mandado de segurança que foi denegado sob o fundamento de que o pedido era incompatível como âmbito cognitivo do mandado de segurança.

Em abril de 2009, a promotoria requereu o desarquivamento do inquérito, alegando o surgimento de novas provas. Na época, o caso já havia sido submetido à Corte, o que ocorreu em dezembro de 2007, e o Estado brasileiro havia interposto quatro exceções preliminares. Ao analisar a alegada violação dos direitos à vida e à integridade pessoal, em prejuízo de Sétimo Garibaldi, e às garantias judiciais e à proteção judicial, em prejuízo da viúva Iracema Garibaldi e de seus seis filhos, a Corte entendeu que a demora no desenvolvimento do inquérito não pode ser justificada em razão da complexidade do assunto. O caso tratou de um só fato, ocorrido diante de numerosas testemunhas, a respeito de uma única vítima claramente identificada, além de existirem desde o início do inquérito indícios da possível autoria e do motivo do fato.

O Brasil alegou que a duração do inquérito decorreu das férias regulamentares de alguns funcionários públicos, de diligências em outras jurisdições e do

acúmulo de procedimentos a cargo das autoridades estatais. A Corte, por sua vez, ressaltou que existe obrigação internacional do Estado de investigar e que não é possível alegar obstáculos internos para eximir-se de sua obrigação, concluindo que o lapso de mais de cinco anos ultrapassou excessivamente o prazo que pode ser considerado razoável, o que constitui denegação de justiça em prejuízo dos familiares da vítima.

A análise, mesmo que superficial do caso, mostra a forma como a Corte interpreta e aplica o primeiro critério e constitui parâmetro a seguir quando a questão é a análise da complexidade da causa para justificar ou não a demora do processo, não aceitando como justificativa para a demora a existência de fatores externos, como os apresentados pelo Estado brasileiro.

1.1.2 Atividade processual do interessado

O segundo critério refere-se ao atuar do interessado, ou seja, se esse atuar está contribuindo para dilações indevidas no processo ao se utilizarem os recursos^[104] disponíveis no ordenamento jurídico. Entende a Corte também que as partes devem cooperar para o bom desenvolvimento do processo.

No ano de 2010, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à jurisdição da Corte Interamericana o caso Fornerón e filha contra o Estado argentino. Este caso é relacionado à violação do direito à proteção da família.

A história começa em 16 de junho de 2000, no momento do nascimento de M, filha de Diana Elizabeth Enríquez e Leonardo Aníbal Javier Fornerón. No dia seguinte, a Sra. Enríquez deu a sua filha sob custódia temporária para adoção ao casal B-Z, na presença do provedor de Justiça Substituto para as Crianças e os Pobres da cidade de Victoria, que deixou um aviso em um ato formal. Leonardo Aníbal Javier Fornerón não tinha conhecimento da gravidez até o nascimento da filha e, uma vez ciente, perguntou várias vezes para a Sra. Enríquez se ele era o pai, o que foi negado em todos os momentos. Depois do nascimento de M e em meio a dúvidas sobre o paradeiro da criança e sobre a paternidade, Leonardo Aníbal Javier Fornerón procurou a Defensoria Pública de crianças e pobres, dizendo que queria, sempre que necessário, cuidar da criança. Um mês após o nascimento de M, o Sr. Fornerón reconheceu legalmente sua filha.

Em 1º de agosto de 2000, o casal B-Z pediu a guarda judicial de M. Nesses autos, Leonardo Aníbal Javier Fornerón foi convocado a comparecer

¹⁰⁴ O vocábulo recurso é empregado aqui não somente como garantia do duplo grau de jurisdição, mas de forma genérica, como todo o meio processual colocado à disposição no ordenamento jurídico a ser utilizado de forma não procrastinatória pelo interessado.

perante o juiz. Na ocasião, manifestou sua oposição à guarda e requereu que a filha lhe fosse entregue. Na oportunidade, foi feito um teste de DNA, que confirmou a paternidade.

Em 17 de maio de 2001, o tribunal de primeira instância deferiu a guarda judicial da menina ao casal B-Z e indicou que poderia ser implementada, em oportunidade futura, visitação para que o pai pudesse manter contato com a criança. O Sr. Fornerón apelou da sentença e esta foi revogada dois anos após a apresentação do recurso. O casal B-Z interpôs recurso de inaplicabilidade da lei contra essa decisão. Em 20 de novembro de 2003, o Superior Tribunal de Justiça de Entre Ríos julgou procedente o recurso e reverteu a decisão da Câmara, confirmando a decisão de primeira instância. Finalmente, em 23 de dezembro de 2005, a adoção de M. foi concedida ao casal B-Z, com base na relação que já havia desenvolvido ao longo do tempo.

O atraso injustificado no processo tornou-se a razão para não conhecer os direitos do pai. Por conseguinte, a Comissão solicitou à Corte que concluisse e declarasse a responsabilidade internacional do Estado pela violação do direito do Sr. Fornerón e de sua filha ao devido processo legal, às garantias judiciais e ao seu direito à proteção da família, consagrada nos arts. 8.1, 25.1 e 17 da Convenção Americana.

Aqui cabe a pergunta: que pai, diante de situação semelhante, não utilizaria de todos os meios previstos no ordenamento jurídico para fazer valer o direito a ter consigo sua filha, lutando para que ela não fosse dada em adoção sem seu consentimento? Assim fez o Sr. Fornerón. Apesar disso, a Corte entendeu que a demora na solução da demanda não se deu em consequência de excessiva e/ou indevida atividade processual do interessado e concluiu que não havia indícios de que a atividade processual do Sr. Fornerón tenha dificultado o processo; pelo contrário, o Sr. Fornerón participou ativamente e fez todo o possível para contribuir com a resolução do feito.

Por outro lado, a Corte reconheceu que a duração total dos procedimentos (guarda judicial, mais de três anos) e o regime de visitação (dez anos) ultrapassaram excessivamente o prazo que poderia ser considerado razoável em procedimentos relativos à guarda de uma criança e ao regime de visitação de seu pai, o que constitui violação ao art. 8.1 da Convenção.

Concluiu a Corte, ainda, que a determinação do melhor interesse da criança, nos casos de cuidado e custódia de menores, deve ser feita a partir da avaliação dos comportamentos parentais específicos e do seu impacto negativo no bem-estar e no desenvolvimento da criança. Conforme o caso, os danos ou riscos reais, comprovados ou não, especulativos ou imaginários no bem-

estar da criança, em razão da importância dos interesses em questão, devem nortear os procedimentos administrativos e judiciais, já que dizem respeito à proteção dos direitos humanos de menores e, assim, devem ser tratados com diligência excepcional e velocidade pelas autoridades. No caso em comento, isso não ocorreu.

1.1.3 Conduta das autoridades judiciais

A Corte entende que a conduta das autoridades está calcada na exclusão dos critérios anteriores, ou seja, se um processo não for complexo, nem se puder imputar a demora às atitudes das partes, provavelmente, a culpa na delonga é do Estado, especialmente do Estado-juiz.

A má atuação dos órgãos jurisdicionais não pode ser utilizada como justificativa para a lentidão na entrega da tutela jurisdicional. Se a estrutura do Judiciário está deficiente, cabe ao Estado, que tem o dever de prover os meios para que o acesso à Justiça se dê de forma eficiente, aprimorá-la, reformulá-la, ou seja, criar as condições necessárias para o bom funcionamento dos órgãos públicos de solução de litígios. O indivíduo não pode suportar, além da lesão a seu direito, a lentidão de uma Justiça emperrada e obsoleta. Cabe ao Estado e, diga-se, não aos seus prepostos, a responsabilidade de cumprir os tratados internacionais que ratificou e garantir os direitos neles consagrados.

A Corte se debruçou muito fortemente sobre a conduta das autoridades judiciais ao analisar o Caso Damião Ximenes vs. o Estado brasileiro. Damião Ximenes, brasileiro, foi internado em 1º de outubro de 1999 em uma casa de repouso em Guararapes, como paciente do Sistema Único de Saúde (SUS). Ao ser internado, Damião não apresentava sinais de lesões físicas. Dois dias após a internação, teve uma crise de agressividade, escondeu-se no banheiro e negava-se a sair, o que levou os enfermeiros a dominá-lo e a retirá-lo à força. À noite do mesmo dia, Damião teve outro episódio de agressividade, voltou a ser contido e passou a noite nessas condições. No dia 4 de outubro, a mãe de Damião, ao visitá-lo na casa de repouso, o encontrou sangrando, com hematomas, com a roupa suja, cheirando a fezes, com as mãos amarradas para trás, com dificuldade para respirar, agonizante e pedindo ajuda à polícia. No mesmo dia, Damião faleceu, aproximadamente, duas horas depois de ter sido medicado pelo diretor da casa de repouso.

Em 22 de novembro de 1999, a irmão de Damião Ximenes Lopes apresentou petição junto à Corte em desfavor do Brasil, imputando-lhe desrespeito aos arts. 4, 5, 8 e 25 do Pacto de San José da Costa Rica e postulando a apuração da responsabilidade internacional do Estado pela morte e pelos maus-tratos a que foi submetido Damião em uma instituição de tratamento psiquiátrico, além da falta de investigação e sanção dos responsáveis.

O caso Damião Ximenes foi o primeiro em que o Brasil foi submetido à jurisdição da Corte Interamericana na qualidade de réu e apontado como desidioso na entrega jurisdicional em tempo razoável.

A ação de reparação de danos promovida por Albertina Viana Lopes, mãe de Damião, foi distribuída para a 5ª Vara Cível da Comarca de Sobral em julho de 2000. Em 4 de julho de 2006, quando a Corte exarou a sentença que condenou o Estado brasileiro, nem o processo criminal nem o civil haviam sido ainda julgados.

Entendeu a Corte que a falta de efetividade do processo interno pode ser demonstrada de duas maneiras: a) pelas omissões das autoridades que deixaram de realizar ações e investigações fundamentais para recolher todas as provas possíveis a fim de determinar a verdade dos fatos e pelas deficiências e falhas nas ações efetuadas; e b) os erros na investigação mostram que as autoridades do Estado não procuraram efetivamente elucidar a verdade sobre a morte da suposta vítima por meio de investigação imediata, séria e exaustiva.

Dentre os pontos resolutivos da decisão da Corte, destacam-se: “O Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248^[105] da presente Sentença”.

Apesar da decisão da Corte, o processo de reparação de dano^[106] só foi concluído no ano de 2010, com acórdão publicado em 31 de maio. A tramitação do processo criminal foi ainda mais lenta. A decisão definitiva, publicada em 30 de novembro de 2012, desclassificou o crime para maus-tratos simples e reconheceu a prescrição.

¹⁰⁵ 245. Os familiares de vítimas de violações de direitos humanos têm o direito a um recurso efetivo. O conhecimento da verdade dos fatos em violações de direitos humanos como as deste caso é um direito inalienável e um meio importante de reparação para a suposta vítima e, quando cabível, para seus familiares, além de constituir uma forma de esclarecimento fundamental para que a sociedade possa desenvolver mecanismos próprios de desaprovação e prevenção de violações como essas no futuro.

246. Em consequência, os familiares das vítimas têm o direito, e os Estados têm a correspondente obrigação, a que o ocorrido seja efetivamente investigado pelas autoridades estatais, a que se inicie um processo contra os supostos responsáveis por esses ilícitos e, se for o caso, de que lhes sejam impostas as sanções pertinentes.

247. Neste caso a Corte estabeleceu que, transcorridos mais de seis anos dos fatos, os autores dos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, bem como da morte do senhor Damião Ximenes Lopes, não foram responsabilizados, prevalecendo a impunidade.

248. A Corte adverte que o Estado deve garantir que em um prazo razoável o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, conferindo aplicabilidade direta no direito interno às normas de proteção da Convenção Americana.

¹⁰⁶ Nº do processo: 14219-63.2000.8.06.0167/1

A demora no julgamento do processo sobre a morte de Damião Ximenes, quer na esfera cível, quer na penal, resultou na negativa do acesso de seus familiares à Justiça, principalmente no que se refere à prescrição da pretensão punitiva do Estado, e gerou um sentimento de impunidade e de injustiça, afetando de forma inconteste a situação jurídica dos envolvidos, tema do último critério a ser estudado.

1.1.4 Afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo

Os três primeiros critérios permitem imprimir certa objetividade na análise das possíveis violações à garantia da razoável duração do processo. No entanto, sua inobservância acarreta a existência deste último, sem dúvida, o mais importante deles, qual seja, o transtorno, a afetação, a cicatriz produzida na situação jurídica da pessoa envolvida. Imagine aguardar décadas pela solução de uma demanda. Dependendo da natureza do direito violado, essa espera pode resultar em marcas definitivas na vida do indivíduo – marcas de natureza material ou imaterial, como perda de patrimônio, danos psicológicos, traumas, muitas vezes, insuperáveis etc.

Como exigir, por exemplo, que uma pessoa que perdeu sua casa devido ao rompimento de uma barragem – para utilizar um fato que nos é bem próximo^[107] – possa aguardar anos para ser resarcida de seus danos materiais e imateriais? São vidas destroçadas, crianças que não possuem mais seus brinquedos, idosos sem suas recordações, chefes de família que se veem sem chão. Daí a importância da afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo. Analisar as consequências que a demora na tramitação de um processo pode provocar na vida da pessoa é de extrema importância. Muitas vezes, quem mais sofre com a lentidão da Justiça são os mais vulneráveis, logo eles, a quem o Estado deveria garantir de forma mais efetiva a proteção dos direitos, os vulneráveis a quem a garantia da salvaguarda dos direitos humanos fundamentais deveria ser a principal preocupação dos Estados.

Dentre os inúmeros casos julgados pela Corte, um dos mais emblemáticos e que muito bem demonstra a importância do tema é o que segue. Em março de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte Interamericana o caso Sebastian Furlan e família contra a República Argentina.

¹⁰⁷ As barragens de Fundão e Santarém, da mineradora Samarco, se romperam, no Município de Mariana/MG, há 116 Km de Belo Horizonte, no dia 5 de novembro de 2015 e até hoje, quase três anos depois, as vítimas ainda não foram indenizadas. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/06/22/interna_gerais,968723/indenizacoes-as-vitimas-da-tragedia-de-mariana-terao-atraso.shtml>. Acesso em: 21 out. 2018.

O caso levado à Corte visava apurar a responsabilidade internacional do Estado em razão da falta de resposta oportuna por parte das autoridades judiciais argentinas, diante da excessiva demora na solução de uma ação civil movida contra o Estado, de cuja resposta dependia o tratamento médico da vítima, uma criança deficiente.

Sebastián Furlan tinha 14 anos quando, em 21 de dezembro de 1988, entrou em um prédio perto de sua casa, de propriedade do exército argentino para brincar. O local não tinha cercas ou qualquer obstáculo que impedissem o acesso e era utilizado pelas crianças da redondeza para recreação. Uma vez dentro do prédio, Furlan tentou se pendurar em uma viga transversal de uma das instalações. A peça, de aproximadamente 45 a 50 quilos, caiu sobre ele e causou a perda instantânea da consciência. Internado no serviço de terapia intensiva com diagnóstico de traumatismo encefalocraniano, com perda de consciência e fratura de osso parietal direito, foi submetido a cirurgia. Após longa internação, em 23 de janeiro de 1989, teve alta hospitalar, com dificuldades na fala e no uso dos membros superiores e inferiores.

Antes do acidente, Sebastián era estudante regular do primeiro ano do segundo grau, participava de uma equipe de basquete, nadava e praticava karatê. Após o acidente, as atividades físicas tiveram que ser interrompidas. O traumatismo e o coma causaram desordem orgânica pós-traumática e reação neurótica anormal, com manifestação obsessivo-compulsiva, além de transtornos irreversíveis na área cognitiva e motora, com sequelas irreversíveis. Em 31 de agosto de 1989, Furlan tentou tirar a própria vida atirando-se do segundo andar de um prédio próximo à sua casa.

Em 18 de dezembro de 1990, o Sr. Danilo Furlan, assistido por uma advogada, interpôs uma demanda no foro cível – 9º Juízo Nacional Civil e Comercial Federal – contra o Estado da Argentina com o fim de reclamar uma indenização pelos danos e prejuízos derivados da incapacidade resultante do acidente de seu filho. Em setembro de 2000, praticamente dez anos depois, a primeira instância decidiu a favor da parte demandante, estabelecendo que o dano ocasionado a Sebastián Furlan foi consequência da negligência do Estado, como titular e responsável pelo prédio. Da decisão, foi interposto recurso por ambas as partes, tendo a segunda instância confirmado a sentença naquele mesmo ano, condenando o Estado Nacional-Estado Maior Geral do Exército a pagar a Sebastián Furlan a quantia de 130.000 pesos argentinos, acrescidos de juros proporcionais.

Terminada a fase cognitiva e iniciada a execução, foi determinado, em virtude de previsão legal, que o resarcimento reconhecido a favor de Sebastián Furlan fosse feito em emissão de títulos de consolidação com prazo de vencimento de 16 anos. Tendo em vista as precárias condições nas quais se encontrava e a necessidade de rápida obtenção do dinheiro, Danilo Furlan optou pela emissão de títulos de consolidação em moeda nacional. Finalmente, passados diversos trâmites para tal efeito, em 6 de fevereiro de 2003, o Estado informou à parte interessada a disponibilidade dos títulos de consolidação, com vencimento no ano de 2016. Em 12 de março de 2003, o Estado entregou 165.803 títulos ao beneficiário. Nesse mesmo dia, Danilo Furlan vendeu os títulos. Tomando em conta que Sebastián Furlan teve de pagar honorários a seu advogado por um valor de 49.740 títulos e que, de acordo com os termos da sentença de segunda instância, teve de pagar uma parte das custas processuais, Sebastián Furlan recebeu, ao final, 116.063 títulos, equivalentes a aproximadamente 38.300 pesos argentinos, dos 130.000 pesos argentinos ordenados na sentença.

Foram necessários 14 anos para que o processo de cognição e o executivo atingissem seu desfecho e, finalmente, Sebastián fosse indenizado pelo acidente sofrido. Esse tempo poderia ter sido ainda maior, caso seu pai tivesse decidido aguardar o prazo de disponibilidade dos títulos recebidos em vez de vendê-los por valor bem mais baixo. Nesse período, Sebastián submeteu-se a vários tratamentos médicos, inclusive após duas tentativas de suicídio, e foi diagnosticado com 70% de incapacidade, sem, contudo, conseguir que lhe fosse deferida pensão por invalidez.

A toda evidência, o retardo na prestação jurisdicional potencializou o dano material e moral sofrido por Sebastián, o que se transformou, na verdade, em negação da Justiça. No caso em comento, a gravidade da demora do processo é ainda maior, tendo em vista a dupla vulnerabilidade da vítima: uma criança que deveria receber do Estado maior amparo, propiciando seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades, assegurando, na maior medida possível, a prevalência de seus interesses e, após o acidente, uma criança portadora de deficiência que tem os mesmos direitos que as demais, inclusive o direito de não ser submetida a discriminação, e que deveria ter recebido do Estado apoio necessário para sua plena integração na sociedade, o que efetivamente não se deu.

2. APlicaçãO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO NOS CASOS APRECIADOS PELA CIDH

Conforme destacado, o que foi observado e comprovado ao longo de toda a pesquisa é que o princípio da duração razoável do processo foi elevado a patamares mais significativos que meros norteadores de cumprimento de prazos processuais por aplicação de normas internas.

Há uma necessidade, imposta pelo Estado democrático de direito, que tem os direitos humanos como significantes pela esteira da dignidade da pessoa humana, de se buscar a efetivação de uma Justiça com equidade e efetividade. O atraso na entrega da prestação jurisdicional não pode ser relativizado e considerado apenas sob o aspecto processual técnico de desenvolvimento dos atos processuais. Não é só um aspecto destacado do direito processual que disciplina o exercício da jurisdição utilizando-se dos princípios e das regras instrumentais. A efetividade pela qual a sociedade clama vai além de conferir proteção concreta aos direitos fundamentais.

Portanto, um princípio visto inicialmente como garantia eminentemente processual, derivada dos direitos fundamentais positivados pelo Estado democrático de direito, agigantou-se quando passou a ser escudo de proteção aos direitos humanos com expressão, inclusive, internacional pela avaliação e pelo reconhecimento da Corte Interamericana.

Decerto que a Corte Interamericana se vê impossibilitada de fixar prazo vinculativo a todos os Estados aderentes ao Pacto para início e término dos processos. Assim, fixa critérios para se considerar a duração razoável de um processo, referentes à complexidade da causa, ao comportamento das partes no processo e à atuação dos órgãos jurisdicionais e administrativos que tenham ligação com a causa. Deixam os princípios processuais, dentre os quais se insere a duração razoável do processo e o devido processo legal, com seus enquadramentos constitucionais, de fazer parte do grupo de técnicas teóricas processuais, mas se ajustam como valorosos vetores de garantia da dignidade da pessoa humana, atingida pela demora do processo e da entrega da jurisdição.

O cidadão, quando dispõe de seu poder de julgar, confiando tal tarefa de solução de conflitos ao Estado instituído, acredita que este possa construir um sistema que lhe oferte ao final um processo justo, que se perde com a demora e pela excessiva burocracia. Muitas vezes, a espera pela decisão judicial causa mais danos ao jurisdicionado do que o próprio conflito material.

Fábio Caldas de Araújo (2016), em seus apontamentos sobre direito processual civil, destaca a visão do processo como direito fundamental, a partir da constituição alemã, reclamando uma alteração da dogmática do direito positivista:

A visão do processo com um direito fundamental tem como alvo principal a Constituição alemã, que utilizou com primazia a expressão “direitos fundamentais” (die Grundrechte) para elencar o círculo de proteção essencial conferido ao ser humano para a manutenção de sua dignidade (Menschewürde). (ARAÚJO, 2016, p. 51-53)

Destaca, ainda, a garantia do processo civil com a efetividade dos direitos fundamentais, o que se quer resguardar também pela exegese adotada pela Corte Interamericana:

A função magna do processo civil adere à garantia de efetividade dos direitos humanos, pois de nada serve a previsão de direitos e garantias ínsitos ao ser humano, sem os mecanismos de realização e efetivação. Os direitos fundamentais exercem força de atração inevitável sobre o estatuto processual como meio de sua aplicação e respeito. Por esse motivo, é correto afirmar que toda pessoa tem direito fundamental ao processo justo (die Verfahrensgrundrechte), cujo fim é permitir a concretização das garantias materiais asseguradas pelo ordenamento constitucional... Pelo direito fundamental ao processo busca-se a garantia de que toda pessoa será ouvida pelo Estado para obter uma resposta adequada ao seu pedido.... Sem qualquer exagero, é possível afirmar que no final do século passado, especialmente no direito processual civil brasileiro, houve uma crise de efetividade. Havia um descompasso entre o direito material e o processual. (ARAÚJO, 2016, p. 51-53)

Com tais colocações, verifica-se que, na regulação pela Corte, a responsabilização dos Estados demandados por violação dos direitos humanos não se restringe ao aspecto material do dano, devendo a apuração do dano também ser cunhada na observância do direito processual como elemento imprescindível de garantia de direitos.

Passando à análise de mais alguns casos:

1. Caso Atala Riff y Niñas vs. Chile: Karen Atala Riff e Ricardo Jaime López Allendes se divorciaram e ficou estabelecido que Atala ficaria com a guarda das três filhas, com regime de visita semanal ao pai. Após Karen iniciar relação homoafetiva, o pai das meninas ingressou com uma ação de guarda, alegando que a mãe, por ser homossexual, não poderia permanecer com a guarda das filhas. Inicialmente, foi concedida a guarda provisória ao pai, regulando as visitas maternas. A decisão final foi de improcedência do pedido sob o fundamento de que homossexualidade não é doença e que a orientação sexual da ré não consistia em impedimento para desenvolver a maternidade responsável. O pai recorreu da decisão. A Corte de Apelações confirmou e manteve a sentença, permanecendo as filhas com a mãe. O caso foi levado pelo pai à Suprema Corte de Justiça do Chile, que, ao apreciar o pedido, proveu a guarda definitiva ao pai sob o argumento de que as filhas iam sofrer discriminação e problemas psicológicos. Diante da pactuação internacional, à qual o Chile havia aderido, o caso foi submetido à Corte Interamericana, que entendeu que a decisão da Justiça chilena violou diversas normas do Pacto de São José da Costa Rica, como os princípios da igualdade e da não discriminação previstos no art. 1.1. Sob o aspecto processual, também declarou a violação, posto que as filhas não foram ouvidas no processo nem lhes foi oportunizada essa possibilidade, conforme consagra o art. 8.1, combinado com os arts. 19 e 1.1 da Convenção Americana. Configurada, portanto, a violação ao devido processo legal, atingindo a duração razoável do processo, posto que a duração é aquela que assegura um processo adequado e justo, não garantindo essa qualificação apenas a observância de aspectos temporais.

2. Apitz Barbera y Otros vs. Venezuela: este caso versa sobre a exoneração de juízes nomeados para julgamento de um contencioso administrativo, com inobservância do devido processo legal para tal conduta pelo tribunal. Direitos às garantias judiciais, à proteção judicial, quanto às obrigações de respeitar e garantir direitos e o dever de adotar disposições de direito interno. Violação de garantias judiciais de juízes provisórios, já que os Estados são obrigados a assegurar que os juízes provisórios tenham sua independência funcional e, para isso, devem lhes conceder certo tipo de estabilidade e permanência no cargo. No presente caso, a Corte considera que o Estado ofereceu às vítimas um processo antes de sua demissão, mas que esse procedimento não estava de acordo com as obrigações assumidas pelo Estado no que toca à Convenção Americana. O art. 8.1 da Convenção garante o direito de ser julgado por “um tribunal competente [...] estabelecido antes da lei”, bem como deva ser esse imparcial. Há também o dever de motivação da sanção de demissão, e a Corte sublinhou que as decisões adotadas pelos órgãos internos que possam afetar os direitos humanos

devem ser devidamente fundamentadas, porque, do contrário, seriam decisões arbitrárias. Assim, o tribunal considerou que o Estado não cumpriu com o seu dever de motivar a sanção de afastamento dos juízes, conforme ordenou o art. 8.1 da Convenção Americana, em conjugação com o art. 1.1 da mesma normativa, em prejuízo dos mesmos e flagrante violação às suas garantias.

3. Caso Cantos vs. Argentina: os fatos deste caso são desenvolvidos no início dos anos 1970, quando o Sr. José María Cantos era proprietário de um importante grupo empresarial na província de Santiago del Estero, na Argentina. Em março de 1972, a Direção Geral de Receitas da Província, baseada em uma suposta violação da Lei de Selos, conduziu uma série de ataques aos escritórios administrativos das empresas de Cantos. Eles levaram toda a documentação contábil, livros e registros comerciais, comprovantes e recibos de pagamento, bem como inúmeros títulos e ações comerciais. Isso causou uma perda econômica para a empresa. Desde março de 1972, o Sr. Cantos interpôs várias ações legais em defesa de seus interesses. Em razão dessas ações, o Sr. Cantos esteve sujeito a perseguição sistemática e assédio por agentes do Estado. Em 17 de setembro de 1996, o Supremo Tribunal de Justiça da Nação emitiu uma decisão rejeitando a ação proposta pelo Sr. Cantos e ordenou-lhe que pagasse as custas do processo no valor de cerca de 140.000.000,00 pesos (cento quarenta milhões de pesos argentinos, o equivalente, naquele tempo, ao mesmo valor em dólares americanos). O caso foi submetido à Corte, que reconheceu a flagrante violação ao art. 8.1 da Convenção, o qual estabelece o direito de acesso à Justiça, reconhecendo a responsabilidade internacional do Estado argentino por denegação de Justiça ao Sr. Cantos ao se abster de reparar efetivamente os graves prejuízos ocasionados pelos seus agentes. O tribunal considerou que, para satisfazer o direito de acesso à Justiça, não basta que uma decisão judicial definitiva seja proferida no respectivo processo. Também exige que os envolvidos no processo possam fazê-lo sem medo de serem forçados a pagar quantias desproporcionais ou excessivas por terem recorrido aos tribunais.

4. Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai: este caso se refere à responsabilidade internacional do Estado por não ter garantido o direito de propriedade ancestral da Comunidade Sawhoyamaxa, o que gerou inúmeras afetações para seus membros, já que havia disputa entre estes e os atuais proprietários das terras, empresas privadas. Em 1991, a comunidade começou a reivindicar suas terras. Não sendo possível obter parecer favorável à devolução das terras, a Comunidade Sawhoyamaxa apresentou uma série de recursos judiciais com o objetivo de recuperar suas terras, sem sucesso. Como resultado, a maioria dos membros da Comunidade Sawhoyamaxa, que vivem na pobreza extrema, caracterizada por baixos níveis de saúde e assistência

médica, exploração do trabalho e restrições culturais próprias, decidiu viver à beira de uma rodovia nacional em condições de extrema pobreza, sem acesso a qualquer tipo de serviço. Levou-se o caso à Corte, uma vez demonstrado que estaria em vigor o direito de recuperar as terras tradicionais perdidas, cabendo ao Estado tomar as medidas necessárias para devolvê-las aos membros dos povos indígenas que as reivindicavam. Houve discussão sobre a legitimidade do tribunal para decidir as disputas de terra sob o argumento de que o Estado não poderia, por razões objetivas e fundamentadas, adotar medidas para restituir terras tradicionais e recursos comunais às populações indígenas, devendo proporcionar-lhes terras alternativas de igual extensão e qualidade, que seriam escolhidas de maneira consensual com os membros dos povos indígenas, de acordo com suas próprias formas de consulta e decisão. No entanto, o tribunal não poderia decidir que o direito de propriedade tradicional dos membros da Comunidade Sawhoyamaxa estaria acima do direito à propriedade privada dos proprietários atuais ou vice-versa, porque não era um tribunal de Justiça com atribuição para a resolução de disputas internas entre indivíduos. Essa tarefa corresponderia exclusivamente ao Estado paraguaio. O tribunal chamado a rever ou não a decisão do Estado paraguaio decidiu por garantir os direitos humanos dos membros da Comunidade Sawhoyamaxa. A esse respeito, o tribunal considerou que os argumentos que o Estado trouxe para justificar a falta de realização do direito à propriedade dos povos indígenas não foram suficientes para aliviar a sua responsabilidade internacional. Com base no exposto, a Corte conclui que o Estado violou o art. 21 da Convenção Americana, em detrimento dos membros da Comunidade Sawhoyamaxa. Reputou, ainda, a violação dos art. 8º e 25 da Convenção Americana (proteção judicial e garantias judiciais), já que é essencial que os Estados concedam proteção eficaz que leve em conta as características específicas dos povos indígenas, suas características econômicas e sociais, bem como sua situação de especial vulnerabilidade, suas leis, seus valores, usos e costumes. O Estado levou 20 meses para estudar o pedido de reconhecimento dos líderes da comunidade, quando o prazo legal para o fazer era de 30 dias. A demora no reconhecimento da personalidade jurídica da comunidade representou violação dos direitos materiais por estender a vulnerabilidade do povo e obrigar a comunidade a permanecer “no limbo legal”.

Por todos os casos acima analisados, verifica-se que a duração razoável do processo não conceitua um princípio operacional e instrumental ao direito material, mas traz como consequência da sua não observância violação direta a direitos materiais, não só aos postos à apreciação do Judiciário com a deflagração da demanda, mas a outros ínsitos aos direitos humanos, diante da constitucionalização e da pactuação internacional dos Estados.

Portanto, o desatendimento à garantia constitucional expressa no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, qual seja, o direito à razoável duração do processo, decorrente da garantia de acesso à Justiça, revela-se como direito fundamental, estando o Estado obrigado a materializar meios para garantir a celeridade e a efetivação.

Qualquer dano suportado pela parte, decorrente da atuação retardatária no desenvolvimento e na conclusão do processo, por culpa exclusiva da máquina judiciária, em desobediência a essa exigência do tempo, faz nascer dever de indenizar imputado ao Estado e reconhecido perante as cortes internacionais a que estiver subordinado.

Contudo, a escorreita apreciação do conceito do que seja razoável duração do processo não se limita à contagem de dias para a prática de determinados atos processuais, havendo que ser analisadas as peculiaridades de cada caso concreto, visto que duração razoável não se afasta de processo justo, e este depende do devido processo legal e da observância de suas fases.

Alguns critérios especiais, como número de litigantes, complexidade da prova e peculiaridades da matéria posta à apreciação, podem significar prolongação do processo, mas há que se ponderar se no outro viés existe a situação premente de vulnerabilidade a impor uma resposta temporal mais rápida ao litígio.

4. TENTATIVA DE EQUACIONAR O PROBLEMA: A EXPERIÊNCIA ITALIANA

A constante submissão das decisões italianas à Corte Europeia de Direitos Humanos por violação ao princípio da duração razoável do processo levou aquele Estado a editar normas na tentativa de solucionar o problema. Primeiramente, em sede de jurisdição administrativa, a Itália editou, em 1990, a Lei nº 241, que criou a figura do *silenzio assenso* –que pode ser traduzido como silêncio consentido. Tal norma prevê, salvo hipóteses específicas, que, nos processos administrativos deflagrados por iniciativa da parte interessada, o prazo para que a administração estadual e nacional se manifeste é de 30 dias. Caso a administração não decida nesse prazo, o silêncio equivale à aceitação do pedido.

O *silenzio assenso*, também conhecido como silêncio juridicamente relevante, não afeta, contudo, o poder de autotutela da administração de revisar seus atos sempre que eivados de vícios, tampouco se aplica em processos relativos ao patrimônio cultural e paisagístico, ao meio ambiente, à defesa nacional, à saúde, à segurança pública etc., hipóteses nas quais a lei estipula que o silêncio da administração deve ser entendido como rejeição do pedido.

Posteriormente, também na Itália foi editada uma lei que prevê a condenação do Estado no caso de demora exagerada na tramitação do processo judicial. Depois de diversas condenações na Corte de Estrasburgo por violação ao art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, foi editada a Lei nº 89/2001, conhecida como *Legge Pinto*, que alterou o art. 375 do Código de Processo Civil italiano e previu, em seu art. 2º, o direito à indenização decorrente de danos materiais ou morais sofridos pela demora na tramitação do processo.

Art. 2º. Direito à reparação justa

1. Qualquer pessoa que tenha sofrido danos patrimoniais ou imateriais em decorrência de violação da Convenção para a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, ratificada nos termos da lei de 4 de agosto de 1955, nº 848, do ponto de vista do descumprimento do prazo razoável a que se refere o artigo 6 (1) da Convenção, tem direito a uma reparação justa.^[108]

¹⁰⁸ Diritto all'equa riparazione.

1. Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione.

Tal qual o entendimento da Corte Interamericana, a *Legge Pinto* estabelece que, na análise da violação do prazo razoável, o juiz deverá avaliar a complexidade do caso, o objeto do processo, a conduta das partes e do juiz durante o processo, mas, diferentemente dela, que não estipula prazos em meses, dias ou anos, fixa prazos objetivos de duração razoável do processo, dentre eles, o prazo de três anos de tramitação no primeiro grau e de dois anos no segundo grau.

A *Legge Pinto*, contudo, não resolveu os problemas italianos, uma vez que a edição da lei não veio acompanhada de uma reestruturação do Judiciário, o que resultou em aumento do número de demandas reparatórias com base na referida lei, provocando um gasto enorme com pagamento das indenizações. Tais despesas, para muitos críticos, poderiam ser mais bem utilizadas se revertidas no aparelhamento da máquina pública.

No Brasil, apesar de recentemente reformulado, o Código de Processo Civil não trouxe em seu bojo nenhuma norma que preveja a responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional. O novo códex limita-se a mencionar, no capítulo que trata dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz, que cabe a este velar pela duração razoável do processo.^[109] No capítulo que trata da oposição, de novo o legislador menciona superficialmente a questão da duração razoável, autorizando a não suspensão do processo, mesmo se a oposição for proposta após o início da audiência de instrução.^[110]

A garantia constitucional, como se vê, infelizmente, está só no papel, uma vez que inexistentes instrumentos que possam, de fato, dar efetividade ao que está disposto no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal.

¹⁰⁹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
II - velar pela duração razoável do processo.

¹¹⁰ Art. 685. Admitido o processamento, a oposição será apensada aos autos e tramitará simultaneamente à ação originária, sendo ambas julgadas pela mesma sentença.

Parágrafo único. Se a oposição for proposta após o início da audiência de instrução, o juiz suspenderá o curso do processo ao fim da produção das provas, salvo se concluir que a unidade da instrução atende melhor ao princípio da duração razoável do processo.

CONCLUSÃO

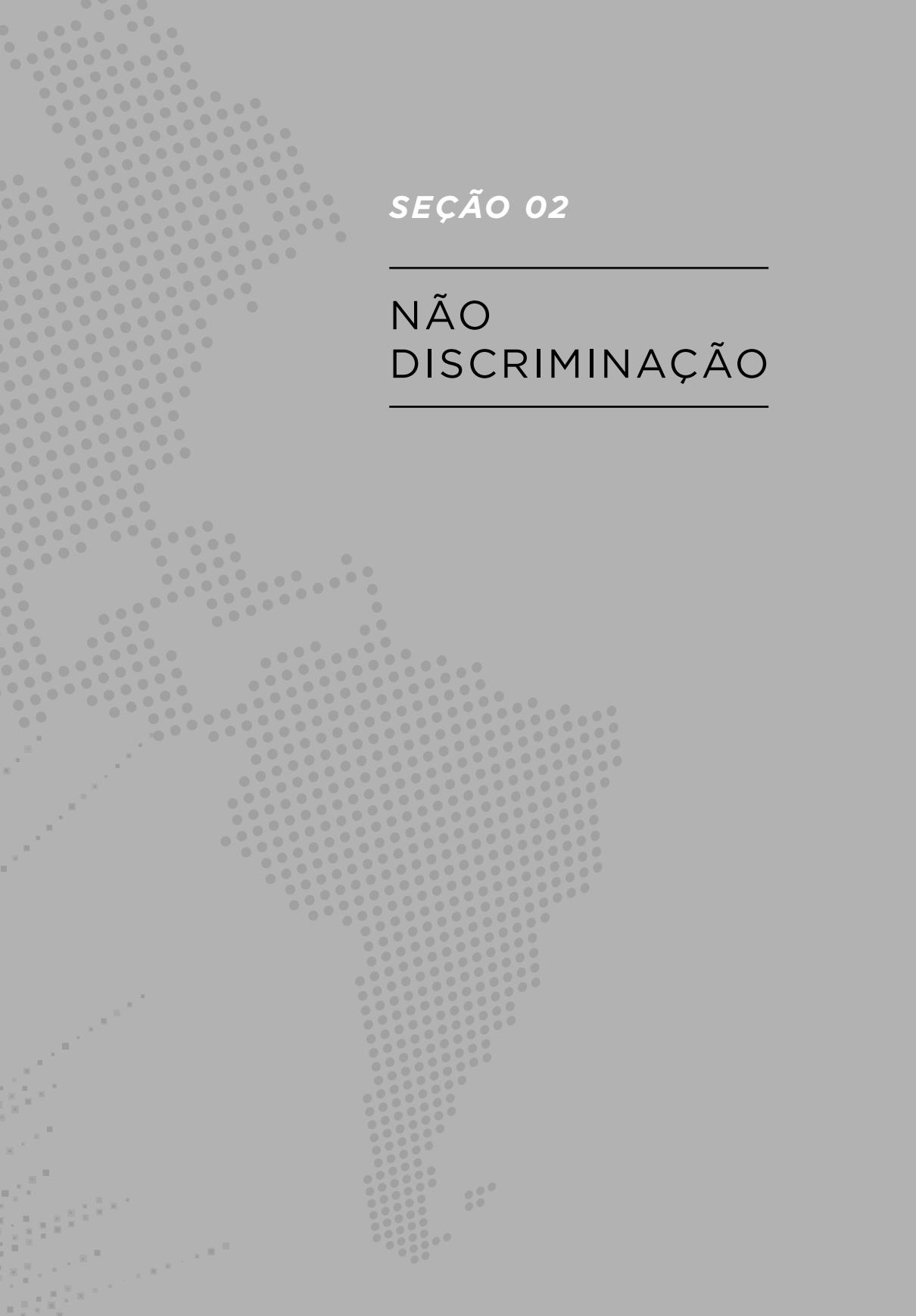
Embora neste pequeno trabalho tenhamos procurado investigar cada um dos critérios utilizados para determinar a duração razoável do processo, utilizando quatro casos diferentes decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cumpre destacar que, em cada um dos casos citados, a Corte demonstrou, na justificativa da condenação dos Estados envolvidos, por meio de análise minuciosa, que, em todas as causas citadas, não existia complexidade, os interessados tinham atuado de forma a não procrastinar o feito, as autoridades foram omissas ou negligentes e o resultado final foi a não reparação do dano e, em alguns casos, o agravamento do dano sofrido pela vítima. Para caracterizar a violação do art. 25.1 da Convenção Americana, a Corte exige a presença de todos os quatro critérios.

Não se pode mais admitir que, ao buscar a satisfação de seus direitos violados, o cidadão não só não encontre uma resposta do Estado juiz rápida e eficaz, como tenha a lesão agravada pela demora excessiva que venha, até mesmo, a afetar sua situação jurídica, em verdadeira violação de seus direitos como pessoa humana. Quando essa demora se verifica em processos que tenham como protagonistas pessoas em estado de vulnerabilidade, ainda mais inadmissível, a justificar a apreciação dessa violação por um tribunal internacional.

A despeito de serem utilizados no âmbito internacional, ficou claro que os critérios para verificação da duração razoável do processo devem ser utilizados no âmbito da jurisdição interna, servindo de norte para o aprimoramento do nosso sistema jurídico, que apresenta grave deficiência nesse quesito. As punições na Corte Internacional deixam claro que o Brasil ainda está muito longe de promover a efetivação e a garantia dos direitos humanos, garantia que deve ser vista pelo seu caráter asseguratório e não meramente declaratório, este, sim, afeito aos direitos.

REFERÊNCIAS

- ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça ao direito internacional: responsabilidade internacional do Estado*. Curitiba: Juruá, 2003.
- ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de direito processual civil*. Tomo I. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.
- ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- CEIA, Eleonora Mesquita. *A Jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil*. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. A questão do prazo da duração razoável do processo. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 48, jan./mar. 2010.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Ed. Martin Claret, 2004.
- NUNES, Carolina Luchina Giordani. O princípio da razoável duração do processo e seus critérios de definição no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: um estudo do Caso Damião Ximenes Lopes. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v. 5, n. 1, dez. 2017.
- REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. Fortaleza, v. 35, 2010. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/07/Rev_Juris_TJCE_VOL_35-2010.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.
- SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



SEÇÃO 02

NÃO DISCRIMINAÇÃO

LAQUEADURA DE TROMPAS: UMA ABORDAGEM DE DIREITOS HUMANOS

Beatriz Carvalho de Araujo Cunha^[111]

Marina Wanderley Vilar de Carvalho^[112]

Tatiana Pessôa da Silveira Santos Lardosa^[113]

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 7º, previu o direito ao livre planejamento familiar, assegurando a possibilidade de cada indivíduo decidir livremente sobre a procriação, número e espaçamento de filhos e escolha de métodos contraceptivos. Em apertada síntese, promoveu a garantia aos direitos reprodutivos em seus aspectos positivos e negativos.

O direito em comento foi regulamentado pela Lei Federal nº 9.263, de 1996, a qual prevê que o planejamento familiar é direito de todo cidadão e integra as ações de atendimento global e integral à saúde. É, portanto, dever do Estado, por meio do Sistema Único de Saúde, disponibilizar métodos de concepção e contracepção, com medidas educativas e preventivas pautadas, principalmente, no acesso à informação. Com efeito, é um direito de autorregulação individual, cabendo a cada um a escolha responsável sobre procriar ou não procriar e, nessa segunda hipótese, a escolha de quais métodos contraceptivos utilizar.

A esterilização voluntária por vias cirúrgicas passou a ser legalmente admitida, mas com restrições descritas no art. 10 do referido dispositivo, prevendo como requisitos: pessoa com capacidade civil plena e maior de 25 anos ou, pelo menos, com mais de dois filhos vivos; observância do prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico; consentimento expresso de ambos os cônjuges.

¹¹¹ Pós-graduanda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: bcacunha@gmail.com

¹¹² Psicóloga servidora da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Especialização em Psicologia Jurídica e em Gênero e Sexualidade pela UERJ. Mestre em Psicologia pela UFF. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Psicologia da UFRJ. E-mail: mawilar@yahoo.com.br

¹¹³ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. LL.M em Direito das Minorias (*Minorities Rights and the Law*) pela Middlesex University London – Reino Unido. Bacharel em Direito pela UFRJ. E-mail: tatiana.lardosa@gmail.com

Todavia, mulheres que se encontram em situações de vulnerabilidade têm menor acesso às informações no que diz respeito aos seus direitos reprodutivos. Elas vivenciam formas múltiplas e indiretas de discriminação que exacerbam a exclusão tanto na lei quanto na prática, e enfrentam maiores restrições ao pleno gozo de seus direitos.

Nessa esteira, pretende-se, mediante análise de um caso concreto individual atendido na Defensoria Pública, demonstrar as falhas do legislador que perpetuam a discriminação contra mulheres vulneráveis.

1. APRESENTAÇÃO DO CASO CONCRETO

Durante os atendimentos na Defensoria Pública, deparamo-nos com o caso de uma mulher que desejava submeter-se ao procedimento de esterilização voluntária. Vilma^[114] tinha 29 anos de idade, estava grávida do quinto filho e vivia em situação de pobreza. Desejava fazer laqueadura tubária ante o fato de não pretender ser mãe de mais filhos, considerando os vários que já tinha e a impossibilidade financeira de arcar com o sustento deles. Para tanto, contava com a concordância do seu companheiro, Wagner, e frequentava cursos de planejamento familiar organizados pelo serviço municipal de saúde.

Ocorre que Vilma pretendia se submeter ao procedimento durante a mesma internação para o parto do filho que tinha no ventre. Buscava, com isso, reduzir os danos à sua saúde e integridade psicofísica. Dessa forma, aproveitaria o período de recuperação do trabalho de parto para também se recuperar da cirurgia de laqueadura, o que lhe proporcionaria menos riscos e menos tempo longe de seus filhos e do mercado informal de trabalho.

A laqueadura é uma cirurgia simples, por meio da qual a passagem dos espermatozoides fica bloqueada na sua porção mais distal e a do óvulo bloqueada na porção mais proximal devido ao corte que é feito nas trompas e também pelo fato de suas extremidades serem amarradas. Embora simples, implica a abertura da cavidade abdominal para ter acesso às trompas, diretamente ou por laparoscopia, motivo pelo qual, com frequência, é realizada no momento do parto, visando a não submeter aquela mulher a uma nova cirurgia desnecessariamente.

Em regra, na rede privada, se a gestante combinar com seu obstetra que deseja se submeter à esterilização voluntária pelo procedimento da laqueadura tubária,

¹¹⁴ Para preservar a privacidade da família, os nomes utilizados são fictícios.

poderá fazê-lo sem que lhe seja imposta uma nova internação para, então, ser esterilizada. É, justamente, o que Vilma havia feito: até então, consultava-se na rede particular de saúde e havia ajustado, com o seu médico, o dia do parto, sendo certo que, na mesma internação, faria a esterilização. O procedimento, contudo, teve que ser desmarcado em virtude do alto custo, incompatível com os rendimentos de Vilma, o que a fez ter que recorrer ao Sistema Único de Saúde.

Todavia, aparentemente, a pretensão de Vilma conflitava com o disposto no art. 10, I, § 2º, da Lei nº 9263/96, no que tange à vedação de esterilização cirúrgica em mulher durante o período de parto. Por outro lado, permitir que a cirurgia de laqueadura tubária fosse feita na oportunidade do parto, asseguraria não só a sua dignidade e integridade psicofísica, mas também efetivaria o princípio constitucional da igualdade, concedendo-lhe o mesmo tratamento dispensado a mulheres com condições financeiras de custear o procedimento na rede privada de saúde. Fazendo-se uma ponderação dos direitos em pauta, estes últimos acabaram por prevalecer, de forma que se decidiu por propor a demanda em face do estado e do município.

Com base nesses argumentos, que serão esmiuçados adiante, o juízo, em um primeiro momento, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela e determinou a realização da esterilização na mesma internação em que fosse feito o parto sob o fundamento de que se deveria evitar que Vilma passasse pelos riscos inerentes a um segundo procedimento cirúrgico. Após a intimação dos entes federativos, o diretor do hospital enviou ofício para o juízo, informando, em síntese, que (i) o procedimento padrão é fazer o parto humanizado e a cesariana, por ser uma cirurgia de média complexidade, somente em caso de indicação médica; e (ii) o estabelecimento de saúde está apto a fazer o procedimento, bastando que a autora compareça para avaliação. Ato contínuo, o juízo reconsiderou em parte a antecipação dos efeitos da tutela para determinar que os entes federativos fizessem a avaliação médica da paciente com vistas a realizar o procedimento de laqueadura e, depois, realizassem o procedimento.

Não obstante, surpreendentemente, após a revogação parcial da medida liminar e após a intimação do diretor do estabelecimento, Vilma deu à luz ao seu filho no dia 13.8.2018, parto normal, e teve a laqueadura realizada pelo umbigo no dia 15.8.2018, tendo se operado na mesma internação. Com efeito, ao se evitar que ela retornasse meses depois só para ser submetida à esterilização, foram reduzidos os danos à sua saúde e integridade psicofísica, bem como se assegurou que ela voltasse aos cuidados de seus filhos e ao mercado informal de trabalho mais rápido.

A importância do caso, portanto, decorre do fato de que, a partir dele, se conclui que: (i) na prática, é possível fazer a esterilização voluntária durante a mesma internação do parto na rede particular; (ii) na rede pública, o procedimento é vedado nesses termos ante o obstáculo legal, o que obriga a mulher a retornar posteriormente para realizar a esterilização; e (iii) não há, abstratamente, critérios médicos que impeçam a realização da laqueadura na mesma internação do parto, inclusive no caso de parto normal.

Sob a inspiração desse caso concreto, passa-se a uma análise do direito à esterilização voluntária e seus requisitos, à luz do direito nacional e internacional dos direitos humanos.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS E A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 9.263/96

Para que se adentre no caso em comento, faz-se imprescindível uma breve digressão histórica para conhecer o contexto e as articulações políticas que deram origem à Lei nº 9.263/96.

Sob o impulso das definições da Organização Mundial de Saúde (OMS) sobre saúde sexual e reprodutiva, no final dos anos 1980, o conceito de direitos reprodutivos foi fundado na Conferência sobre População e Desenvolvimento, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU), no Cairo, Egito, em 1994. Na ocasião, debateu-se sobre os influxos da ciência e das religiões sobre o controle demográfico. Consolidou-se que:

Esses direitos [reprodutivos] se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsávelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos. (§ 7.3)

Em 1995, em Beijing, China, houve a Conferência Mundial de Mulheres, ocasião em que se passou a enxergar os direitos reprodutivos como direitos das mulheres, especificamente no campo da saúde, além de incluir proposições relativas à sexualidade, naquele momento, não nomeadas de direitos sexuais. Assim, os direitos humanos das mulheres passaram a incluir o direito ao exercício da sua sexualidade e a tomada de decisões sobre sua reprodução sem coerção, discriminação e violência (CARRARA, 2010).

Ocorre que nem sempre foi assim. Por muitas décadas, o debate internacional sobre planejamento familiar decorreu da mera intenção de controle populacional. Uma série de países, ao longo do século XX, empregaram práticas indutivas e/ou coercitivas para esterilização de cidadãos como forma de obstar o crescimento demográfico. As medidas, contudo, eram frequentemente direcionadas a determinados grupos sociais vulneráveis, notadamente, pessoas negras, assemelhando-se a eugenia, segundo Lilia Schwarcz (1993):

Esse saber sobre as raças implicou, por sua vez, um “ideal político”, um diagnóstico sobre a submissão ou mesmo a possível eliminação das raças inferiores, que se converteu em uma espécie de prática avançada do darwinismo social – a eugenia –, cuja meta era intervir na reprodução das populações. (SCHWARCZ, 1993, p. 78)

No Brasil, na primeira década do século passado, realizou-se um projeto racista de miscigenação e imigração controlada. As teorias científicas da época afirmavam a superioridade genética dos brancos em relação às demais raças, motivo pelo qual se adotavam práticas destinadas ao desaparecimento da população negra e indígena do país (MARTINS, 2017). Posteriormente, no período da ditadura militar, sob a influência norte-americana, cirurgias de esterilização eram oferecidas a mulheres negras e indígenas das áreas periféricas, conforme narrativa de Jurema Werneck, em entrevista ao portal almapreta.com:

O Brasil, povoado majoritariamente por indígenas e afrodescendentes, viveu um forte movimento eugenista que influenciou a adoção de práticas extraoficiais de esterilização de mulheres, a maioria delas negras, indígenas, pobres. [...] O que se via era que a cirurgia de esterilização - procedimento caro, sofisticado se comparado aos usos de camisinha, pílula ou qualquer outro método anticoncepcional – era disponibilizada para mulheres negras e indígenas, das áreas mais pobres, e que não tinham acesso às informações adequadas e a métodos seguros de prevenção de gravidezes indesejadas. (MARTINS, 2017, s/p.)

Assim, nas décadas de 1970 e 1980, houve um enorme crescimento do número de mulheres esterilizadas. Por um lado, não havia políticas públicas voltadas à educação sexual e ao acesso a métodos contraceptivos; por outro, promovia-se uma cultura de esterilização que afetava de forma desproporcional a população negra, viabilizada pelo desconhecimento social acerca do caráter irreversível da laqueadura (CAETANO, 2010).

Nesse contexto, os movimentos sociais, especialmente de mulheres negras, fizeram denúncias que deram origem à instalação de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) no Congresso Nacional, em 1992, presidida pela deputada Benedita da Silva.

Constatou-se que as medidas destinadas ao planejamento familiar, na verdade, eram fruto de atuação de organizações internacionais e de seu uso eleitoreiro. Havia baixa oferta de métodos contraceptivos e, contradicoriatamente, se constatou que 45% de todas as mulheres brasileiras em idade reprodutiva estavam esterilizadas (LIMA, 2018). Comprovou-se, ainda, que as ações destinadas ao controle de natalidade eram, prioritariamente, incidentes sobre regiões periféricas e mulheres negras, evidenciando que, na verdade, a esterilização não significava a liberdade, mas se dava pela via da imposição, conforme entrevista de Jurema Werneck:

[A CPMI] Foi uma oportunidade de abordar os temas de anticoncepção, direitos das mulheres, etc., apontado o impacto do racismo nesta área e rediscutindo também a crença do movimento feminista de que a esterilização significaria liberdade. [...] Para negras e indígenas a contracepção não aconteceu pelo viés da liberdade e, sim, através de uma imposição: foi possível demonstrar que não havia escolhas para as mulheres negras e indígenas e sim, muitas vezes, processos que forçavam a esterilização. (MARTINS, 2017, s/p)

Nesse contexto de ruptura com o modelo demográfico, passou-se a introduzir a autonomia reprodutiva por meio da promulgação da Lei de Planejamento Familiar (Lei Federal nº 9.263, de 1996) que conceitua o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, sendo direito de todo cidadão (art. 1º). Dessa forma, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, passou-se a reconhecer que o planejamento abarca o direito de decidir livre e responsável sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles; de acessar informações, instruções e serviços sobre planejamento familiar; e de liberdade de decidir “se”, “quando” e “como” reproduzir, relacionado às técnicas de reprodução artificial.

Abandonou-se, portanto, a perspectiva de outrora de que o planejamento familiar e o controle da natalidade eram, simplesmente, um problema coletivo/macro/social, pertinente ao debate sobre demografia e crescimento econômico, passando-se a compreendê-lo como tema de saúde e cidadania. Esse diploma legal proibiu ações para fins de controle demográfico, regulamentou a

esterilização voluntária, vedou indução à prática de esterilização e o uso de atestados de esterilização para quaisquer fins. Foi, portanto, um importante instrumento para frear práticas de esterilização em massa que perpetuavam também a inexistência de políticas públicas voltadas à informação e ao acesso a métodos de regulação da fecundidade a partir de uma perspectiva de direito.

Ainda nesse diapasão, a referida lei previu que o planejamento familiar integra as ações de atendimento global e integral à saúde, sendo o Sistema Único de Saúde obrigado a garantir, em todos os níveis, programa que inclua como atividades básicas, entre outras, “assistência à concepção e contracepção” e a oferecer, para fins de exercício do planejamento familiar, “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitas que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (arts. 3º, parágrafo único, I, 4º, parágrafo único, 5º, 6º e 9º).

Dessa forma, assegurou-se também, no plano infraconstitucional, a autonomia reprodutiva enquanto expressão do direito ao planejamento familiar, devendo o Estado propiciar os meios para a sua livre efetivação, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições públicas ou privadas.

3. A LAQUEADURA DE TROMPAS HOJE: UMA ANÁLISE CONCRETA DO PERFIL SOCIOECONÔMICO DAS MULHERES ESTERILIZADAS NO BRASIL

Na tentativa de assegurar a autonomia reprodutiva, a Lei nº 9.263/96 previu a viabilidade de esterilização em seu art. 10 em duas hipóteses principais: (i) em pessoas com capacidade civil plena e maiores de 25 anos de idade ou com, pelo menos, dois filhos vivos, desde que haja manifestação de vontade no prazo mínimo de 60 dias antes do ato cirúrgico e que haja frequência a curso de regulação de fecundidade; e (ii) em casos de risco à vida ou à saúde da mulher ou do feto, desde que haja relatório escrito assinado por dois médicos. A fim de que haja um consentimento informado, exige-se que a manifestação de vontade da pessoa esteja em um documento escrito e seja precedida de informações acerca dos riscos e efeitos colaterais da cirurgia, bem como de opções de contracepção reversíveis. Ademais, veda-se que a cirurgia seja realizada na mulher durante os períodos de parto ou aborto, à exceção de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores. Exige-se, também, que, em caso de sociedade conjugal, haja consentimento expresso de ambos os cônjuges.

Mesmo antes da edição dessa norma, contudo, entre 1986 e 1996, por meio da Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher,^[115] já era possível visualizar um recorte socioeconômico no que se refere ao momento da vida em que mulheres se submetiam ao procedimento de laqueadura tubária. Mulheres com melhores condições financeiras e de escolaridade realizavam a esterilização quando alcançavam o número de filhos que consideravam ideal, após terem tido a oportunidade de, por anos, utilizar métodos contraceptivos reversíveis. Em contrapartida, mulheres em situação de pobreza e com menor acesso à educação sexual, submetiam-se ao procedimento quando, justamente, alcançavam um número maior de filhos, nascidos em intervalos menores, evidenciando um passado de pouco ou nenhum planejamento familiar (PERPÉTUO; WAJNMAN, 2003, p. 311-333).

Com o passar dos anos, a esterilização continuou sendo o método contraceptivo mais utilizado entre as mulheres, mas apresentou forte queda: de 40%, em 1996, para 29%, em 2006. Esse decréscimo pode ser explicado pela promulgação da aludida Lei nº 9.263/96, que regulamentou a esterilização voluntária, impondo o preenchimento de todos aqueles requisitos do art. 10, e trouxe limitações, na prática, para o exercício concreto do procedimento que antes se fazia desenfreadamente, sem grande controle estatal. Não é demais lembrar, inclusive, que a esterilização cirúrgica em desconformidade com esses requisitos é crime, nos termos do tipo penal disposto no art. 15 do mesmo diploma legal.^[116]

Por outro lado, a lei tornou obrigatória a prestação do serviço de planejamento familiar no âmbito do Sistema Único de Saúde e acabou por promover maior educação sexual acerca de métodos contraceptivos reversíveis, em substituição à laqueadura tubária. Os estudos, contudo, demonstram que as políticas públicas nesse sentido não foram tão efetivas a ponto de dar fim àquele recorte

¹¹⁵ Essa pesquisa foi realizada nos anos de 1986, 1996, 2006 e 2016, porém a última ainda não foi publicada.

¹¹⁶ Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:

I - durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.

II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;

III - através de histerectomia e ooforectomia;

IV - em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;

V - através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização.

socioeconômico existente desde antes da promulgação da Lei do Planejamento Familiar. Subsiste alto o índice de realização de laqueadura tubária em mulheres com pouca escolaridade, com número elevado de filhos e em situação de pobreza, o que demonstra dificuldade do sistema público de saúde de efetivar a assistência anticoncepcional na atenção primária.^[117] Por isso, afirma-se que os dados “parecem evidenciar que mulheres em piores condições socioeconômicas têm maior dificuldade na regulação da fecundidade” (PERPÉTUO; WONG, 2009, p. 87-104).

Ainda, o *The Intercept Brasil*, analisando as esterilizações ocorridas no SUS, a partir de dados do Sistema de Internações Hospitalares/DATASUS,^[118] concluiu que houve um pequeno aumento no número de laqueaduras realizadas anualmente na rede pública entre os anos de 2008 a 2017. Todavia, percebeu-se que o número cresceu em proporção maior entre mulheres negras (41,93%) do que entre mulheres brancas (9,87%).

Constatou-se, também, que a maior parte das laqueaduras é associada ao parto cesárea. Tanto nas pesquisas de 1996 quanto nas de 2006, 59% das esterilizações femininas foram realizadas associadas a cesáreas; dentre essas, em 1996, 70% programaram a cesárea (CHACHAM, 1999, apud OLIVEIRA, 2002). Em 2008, as laqueaduras realizadas no mesmo procedimento do parto cesariano compreenderam a 28,28% do total e, em 2017, a 50,34%.

Essa reflexão também é trazida pela doutrina especializada:

Alguns estudos apontam uma relação muito clara entre a prática da esterilização feminina e a prática da cesárea no país: as brasileiras optariam por cesáreas para serem esterilizadas durante a cirurgia; e seriam esterilizadas devido a uma história de partos cesáreos. [...] As dificuldades de acesso a uma ampla variedade de métodos contraceptivos e seu uso pouco eficiente, devido à má qualidade do acompanhamento médico, favoreceram que a esterilização se tornasse o principal recurso para suprir a demanda das mulheres por meios para regular sua fecundidade. (CHACHAM, 1999 apud OLIVEIRA, 2002, p. 172)

¹¹⁷ Em 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos criticou as barreiras enfrentadas pelas mulheres, sobretudo as pobres, indígenas ou afrodescendentes, para receber educação sexual e noções de planejamento familiar na região. Denunciou a “informação básica, assistência médica e social adequadas em matéria reprodutiva”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/12/comissao-da-oea-critica-esterilizacao-forcada-de-mulheres-na-america-latina.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹¹⁸ Disponível em: <<https://docs.google.com/spreadsheets/d/1b5Lxb8xhMQ9aqKCSKN0aoXTctktVA18u-0TsR7jzHQ/edit#gid=75538389>>. Acesso em: 20 set. 2018.

Com efeito, em uma tentativa de fazer a esterilização no mesmo procedimento, a insuficiência de realização dessas políticas públicas voltadas à educação sexual acarreta impactos até sobre o número de cesáreas no país. Em 2017, o Unicef lançou um alerta sobre a importância do trabalho de parto espontâneo após constatar que boa parte das cesáreas acontece de forma eletiva, ou seja, agendada, antes de a mulher entrar em trabalho de parto.^[119] Por essas e outras razões é que, enquanto o recomendado pela Organização Mundial de Saúde é de 15%, os índices de cesáreas no país são extremamente altos, compreendendo 57% dos partos. Ao destrinchar esses dados, nota-se que, na rede pública, o percentual de cesarianas é de 40%, enquanto, na rede privada, chega a 84%. Com isso, realiza-se uma cirurgia sem fatores de risco que a justifiquem, proporciona-se um número alto de nascimentos entre a 37^a e 38^a semana de gestação e, por via de consequência, cria-se maior risco de doenças futuras.

Por outro lado, a Lei do Planejamento Familiar, em seu art. 10, § 2º, veda a realização da esterilização no momento do parto. Como visto, trata-se de dispositivo legal editado à luz dos dados levantados na CPMI, em 1993, que constatou que a laqueadura era feita como forma de controle demográfico, sobretudo em mulheres negras e indígenas em situação de pobreza, o que se dava, justamente, no momento do parto, tornando inexistente ou desinformado o consentimento da mulher.

Com base nesses dados estatísticos, constata-se, em síntese, que:

- i.** A Lei nº 9.263/96 foi editada sob a promessa de romper com a política de controle demográfico que afetava, especialmente, regiões periféricas e mulheres negras, assegurando a autonomia da mulher com vistas a dar fim à via da imposição;
- ii.** Por outro lado, subsiste alto o índice de realização de laqueadura tubária em mulheres com pouca escolaridade, com número elevado de filhos e em situação de pobreza, o que revela a dificuldade do sistema público de saúde de efetivar a assistência anticoncepcional na atenção primária;
- iii.** Em que pese vedado pelo ordenamento, a maior parte das esterilizações femininas foi feita associada a cesárea, o que contribuiu para ensejar um aumento exponencial destas.

¹¹⁹ Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unicef-alerta-para-elevado-numero-de-cesarianas-no-brasil/>>. Acesso em: 18 set. 2018.

4. UMA ABORDAGEM DE DIREITOS HUMANOS: INTERPRETANDO O CONTEXTO FÁTICO DA LAQUEADURA DE TROMPAS

Analisando essa conjuntura fática, percebe-se que a Lei nº 9.263/96 foi editada com a finalidade de atender os compromissos convencionais dos quais o Brasil é signatário. Isso porque, de início, pretende regulamentar a forma como deve se dar a esterilização voluntária, estabelecendo, a partir do controle estatal, parâmetros mínimos para que seja feita de forma segura.

Sobre o tema, não é demais lembrar que os comitês das Nações Unidas, por meio das suas recomendações gerais, compreendem que os direitos reprodutivos guardam íntima relação com o direito à saúde. Como exemplo, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR) elaborou o Comentário Geral nº 22, sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva,^[120] reconhecendo que esses direitos são parte integrante do direito à saúde consagrado no art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e um dos objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Além disso, considerando que o pleno gozo desses direitos continua sendo uma meta distante para milhões de pessoas, especialmente mulheres, o comitê enfatiza que “certos indivíduos e grupos populacionais que experimentam formas múltiplas e interseccionais de discriminação que exacerbam a exclusão tanto na lei quanto na prática [...] têm ainda maiores restrições ao pleno gozo dos direitos reprodutivos.”^[121]

Reiterando o entendimento, o Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) editou a Recomendação Geral nº 24, sobre mulheres e saúde,^[122] frisando que o acesso aos cuidados de saúde, incluindo os direitos reprodutivos, é um direito básico da Convenção e deve ser acessível para mulheres pertencentes a grupos vulneráveis.^[123] De fato, o ajuste do orçamento deve levar em conta questões de discriminação histórica e desigualdades que afetam os grupos mais vulneráveis. A atenção à igualdade

¹²⁰ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CESCR), Comentário Geral nº 22: sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) (2016) E / C 12 / GC / 22.

¹²¹ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CESCR), Comentário Geral nº 22: sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) (2016) E / C 12 / GC / 22. Parágrafo 2.

¹²² Comitê da ONU para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW), Recomendação Geral da CEDAW No. 24: Artigo 12 da Convenção (Mulheres e Saúde) (1999) A / 54/38 / Rev.1, cap. EU.

¹²³ Comitê da ONU para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW), Recomendação Geral da CEDAW No. 24: Artigo 12 da Convenção (Mulheres e Saúde) (1999) A / 54/38 / Rev.1, cap. EU. § 1 e 6.

substantiva leva a diferentes alocações de recursos. Examinando os relatórios do Brasil, o Comitê da CEDAW mostrou preocupação com a persistente lacuna entre o direito e a igualdade de fato, particularmente entre os setores mais vulneráveis da sociedade.^[124]

No mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos relaciona os direitos reprodutivos ao direito à saúde e este ao direito à vida privada e à integridade pessoal (art. 11 da CADH e art. 17 do PIDCP). Partindo dessa premissa, frisa que, quanto a eles, também deve ser assegurado o direito à autonomia pessoal e a liberdade de tomar as decisões sobre o próprio corpo, impondo-se que o Estado (i) respeite as decisões individuais feitas de forma livre e responsável e (ii) garanta o acesso à informação relevante para que as pessoas tenham um consentimento informado.^[125]

É justamente por isso que não se podia mais ignorar o contexto de realizações de laqueaduras forçadas que existia, o que deu origem à edição da Lei nº 9.263/96 e ao maior controle estatal sobre esse ato. A realização de esterilizações perpassa pelo indispensável consentimento da mulher,^[126] o qual deve ser prévio, livre e informado. É imprescindível, portanto, que seja dado antes de qualquer ato médico, no exercício da autonomia individual e após um processo de comunicação qualificado, informando os objetivos, os riscos, a duração e as alternativas.

Por essa razão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos responsabilizou o Estado da Bolívia pela laqueadura feita na senhora I. V. em um hospital público, sem que houvesse situação de emergência e sem o seu consentimento informado, considerando ter havido violação à sua integridade física e psicológica, ao direito a viver livre de violência e discriminação, de acesso à informação e à vida privada e familiar. Decidiu que, apesar de ter havido a concordância, essa se deu em contexto em que a mulher encontrava-se com o abdômen aberto após a cesariana, em situação de pressão, estresse e vulnerabilidade que inviabilizava a manifestação de vontade livre e plena.^[127] Foi esse o contexto considerado pelo legislador quando vedou a esterilização durante o período de parto, nos termos do art. 10, § 2º, da Lei nº 9.263/96.

¹²⁴ Comitê das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), Comentários Finais: Brasil (10 de agosto de 2007) CEDAW / C / BRA / CO / 6. § 11.

¹²⁵ CIDH. Caso I.V. vs. Bolívia. Sentença de 30 de novembro de 2016. § 155.

¹²⁶ TEDH. Caso V.C. vs. Eslováquia, nº 18968/07. Sentença de 8 de novembro de 2011; Caso N.B. vs. Eslováquia, nº 29518/10. Sentença de 12 de junho de 2012; Caso I.G., M.K. e R.H. vs. Eslováquia, nº 15966. Sentença de 13 de novembro de 2012.

¹²⁷ CIDH. Caso I.V. vs. Bolívia. Sentença de 30 de novembro de 2016. § 231.

Ademais, à medida que pretende dar fim à utilização da laqueadura de trompas como forma de controle demográfico, o diploma legal assegura a efetivação do direito à dignidade, previsto no art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A partir da dignidade, comprehende-se que a pessoa humana é um ser dotado de valor intrínseco, à luz do marco teórico-filosófico de Immanuel Kant (1724-1804), vedada qualquer atuação estatal que procure a instrumentalização do indivíduo. Utilizar a esterilização como forma de controle demográfico, então, acabava por tornar a pessoa um meio para atingir os fins pretendidos pelo Estado, em detrimento da sua própria vida, de seu corpo e do desenvolvimento da sua personalidade.

Ainda com base na dignidade, todos devem ser tratados como seres racionais. Nesse sentido, esse mesmo dispositivo do tratado interamericano e o art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos preveem a inviolabilidade da vida privada e familiar. Trata-se de um espaço de liberdade isento e imune a ingerências abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros e autoridades públicas.^[128] Permite-se, portanto, que a pessoa se autodetermine e escolha livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com as suas próprias convicções.

Além disso, a vida privada constitui a forma como o indivíduo vê a si mesmo e como deseja projetar-se para os demais. Sobre o tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Artavia Murillo e outros (fecundação *in vitro*) vs. Costa Rica, entendeu que decisões quanto à maternidade são parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres. Eventual impossibilidade de exercer essa decisão enseja violação ao “direito a decidir livre e responsávelmente o número de seus filhos e o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer esses direitos”, previsto na Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. No julgamento do caso em tela, concluiu-se que:

Este direito é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer o direito a controlar sua fecundidade. Assim, a proteção à vida privada inclui o respeito das decisões tanto de converter-se em pai ou mãe, incluindo a decisão do casal de converter-se em pais genéticos.^[129]

¹²⁸ CIDH. Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Perú. Sentença de 1º de setembro de 2015. Série C.

¹²⁹ CIDH. Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012. § 146.

Todavia, é certo que, às vezes, a quantidade de requisitos impostos pelo legislador acaba por cercear o direito à autonomia reprodutiva da mulher, o que dificulta ou mesmo inviabiliza a realização do procedimento. Como visto, é possível proceder à esterilização voluntária em pessoas com capacidade civil plena e maiores de 25 anos de idade ou com, pelo menos, dois filhos vivos, desde que haja manifestação de vontade no prazo mínimo de 60 dias antes do ato cirúrgico e que haja frequência a curso de regulação de fecundidade. Exige-se, ainda, que a manifestação de vontade da pessoa esteja em um documento escrito e seja precedida de informações acerca dos riscos e efeitos colaterais da cirurgia, bem como de opções de contracepção reversíveis. Ademais, veda-se a cirurgia durante os períodos de parto ou aborto, à exceção de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores. Exige-se, também, que, em caso de sociedade conjugal, haja consentimento expresso de ambos os cônjuges.

Nesse ponto, a necessidade de que a pessoa esterilizada tenha mais de 25 anos de idade ou, pelo menos, dois filhos vivos e que tenha anuência conjugal parte de uma concepção fundada em estereótipos de gênero. A aplicação dos seguintes preconceitos, frequentemente, gera efeitos graves sobre a autonomia das mulheres e seu poder decisório: (i) são identificadas como ser vulnerável e incapaz de tomar decisões confiáveis ou consistentes; (ii) são consideradas ser impulsivo e volúvel, o que torna necessária a ajuda de uma pessoa mais estável e com melhor critério (homem protetor); e (iii) é delas a responsabilidade pela saúde sexual do casal, inclusive a tarefa de exigir e usar um método contraceptivo.^[130]

Com efeito, no Caso I. V. vs. Bolívia, a Corte Interamericana considerou que não se pode exigir consentimento, tampouco ratificação do marido para realização do procedimento de esterilização voluntária:

246. De este modo, el procedimiento de esterilización resultó en la negación a I.V. de la posibilidad de conocer y sopesar diferentes alternativas de métodos de anticoncepción y la posibilidad de optar por un método menos invasivo y no permanente. Tampoco recibió información respecto a alternativas en cuanto a métodos anticonceptivos que hubiesen podido ser adoptados por su esposo para evitar un embarazo futuro, por lo que se asignó a I.V. la carga de la reproducción y la planificación familiar. La Corte considera que el procedimiento de esterilización

¹³⁰ Traducción libre de FIGO, Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología hechas por el Comité para el estudio de los aspectos éticos de la reproducción humana y salud de la mujer de la FIGO de octubre 2012 y octubre 2015, las que recogen las recomendaciones respecto del Riesgo de la estereotipación de la mujer en el cuidado de la salud de 2011, págs. 332 a 336 (2012) y págs. 418 a 422 (2015).

anuló de forma discriminatoria el poder decisorio de I.V. y su autonomía ya que el médico consideró únicamente su criterio y no tuvo en cuenta los deseos y necesidades específicas de su paciente. Además, el hecho de que el médico haya tratado de localizar al esposo para obtener su autorización o, en la mejor de las hipótesis, reforzar el consentimiento supuestamente obtenido de I.V. durante el transoperatorio (supra párr. 65), demuestra que actuó bajo el estereotipo de que ella no era capaz de tomar una decisión autónoma sobre su cuerpo. Las circunstancias en que el Estado alega haber obtenido el consentimiento de I.V., le negaron la oportunidad de tomar una decisión libre, informada y ajustada a su proyecto de vida. En este sentido, el médico realizó una intervención médica paternalista injustificada toda vez que, al cercenarle su capacidad reproductiva sin su consentimiento previo, libre, pleno e informado, restringió de forma grave la autonomía y libertad de la señora I.V. para tomar una decisión sobre su cuerpo y salud reproductiva, y realizó una interferencia abusiva sobre su vida privada y familiar, motivada por el ánimo de evitar un daño a su salud en el futuro, sin consideración de su propia voluntad y con consecuencias graves en su integridad personal (infra Capítulo VIII-2) por el hecho de ser mujer.^[131]

Ademais, exigir a anuênciam do cônjuge significa reforçar o estereótipo de que a finalidade da mulher, na sociedade e na família, é a procriação, desconsiderando o seu valor intrínseco enquanto pessoa humana; significa não considerar a realidade de violência contra a mulher, que se expressa, dentre outros, na relação sexual desprotegida por imposição do homem e/ou pelo estupro marital; e a evolução do direito das famílias, que busca a valorização da família não enquanto instituição, mas como forma de propiciar o desenvolvimento individual de seus membros. Não é à toa que a Associação Nacional de Defensores Públícos propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.097, objetivando a declaração da incompatibilidade constitucional do art. 10, § 5º, da Lei nº 9.263/96, a qual ainda se encontra em tramitação.

Da mesma forma, a vedação à realização da laqueadura de trompas no período de parto, apesar de ter tido a nobre intenção de inibir as esterilizações forçadas, acaba por desestimular tal prática. É justamente o caso de dona Vilma, cujo caso foi contado no início deste trabalho, que desejava se submeter à cirurgia na mesma internação do parto de seu quinto filho. Segundo ela, caso não fosse feito naquele momento, não mais faria o procedimento, porque não desejava se afastar dos cuidados de seus cinco filhos nem do mercado de trabalho por mais tempo.

¹³¹ CIDH. Caso I.V. vs. Bolívia. Sentença de 30 de novembro de 2016.

A situação torna-se ainda mais preocupante ao se observar que, ao contrário da rede pública, a esterilização é frequentemente feita juntamente com cesarianas na rede particular. Como demonstrado, tanto nas pesquisas de 1996 quanto nas de 2006, 59% das esterilizações femininas foram feitas associadas a cesáreas; em 2008, 28,28% do total e, em 2017, 50,34%.

Trata-se do caso de dona Vilma, que havia, inclusive, marcado data com seu médico para fazer a cesariana e a laqueadura de trompas, todavia teve que desistir do procedimento por ausência de condições financeiras para custearlo na rede particular. Quando compareceu, porém, à rede pública, teve a esterilização negada pelo Sistema Único de Saúde, sob o argumento de que isso não seria possível ante a vedação legal. Foi solicitado a dona Vilma o seu retorno em cerca de 60 dias para fazer o procedimento, sendo esse feito pelo umbigo, dois dias após o parto normal, aproveitando-se da recuperação dela e de sua internação.

Dessa forma, apesar de ter sido imbuída por nobre propósito, a impossibilidade de fazer a esterilização voluntária no momento do parto viola o princípio da igualdade e da não discriminação (art. 5º, *caput*, da Constituição), na vertente da Teoria do Impacto Desproporcional. Isso porque, apesar de o art. 10, § 2º, da Lei nº 9.263/96 apresentar conteúdo aparentemente neutro, produz, na realidade, uma discriminação indireta contra grupos de mulheres em situação de pobreza por não terem condições de custear o procedimento em estabelecimentos de saúde privados. Segundo Joaquim Barbosa, a Teoria do Impacto Sesproporcional^[132] consiste na ideia de que:

[...] toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional de igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas. (GOMES, 2001, p. 24)

¹³² A doutrina atribui o surgimento da teoria à Suprema Corte norte-americana, que, no caso *Griggs v. Duke Power Co.* A teoria também já foi abraçada por este Egrégio Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.946/DF, instrumento por meio do qual se discutia a (in)constitucionalidade do art. 14 da emenda constitucional nº 20/88.

Também sob o enfoque de gênero, em 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos^[133] julgou o Caso Artavia Murillo e considerou que a norma que proibia fertilização *in vitro*, apesar de aplicável a todos indistintamente, gerava discriminação indireta sobre pessoas que dependiam do tratamento para exercer sua autonomia reprodutiva. Entendeu-se que, em especial, havia impacto desproporcional em mulheres diante de um contexto social que impõe a elas estereótipos referentes à reprodução e à maternidade:

A Corte observa que a OMS assinalou que se bem o papel e a condição da mulher na sociedade não deveriam ser definidos unicamente por sua capacidade reprodutiva, a feminilidade é definida, muitas vezes, por meio da maternidade. Nessas situações, o sofrimento pessoal da mulher infértil é exacerbado e pode conduzir à instabilidade do matrimônio, à violência doméstica, à estigmatização e, inclusive, ao ostracismo.^[134]

Ainda no Caso Artavia Murillo, a Corte reconheceu a existência de discriminação indireta sob o viés socioeconômico, por ter entendido que a vedação à fertilização *in vitro* gerava efeitos, especialmente, contra casais que não tinham condições financeiras para fazer o procedimento em outros países.

Nesse sentido, salta aos olhos a discriminação indireta no caso concreto, uma vez que, frequentemente, a laqueadura é feita no mesmo procedimento do parto em estabelecimentos de saúde privados, tornando desnecessária a submissão a uma nova cirurgia nos casos em que a mulher pode pagar. Ainda, chama a atenção o impacto desproporcional sobre mulheres em situação de pobreza, porque são elas que não dispõem de educação sexual e que não têm acesso a políticas públicas com vistas a conscientizá-las sobre métodos contraceptivos menos invasivos, ocasionando o número desenfreado de filhos, inversamente proporcional à viabilidade de custeá-los.

¹³³ Há muito, a Corte Interamericana manifesta-se favoravelmente à proteção ao princípio da igualdade e não discriminação, sob a vertente da vedação à discriminação indireta, como se pode notar, v.g., da Opinião Consultiva nº 18/2003; do Caso das Meninas Yean Bosico vs. República Dominicana, 2005; do Caso Yatama vs. Nicarágua, 2005.

¹³⁴ Tradução livre do original: “La Corte observa que la OMS há señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. Em inestabilidad del matrimonio, a la violencia domestica, la estigmatización e incluso el ostracismo”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) v. Costa Rica. 28 de novembro de 2012.

Com efeito, embora seja nobre o propósito de inibir esterilizações compulsórias ou mal refletidas no momento do parto, deve-se ponderar a aplicabilidade da norma quando se demonstrar, com certa antecedência, que a mulher pretende fazer a laqueadura de trompas na mesma internação em que der à luz. Com isso, se prestigiarão (i) isonomia em relação às tantas mulheres que são submetidas ao procedimento na rede privada; (ii) preservação da sua saúde, que será resguardada em face dos riscos de uma nova cirurgia; e (iii) autonomia reprodutiva, facilitando-se a esterilização, caso se demonstre que há vontade refletida.

No mesmo diapasão, já se manifestou o desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres, em julgamento acontecido no dia 10.3.2015, pela 27^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo afirmado que “Exigir que a autora se submetesse à laqueadura de trompas dias após a cesariana não se mostra razoável, pois sujeitaria a demandante a um risco maior diante da complexidade de uma nova cirurgia”.^[135]

Logo, verifica-se que o legislador, embora tenha tentado evitar o fenômeno da esterilização compulsória que afetava as mulheres, indiretamente acabou por dificultar o exercício desse direito no que toca à exigência desses requisitos, violando, na prática, o direito fundamental ao planejamento familiar e a autonomia da mulher.

CONCLUSÃO

A situação vivida por muitas mulheres brasileiras faz parte de um quadro de violência estrutural refletida na omissão e negligência das decisões do Estado, particularmente detectada em leis e políticas públicas. A presente análise concluiu que a laqueadura de trompas: (i) está diretamente ligada ao direito à saúde reprodutiva e à equidade geral do sistema de saúde; e (ii) é uma questão que possibilita a reflexão sobre a existência de medidas legislativas, administrativas e judiciais apropriadas.

De fato, afeta as mulheres de maneira diferente, a depender de sua identidade particular. Se as desigualdades não são neutras quanto a raça e classe, é necessário lançar luz sobre esses aspectos a fim de abordar as potenciais invisibilidades e estabelecer ferramentas e mecanismos de *accountability*.

¹³⁵ TJRJ, Apelação nº 0017429-79.2013.8.19.0208, Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, Julgamento: 10/03/2015, 27.^a C.C.

É indubitável que a questão da laqueadura é de saúde global fortemente ligada à pobreza e pode ser utilizada para identificar com precisão as desigualdades na sociedade. Pelo histórico apresentado, verifica-se que está enraizada em fatores socioeconômicos, legais e culturais e se manifesta na ausência de informações adequadas e no grau de liberdade e igualdade na vida das pessoas.

Nos últimos anos, o Brasil ganhou reconhecimento mundial por adotar uma perspectiva de direitos humanos por meio do arcabouço legal introduzido pela Constituição Federal de 1988 e pelas leis infraconstitucionais. O Estado ratificou os principais instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas e alguns dos seus protocolos opcionais.^[136] Além das mudanças legislativas incorporadas, o Brasil avançou no desenvolvimento de medidas sobre a implementação do direito à saúde e direitos reprodutivos. No entanto, lacunas críticas e questões emergentes que perpetuam a discriminação, a exclusão e a desigualdade permanecem sem solução.

Consequentemente, uma perspectiva de direitos humanos sobre a questão da laqueadura é importante para determinar se dada desigualdade é apenas diferença ou injustiça manifesta. De fato, quando as mulheres são reduzidas à pobreza extrema, perdem a chance de fazer escolhas de vida independentes relativas a questões reprodutivas.^[137] As piores situações são vivenciadas pelas mulheres pertencentes a grupos vulneráveis, considerando a intersecção entre gênero, raça e *status* socioeconômico, o que cria uma forma indireta de discriminação que causa sua invisibilidade nos processos decisórios. Assim, apesar do desenvolvimento do marco legal internacional e nacional sobre o reconhecimento dos direitos reprodutivos e a obrigação do Estado de assegurá-los e promovê-los, o Brasil ainda precisa ampliar o conceito de direitos humanos no que diz respeito ao direito à saúde e suas responsabilidades.

¹³⁶ O Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial em 1968; O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1992; A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 1984; A Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990, o Protocolo Facultativo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 2002 e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 2008. O Brasil também é parte da Convenção Interamericana, Convenção Americana sobre Direitos Humanos e seu protocolo adicional na área de direitos econômicos, sociais e culturais, que têm implicações importantes para os direitos discutidos aqui. No entanto, este artigo se concentrará apenas no Sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas, principalmente na A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. É importante consignar que a Constituição Federal de 1988 inclui os direitos humanos internacionais na lista de direitos constitucionalmente garantidos e, a partir da Emenda Constitucional de 2004 da aos tratados internacionais de direitos humanos o mesmo status que as normas constitucionais.

¹³⁷ Alicia Ely Yamin, *Power, Suffering, And The Struggle for Dignity* (University of Pennsylvania Press 2016)

Essa afirmação pode ser vista no caso aqui apresentado. A Defensoria Pública atuou como verdadeiro instrumento de *accountability* social no sistema de governança complexa, como é o caso da saúde pública no Brasil, tornando-se uma espécie de coadministradora de uma política social que deveria ser colocada à disposição da população mais carente e vulnerável. O impacto da atuação institucional no combate à discriminação indireta suportada por uma mulher pobre e vulnerável que não dispunha de informações adequadas sobre métodos de contracepção e sua disponibilidade no sistema público de saúde proporcionou uma estratégia complementar às tradicionais políticas públicas de forma a examinar a disfuncionalidade e falhas do sistema como uma forma particular de *accountability*.

Com efeito, a aplicação de uma abordagem de direitos humanos à saúde não fornece uma solução mágica para questões complexas, morais, sociais, financeiras e jurídicas, mas exige que tais decisões sejam baseadas em princípios fundamentais em matéria de dignidade e igualdade. A discriminação indireta, baseada na incapacidade de se levar em conta os aspectos diferenciais dos grupos vulneráveis, deve ser corretamente responsabilizada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 julho. 2017.

_____. Presidência da República. Secretaria de Política das Mulheres. *Relatório Anual Socioeconômico da Mulher*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013.

CAETANO, André Junqueira. Ascensão e queda da laqueadura tubária no Brasil? Uma avaliação das pesquisas de demografia e saúde de 1986, 1996 e 2006. Em: *Anais do XVII Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, 2010. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2323>>. Acesso em: 13 set. 2018.

CARRARA, Sérgio et al. (Org.). *Curso de Especialização em Gênero e Sexualidade V. 4 Direitos Sexuais e Reprodutivos*. Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília: Secretaria Especial de Política para as Mulheres, 2010.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DA ONU (CESCR). *Comentário Geral nº 22: sobre o Direito à Saúde Sexual e Reprodutiva* (artigo 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), 2016.

_____. *Recomendações Gerais do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres*. Recomendação geral nº 22, sobre emendas ao artigo 20º da Convenção (adoptada pelo Comitê na sua 14ª sessão, em 1995).

_____. *Recomendações Gerais do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres*. Recomendação geral nº 24, sobre mulheres e saúde (artigo 12) (adoptada pelo Comitê na sua 20ª sessão, em 1999).

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA ONU realizada entre 5-13 de setembro de 1994.

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (adotada em 18 de dezembro de 1979, entrou em vigor em 3 de setembro de 1981), UN Doc A / 34/46, 1980.

COOK, R. J. et al. *Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

DECLARAÇÃO DE DURBAN E PLANO DE AÇÃO DA ONU. Conferência Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Violência Relacionada realizada em 8 de setembro de 2001.

DECLARAÇÃO DE PEQUIM E PLATAFORMA DE AÇÃO, QUARTA CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER DA ONU realizada em 15 de setembro de 1995.

DECLARAÇÃO DO MILÊNIO DAS NAÇÕES UNIDAS ASSEMBLEIA GERAL. *Resolução 55/2*, 18 de setembro de 2000. UN Doc A / RES / 55/2.

GONÇALVES, T. A. *Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

KATO, Shelma Lombardi de. Gênero e direitos humanos: a contribuição do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 12, n. 12, p.377-382, 2016.

LIMA, Juliana Domingos. Por que esterilização para controle demográfico é uma violação. Em: *Nexo Jornal*, 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/06/13/Por-que-esterilização-para-controle-demográfico-é-uma-violação>>. Acesso em: 9 set. 2018.

MARTINS, Vinicius. Genocídio na saúde: da esterilização às mortes maternas. In *Alma Preta*, 2017. Disponível em: <<https://almapreta.com/editorias/realidade/racismo-na-saude-da-esterilizacao-as-mortes-maternas>>. Acesso em: 9 set 2018.

OLIVEIRA, Fátima. *Saúde da população negra*: Brasil ano 2001. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2002. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0081_saude_popnegra.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

PERPÉTUO, Ignez Helena Oliva; WONG, Laura L. Rodríguez. Desigualdade socioeconômica na utilização de métodos anticoncepcionais no Brasil: uma análise comparativa com base nas PNDS 1996 e 2006. In BRASIL. Ministério da Saúde. *Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher – PNDS 2006: dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. p. 87-104. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnds_criancas_mulher.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Ação Indenizatória 0015253-21.2003.8.19.0001*. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/>. Acesso em: 31 jul. 2017.

SANTOS, M. G. *Direitos sociais*: Efetivação, tutela judicial e fixação de parâmetros para a intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças*: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

YAMIN, Alicia Ely. *Power, Suffering, And The Struggle for Dignity*. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press, 2016.

CASO GONZALES LLUY E OUTROS VS. EQUADOR: ESTIGMATIZAÇÃO E PERMEABILIDADE DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA

Beatriz Carvalho de Araujo Cunha^[138]

INTRODUÇÃO

A forma como a deficiência humana é analisada é questão que, há anos, vem passando por profundas alterações no plano social e jurídico.

Por muito tempo, a deficiência foi enxergada sob um enfoque religioso, como se fosse proveniente de um pecado, uma culpa. Defendia-se o extermínio das pessoas com deficiência, consideradas inúteis e prescindíveis, sobretudo no contexto de crescimento exponencial da industrialização e do capitalismo. Não é preciso ir até a Roma ou a Grécia Antiga para tal constatação. Até pouco tempo, eram elas vítimas de segregação, extermínios e esterilizações compulsórias, como ocorrido no regime nazista alemão que perdurou durante a Segunda Guerra Mundial. Tratava-se de uma vida que não merecia ser vivida.

A partir da década de 1960, contudo, a perspectiva alterou-se e passou a compreender a deficiência humana sob o ponto de vista científico e biológico. Deixou de ser uma manifestação divina para passar a ser encarada como limitação existente de determinada pessoa, a ser solucionada por métodos médicos e terapêuticos, a fim de normalizá-la e torná-la equivalente a outros seres humanos, esteticamente adequada ao padrão esperado pela sociedade.

De modo mais recente, porém, a compreensão reformulou-se drasticamente para instituir o chamado modelo social de deficiência. Passou-se, pois, a analisá-la não sob o ponto de vista das limitações corporais sofridas por aquela pessoa, mas dos obstáculos e barreiras que são por ela enfrentados quando do exercício dos seus direitos, em razão, justamente, das limitações. O foco, então, deixou de ser o indivíduo deficiente para passar a ser a sociedade que a ele não se adapta.

¹³⁸ Pós-graduanda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: bcacunha@gmail.com

Esse pensamento foi acompanhado pelo direito internacional dos direitos humanos, tendo, em 2008, sido editada a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Trata-se de instrumento inovador na matéria, na medida em que trouxe, para o direito positivo, a referida ideia de que o problema, em verdade, não está na deficiência, mas na forma como é encarada pela sociedade, inaugurando um movimento destinado a assegurar a igualdade, o direito à diferença e o reconhecimento das pessoas com deficiência, em abandono à vetusta perspectiva assistencialista de outrora.

Todavia, em que pese incorporada pelo Brasil com *status* de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Carta da República, o modelo social trazido pela referida Convenção somente ganhou, efetivamente, força no ordenamento jurídico interno quando da recente edição da Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015), que a regulamentou.

Ainda se trata, portanto, de tema extremamente novo para os operadores do direito, razão pela qual se verifica que subsistem, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, resquícios do modelo médico que prevalecia até então, isto é, uma visão estereotipada do tema e uma tentativa de “normalizar” as pessoas com deficiência, não respeitando sua essência e identidade.

Em razão disso, torna-se imprescindível o estudo do Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, inovador precedente julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que representa, com maestria, a evolução do modelo médico para o modelo social, bem como a necessidade de se abandonar completamente uma perspectiva estereotipada do tema, dando prevalência a um conceito aberto de pessoa com deficiência, permeável aos obstáculos que podem vir a ser encontrados, no plano social, por pessoas que tenham alguma limitação, a depender do cenário em que vivam.

Dessa forma, o presente estudo objetiva analisar o Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador e o modo como ele deve influenciar o jurista na compreensão de quem é a pessoa com deficiência, em prestígio à sua dignidade, igualdade, autonomia e reconhecimento.

1. CASO GONZALES LLUY E OUTROS VS. EQUADOR: BREVE APRESENTAÇÃO

Em 1998, Talia Gabriela Gonzales Lluy, criança de apenas três anos de idade, teve notícia de que havia se contaminado com o vírus HIV quando foi submetida, meses antes, a uma transfusão de sangue sem prévia realização dos

testes sorológicos necessários. A partir de então, ela e sua família percorreram verdadeira *via crucis* rumo à responsabilização criminal e civil dos causadores, sem que, contudo, obtivessem êxito. Em que pese o processo tenha se iniciado naquele ano de 1998, em 2005, foi declarada a prescrição da pretensão punitiva em relação à responsabilização penal, ao passo que, em 2006, foi declarada a nulidade de todo o procedimento civil sob o fundamento de que a indenização civil derivada de infração criminal dependeria de prévia sentença penal condenatória, o que inexistia.

Simultaneamente aos percalços encontrados para efetivação do seu acesso à Justiça, Talía, após frequentar a escola por dois meses, foi impedida de nela adentrar, por ordem do diretor, sob o argumento de que, assim, todos os demais alunos estariam resguardados, já que privados do risco de contaminação. Recorrendo, mais uma vez, ao Poder Judiciário, Talía teve sua pretensão negada sob o fundamento de que, em havendo um conflito de interesses, os interesses dos estudantes de preservar sua saúde em relação a suposto risco de contágio deveriam prevalecer, à luz da natureza social e/ou coletiva, em detrimento do direito individual à educação daquela. Fundamentou-se, ainda, que nada obstaria a efetivação deste, mediante um ensino particularizado e a distância.

Ainda, Talía encontrou obstáculos em quase todos os estabelecimentos de saúde pelos quais passou, desde os primeiros exames hematológicos até as tentativas de acesso aos medicamentos antirretrovirais, o que era acentuado pela sua situação de pobreza. Segundo seu relato e de seus familiares, muitas vezes, foram vítimas de discriminação devido à condição de saúde de Talía e foram obrigados a se mudar, a viver em condições desfavoráveis e em locais com os quais não se identificavam.

Diante desse contexto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que houve (i) violação aos direitos à vida e à integridade pessoal de Talía, relacionados à saúde, em virtude da contaminação causada pela negligência do Estado em fiscalizar e supervisionar a prestação do serviço de saúde privada, bem como da dificuldade de acesso aos procedimentos médicos e medicamentos antirretrovirais, além da ausência de prevenção, tratamento, atenção e apoio no que se refere ao HIV; (ii) violação ao direito à integridade pessoal de sua família, que foi estigmatizada, discriminada e isolada no seio social, o que decorreu da negligência estatal no sentido de protegê-los; (iii) violação ao direito à educação, pois, violando também os direitos à não discriminação e ao superior interesse da criança, Talía foi privada de comparecer à escola com base em riscos especulativos e imaginários, bem como não lhe foi oportunizada a adaptabilidade necessária, dada a sua condição de criança diagnosticada com HIV; e (iv) violação aos direitos ao acesso à Justiça e à razoável duração do processo.

A grande importância do Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, contudo, decorre do fato de que, de modo inovador, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que – para além da sua condição de mulher, criança e situação de pobreza – Talía era vulnerável enquanto pessoa com deficiência, em decorrência do diagnóstico do HIV.

2. OS DIFERENTES MODELOS DE TRATAMENTO DISPENSADO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A PREVALÊNCIA CONTEMPORÂNEA DO MODELO SOCIAL

Para que se adentre na análise do caso em comento, faz-se imprescindível traçar breves comentários acerca da evolução do modelo de tratamento dispensado às pessoas com deficiência.

Em um primeiro momento, considerava-se que as causas que davam origem à deficiência tinham fundo religioso, reflexos de mensagens diabólicas de que a vida de tais pessoas não merecia ser vivida. Calcando-se na premissa de que elas seriam inúteis por não contribuírem para suprir as necessidades da comunidade, a sociedade entendia que elas eram dispensáveis, prescindíveis. Tratava-se do modelo de prescindência.

Foi a concepção que prevaleceu na Antiguidade clássica, quando se adotava uma perspectiva eugenista, permitindo a prática do infanticídio contra crianças que nascessem nessas condições. Na Lei das XII Tábuas, apregoada no Fórum Romano por volta de 450 a.C., por exemplo, havia previsão expressa de que o pai poderia matar o seu filho “defeituoso”.^[139] Entendia-se que o seu nascimento era fruto de algum pecado cometido pelos pais (Grécia) ou uma advertência de que a aliança com Deus estava quebrada (Roma). Na Idade Média, contudo, passou-se a adotar uma perspectiva de marginalização, cujo traço característico era a exclusão, seja por compaixão, seja por medo de considerá-las objeto de malefícios ou advertência de um perigo iminente (MADRUGA, 2016).

O modelo de prescindência, contudo, foi abandonado^[140] com o surgimento do modelo médico ou reabilitador, inaugurado com o fim da Primeira Guerra

¹³⁹ Na Tábua IV, havia previsão “I – Que o filho nascido monstruoso seja morto imediatamente”, segundo tradução de Jayme de Altavila, *Origem dos direitos dos povos*, 10. ed. São Paulo: Icône, 2004, p. 94.

¹⁴⁰ Em que pese a doutrina afirme que houve, no plano da teoria, abandono do modelo de prescindência, não se pode ignorar que o modelo foi, no plano dos fatos, parcialmente retomado quando da ascensão do fascismo durante a Segunda Guerra Mundial, ocasião em que, em alguns países, pessoas com deficiência foram vítimas de políticas de esterilização compulsória, segregação e extermínio.

Mundial e com a necessidade de conviver com os efeitos laborais suportados pelos feridos de guerra. Passou-se a considerar que as causas que dão origem à deficiência são científicas. Em detrimento da perspectiva de outrora, de que tais pessoas seriam inúteis ou desnecessárias, o objetivo, a partir de então, tornou-se normalizar as pessoas com deficiência, buscando reabilitá-las psíquica, física e/ou sensorialmente para alcançar o padrão de normalidade estético e existencial preestabelecido.

Entretanto, em meados dos anos 1960, como reação às abordagens biomédicas, passou a prevalecer o modelo social, segundo o qual “a deficiência não deve ser entendida como um problema individual, mas como uma questão eminentemente social, transferindo a responsabilidade pelas desvantagens dos deficientes das limitações corporais do indivíduo para a incapacidade da sociedade de prever e ajustar-se à diversidade” (MEDEIROS, DINIZ, 2004, p. 108).

Segundo André de Carvalho Ramos (2015):

Vale ressaltar, nesse ponto, que o medical model, modelo médico da abordagem da situação das pessoas com deficiência, via a deficiência como um “defeito” que necessitava de tratamento ou cura. Quem deveria se adaptar à vida social eram as pessoas com deficiência, que deveriam ser “curadas”. A atenção da sociedade e do Estado, então, voltava-se ao reconhecimento dos problemas de integração da pessoa com deficiência para que esta desenvolvesse estratégias para minimizar os efeitos da deficiência em sua vida cotidiana. A adoção desse modelo gerou falta de atenção às práticas sociais que justamente agravavam as condições de vida das pessoas com deficiência, gerando pobreza, invisibilidade e perpetuação dos estereótipos das pessoas com deficiência como destinatárias da caridade pública (e piedade compungida), negando-lhes a titularidade de direitos como seres humanos. Além disso, como a deficiência era vista como um “defeito pessoal”, a adoção de uma política pública de inclusão não era necessária.

Já o modelo de direitos humanos (ou modelo social) vê a pessoa com deficiência como ser humano, utilizando o dado médico apenas para definir suas necessidades. A principal característica desse modelo é sua abordagem de “gozo de direitos sem discriminação”. Este princípio de antidiscriminação acarreta a reflexão sobre a necessidade de políticas públicas para que seja assegurada a igualdade material, consolidando a responsabilidade do Estado e da sociedade na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano. Assim, não se trata mais

de exigir da pessoa com deficiência que se adapte, mas sim de exigir, com base na dignidade humana, que a sociedade trate seus diferentes de modo a assegurar a igualdade material, eliminando as barreiras à sua plena inclusão. (RAMOS, 2015, p. 221-222)

Com efeito, a distinção central entre o modelo médico e o modelo social é que o primeiro enxergava a deficiência como um problema individual da pessoa, incapaz de enfrentar a sociedade, ao passo que o segundo passou a compreender que, em verdade, a deficiência nada mais é do que um produto de uma organização social pouco sensível à diversidade corporal, consistindo na combinação das limitações individuais pelo corpo com as condições da sociedade em que vive.

Assim, a partir do momento em que o problema não era mais o indivíduo e a sua “anormalidade”, mas o contexto social responsável por sua estigmatização, a inclusão social tornou-se premissa básica do tratamento dispensado à pessoa com deficiência. Materializaram-se, no tema, (i) a ideia de que a igualdade inerente a todo ser humano inclui a diferença, desmistificando eventual limitação como uma tragédia, e (ii) a ideia de autovalorização do ser humano independentemente de sua utilidade no meio social.

3. O CONCEITO CIENTÍFICO: QUEM É A PESSOA COM DEFICIÊNCIA?

A longa prevalência da visão “problemática da deficiência”, decorrente do modelo médico, desencadeou, por muito tempo, a completa ausência de tratamento do tema no contexto dos direitos humanos. Note-se, por exemplo, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, embora considerada um marco histórico, não traz nenhuma linha específica sobre a questão da deficiência, exceto no que tange ao discreto emprego do termo “invalidez” no art. XXV, 1.^[141]

Somente em meados da década de 1970 é que a temática passou a ser abordada pela Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardo Mental, de 1971, e pela Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 1975, mas, ainda assim, somente em sede de *soft law*.

¹⁴¹ Art. 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Ato contínuo, no plano do sistema global, em 13 de dezembro de 2006, foi editada a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual entrou em vigor em 3 de maio de 2008. No Brasil, foi aprovada pelo Congresso Nacional sob a forma do art. 5º, § 3º, da Constituição da República, tendo adquirido *status* de emenda constitucional, integrando o bloco de constitucionalidade.

Cuida-se de tratado internacional que representou verdadeira quebra de paradigmas do tema no contexto dos direitos humanos. A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou, oficialmente, a expressão “pessoas com deficiência”, buscando dar posição de destaque à pessoa, em substituição a outros termos insultantes ou estigmatizantes anteriormente empregados pela Constituição da República^[142] e pela normativa infraconstitucional, como “pessoas com retardo mental”, “pessoas deficientes”, “pessoas portadoras de deficiência” e “portadores de deficiência”.

A alteração da nomenclatura, contudo, não foi à toa, mas representou o abandono do referido modelo médico que compreendia a pessoa com deficiência como objeto de análise e intervenção clínica individual, em prol da adoção do modelo social, calcado nos direitos humanos, no empoderamento e na inclusão social. Com isso, tornou-se necessária a alteração da compreensão acerca de quem é a pessoa com deficiência.

Até a edição da aludida Convenção da ONU de 2006, considerava-se que o conceito científico mais adequado poderia ser encontrado na Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência de 1999, segundo a qual “O termo ‘deficiência’ significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico ou social” (art. 1º).

Após intensos debates no transcorrer dos trabalhos de elaboração, a conceituação foi alterada pela Convenção da ONU, passando a considerar que: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (art. 1º). Sob essa inspiração, também foi editada a recente Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015).^[143]

¹⁴² Art. 7º, XXXI; art. 23, II, art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV; art. 203, V; art. 208, III; art. 227, § 1º, II; art. 227, § 2º; art. 244.

¹⁴³ Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. [...]

Com efeito, a constatação da deficiência passou a depender não só da falha, falta, carência de determinadas faculdades físicas, mentais, intelectuais e sensoriais, mas da relação dessa limitação com a dificuldade daquela pessoa de se relacionar no meio social, profissional e familiar. Dessa forma, a ênfase inicial nas limitações físicas foi imediatamente revista, passando-se a compreender que inexiste relação direta entre lesão e deficiência, o que ensejou a retirada do debate do campo da saúde para inseri-lo no terreno da organização social e política. Lesão resume-se a uma característica meramente corporal, enquanto deficiência é justamente o resultado da opressão e da discriminação sofrida pelas pessoas em uma sociedade que não permite a sua inclusão. Nada obsta, então, que alguém tenha uma lesão e não experimente deficiência, desde que exista aptidão da sociedade para incorporar aquela diversidade.

Verifica-se, portanto, que a combinação da limitação física, mental, intelectual ou sensorial com a forma negativa como a sociedade se relaciona com ela é imprescindível para a compreensão sobre quem é a pessoa com deficiência, e foi exatamente sob essa perspectiva que se deu o julgamento do Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4. A QUEBRA DE PARADIGMAS PELA CORTE INTERAMERICANA NO CASO GONZALES LLUY E OUTROS VS. EQUADOR: O DIAGNÓSTICO DE HIV, A ESTIGMATIZAÇÃO E A CONDIÇÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA DE TALÍA

No Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou a situação de Talía Gabriela Gonzales Lluy, criança diagnosticada com o vírus HIV que foi impedida de frequentar a escola sob o pretexto de se resguardarem os demais alunos do risco de contaminação.

A necessidade do estudo desse precedente decorre do fato de que, de modo inovador, a Corte reconheceu que – para além da sua condição de mulher, criança e situação de pobreza – Talía era vulnerável enquanto pessoa com deficiência em decorrência do diagnóstico do HIV. Para tanto, amparou-se justamente no aludido modelo social de deficiência, que já vinha sendo adotado por esse órgão desde o Caso Furlan y familiares vs. Argentina,^[144] ocasião em que frisou que “a deficiência não se define exclusivamente pela presença de uma deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, mas que

^[144] Sobre o caso, ver análise doutrinária em: PAIVA, Caio Cezar. HEEMANN, Thimothie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 484-490.

se inter-relaciona com as barreiras ou limitações existentes socialmente para que as pessoas possam exercer seus direitos de maneira efetiva" (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 135).

Sob essa premissa, decidiu que o HIV não é, por si só, uma situação que gera deficiência, até porque, no modelo contemporâneo, não se resume a mero diagnóstico médico, porém, em algumas circunstâncias, barreiras sociais e econômicas podem fazer que indivíduos diagnosticados com HIV se adequem ao conceito de pessoa com deficiência da Convenção da ONU.

Tratava-se, exatamente, da situação de Talía, vítima de uma diferença de trato no que tange aos demais alunos da escola única e exclusivamente em razão da sua condição de diagnosticada com o vírus HIV, afetando o seu desenvolvimento e a sua participação na sociedade.

No caso, destacou-se que até seria possível promover alguma distinção entre Talía e os demais alunos, mas, para tanto, seria imprescindível que o Estado do Equador demonstrasse que, efetivamente, existia uma causa razoável e objetiva, o que não aconteceu. Assim, decidiu-se que a distinção foi injustificável e desproporcional, já que baseada em riscos especulativos e imaginários, fundados em meros estereótipos, em flagrante mácula ao direito à não discriminação, previsto no art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, a partir de sua cláusula "outra condição social", veda tratamento discriminatório ao diagnosticado com HIV.^[145]

Nesse ponto, muito embora, em princípio, haja impossibilidade de se responsabilizar diretamente um Estado pelo desrespeito a uma das normas previstas na Convenção Interamericana sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção da Guatemala), a Corte Interamericana decidiu que esta é vetor de interpretação da Convenção Americana de Direitos

¹⁴⁵ 274. La Corte concluye que el riesgo real y significativo de contagio que pusiese en riesgo la salud de las niñas y niños compañeros de Talía era sumamente reducido. En el marco de un juicio de necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, este Tribunal resalta que el medio escogido constituía la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de los demás niños del colegio. Si bien la sentencia del tribunal interno pretendía la protección de los compañeros de clase de Talía, no se probó que la motivación esgrimida en la decisión fuera adecuada para alcanzar dicho fin. En este sentido, en la valoración de la autoridad interna debía existir suficiente prueba de que las razones que justificaban la diferencia de trato no estaban fundadas en estereotipos y suposiciones. En el presente caso la decisión utilizó argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de Talía. Este trato evidencia además que no existió adaptabilidad del entorno educativo a la situación de Talía, a través de medidas de bioseguridad o similares que deben existir en todo establecimiento educativo para la prevención general de la transmisión de enfermedades.

Humanos, de forma que, se a primeira for violada, estar-se-á, por rochete, violando a segunda.^[146] Para a Corte, a condição de pessoa com deficiência de Talía saltou ainda mais aos olhos a partir dos percalços enfrentados por ela justamente após ter sido expulsa da escola.

Por muito tempo, os familiares tentaram localizar outros estabelecimentos de ensino para matrículá-la, sendo recebidos, todavia, com as portas fechadas quando tinham notícia de que a criança fora diagnosticada com o vírus HIV. Percorrida essa *via crucis*, enfim, lograram êxito em matricular Talía em uma escola muito distante de sua casa, o que a fazia ter que madrugar, diariamente, para percorrer o trajeto até a sala de aula. Ainda, o estabelecimento de ensino, após receberê-la, passou a ser, frequentemente, incomodado com ofícios da Secretaria de Educação, requisitando informações sobre a nova aluna e sua condição de saúde.

As amigas se afastaram e a própria família passou a ser estigmatizada, discriminada e isolada no seio social em razão da proximidade com Talía. Havia, também, grande dificuldade de acesso aos procedimentos médicos e medicamentos antirretrovirais, além da ausência de tratamento, atenção e apoio no que se refere à enfermidade que a assolava. Ainda, na própria escola onde foi recebida, não lhe foi oportunizada a adaptabilidade necessária, dada a sua condição de criança diagnosticada com HIV.

Nesse contexto, a Corte Interamericana percebeu que a confluência de inúmeros fatores (idade, gênero, classe social e condição de saúde) sobre Talía a sujeitava a uma verdadeira situação de discriminação interseccional, o que a atingia de forma específica, impondo-lhe múltiplos níveis de subordinação e potencializando a violação de muitos de seus direitos fundamentais:

290. La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de

¹⁴⁶ A Convenção Interamericana dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência e o Pacto de San José: supervisão por rochete.

Outro ponto importante da sentença foi o reconhecimento de que a Convenção Interamericana sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção da Guatemala) é vetor de interpretação dos direitos do Pacto de José, quando aplicado a casos envolvendo pessoas com deficiência. Assim, fica sanada uma importante lacuna da Convenção da Guatemala, que era justamente a impossibilidade de se processar um Estado signatário (como o Brasil) que a desrespeitasse perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Criou-se, assim, uma supervisão por rochete: caso o Brasil desrespeite a Convenção da Guatemala, pode tal desrespeito ser considerado uma violação de algum dos direitos genéricos do Pacto de San José (como, por exemplo, o direito à igualdade) e, com isso, ser desencadeado o mecanismo de controle do pacto (petição à comissão e, após o trâmite adequado, ação perante a corte). (RAMOS, André de Carvalho. *Reflexões sobre as vitórias do caso Damião Ximenes*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiao_ximenes>. Acesso em: 26 dez. 2017.)

discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada³⁴⁵. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.

291. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que Talía Gonzales Lluy sufrió una discriminación derivada de su condición de persona con VIH, niña, mujer, y viviendo en condición de pobreza. Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado ecuatoriano violó el derecho a la educación contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Talía Gonzales Lluy.

Ser uma criança do sexo feminino em situação de pobreza diagnosticada com HIV era uma experiência muito diferente daquela vivida por homens adultos com lesão medular, por exemplo. Não obstante, apesar das múltiplas causas de vulnerabilidade, o fato que ensejava maiores obstáculos à sua inclusão social era justamente a sua condição de diagnosticada com o vírus HIV, verdadeira mola propulsora do estigma e discriminação sofridos por ela e sua família.

No caso em tela, portanto, como constatado pela Corte, estavam presentes os dois requisitos básicos para subsunção ao conceito científico contemporâneo de pessoa com deficiência: (i) a limitação física de Talía, decorrente do diagnóstico

de sua enfermidade; e (ii) as barreiras sociais que impediam o exercício dos seus direitos mais comezinhos e a sua plena inclusão em uma sociedade que se demonstrou estigmatizada no que toca à pessoa diagnosticada com HIV.

Entendimento semelhante já havia sido adotado no sistema regional europeu no Caso Kiyutin vs. Rússia, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que considerou que pessoas diagnosticadas com o vírus HIV poderiam ser consideradas abrangidas pelo conceito de deficiência a partir da subsunção à expressão “outra situação”, prevista no art. 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Assim, decidiu que eventual restrição ao direito à moradia com base no fato de que o seu titular sofria de tal enfermidade era discriminatória, caso não empregada nenhuma fundamentação adequada para justificar a sua restrição.^[147]

No mesmo sentido, há precedente da Corte Constitucional da Colômbia, a qual considerou que indivíduos diagnosticados com HIV integram uma categoria especialmente protegida, e esse fato é critério suspeito de diferenciação, a evidenciar que, possivelmente, está sendo maculado o princípio da igualdade.^[148]

¹⁴⁷ 57. Following the disclosure of the applicant's HIV-positive status, it has become legally impossible for him to be admitted for lawful residence in Russia because of a legal provision that restricted issuance of residence permits to aliens who were unable to show their HIV-negative status. Although Article 14 does not expressly list a health status or any medical condition among the protected grounds of discrimination, the Court has recently recognised that a physical disability and various health impairments fall within the scope of this provision (see Glor, §§ 53-56, and G.N., § 119, both cited above). The Court notes the view of the UN Commission on Human Rights that the term “other status” in non-discrimination provisions in international legal instruments can be interpreted to cover health status, including HIV-infection (see paragraph 29 above). This approach is compatible with Recommendation 1116 (1989) by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which called for reinforcement of the non-discrimination clause in Article 14 by including health among the prohibited grounds of discrimination (see paragraph 31 above) and with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities which imposed on its State parties a general prohibition of discrimination on the basis of disability (see paragraph 32 above). Accordingly, the Court considers that a distinction made on account of one's health status, including such conditions as HIV infection, should be covered – either as a form of disability or alongside with it – by the term “other status” in the text of Article 14 of the Convention. [...]

64. [...] In recent times, despite considerable progress in HIV prevention and better access to HIV treatment, stigma and related discrimination against people living with HIV/AIDS has remained a subject of great concern for all international organisations active in the field of HIV/AIDS. (...) The Court therefore considers that people living with HIV are a vulnerable group with a history of prejudice and stigmatisation and that the State should be afforded only a narrow margin of appreciation in choosing measures that single out this group for differential treatment on the basis of their HIV status.” (TEDH. Caso Kiyutin v. Russia (Demanda no. 2700/10), 10/03/2011. p. 17-18.)

¹⁴⁸ Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-376 de 2013.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a ONU, nas Diretrizes Internacionais sobre HIV/AIDS e Direitos Humanos, recomendou aos Estados Partes que editem leis gerais destinadas a incluir HIV e AIDS na definição de deficiência, a fim de combater a discriminação estrutural que existe contra tais pessoas.^[149]

Logo, a análise do Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador permite concluir que a Corte Interamericana, encampando a tendência que já vinha sendo adotada no sistema global e no sistema regional europeu dos direitos humanos, decidiu que o diagnóstico de HIV, quando combinado com barreiras socioeconômicas que impeçam a plena inclusão social da pessoa no meio social, pode ser considerado causa de deficiência, a ensejar a necessidade de proteção diferenciada com vistas à efetivação da igualdade material e do direito à não discriminação.

¹⁴⁹ QUINTA DIRETRIZ: LEGISLACIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN Y SOBRE PROTECCIÓN

22. Los Estados deberían promulgar o fortalecer las leyes que combaten la discriminación u otras leyes que protegen contra la discriminación en los sectores tanto público como privado a los grupos vulnerables, las personas que viven con el VIH y las discapacitadas, velar por el respeto de la vida privada, la confidencialidad y la ética en la investigación sobre seres humanos, insistir en la formación y conciliación, y aportar medios administrativos y civiles prontos y eficaces.

a) Deberían aprobarse leyes generales contra la discriminación o revisarse las vigentes para incluir a las personas asintomáticas que viven con el VIH, las que viven con el SIDA y a los presuntos portadores de VIH o SIDA. Esas leyes deberían proteger asimismo a los grupos más vulnerables al VIH/SIDA a causa de la discriminación a la que se enfrentan. Deberían aprobarse asimismo leyes sobre discapacidad o revisarse las vigentes para incluir el VIH y el SIDA en su definición de la discapacidad. Esas leyes deberían incluir lo siguiente:

i) el ámbito de aplicación debería ser lo más amplio posible, incluyendo la atención de la salud, la seguridad social, las prestaciones sociales, el empleo, la educación, el deporte, la vivienda, los clubes, los sindicatos, los organismos habilitantes, y el acceso a los transportes y a otros servicios;

ii) deberían prever la discriminación directa e indirecta, así como los casos en que el VIH es sólo uno de los motivos de la discriminación, y debería considerarse la prohibición de la denigración de las personas con el VIH;

iii) procedimientos judiciales o administrativos independientes, rápidos y eficaces para obtener reparación, con elementos tales como la tramitación rápida de las causas cuando el denunciante enfermo se encuentre en fase terminal, las facultades de investigación para resolver los casos de discriminación sistémica de orden político o procedimental, y la posibilidad de entablar acciones judiciales bajo seudónimo o presentar denuncias mediante representante, en particular la posibilidad de que las organizaciones de interés público entablen acciones en nombre de personas que viven con el VIH;

iv) las exenciones en materia de jubilación y seguro de vida deberían basarse únicamente en datos actuariales razonables, de manera que el VIH no se trate de modo diferente que otras enfermedades análogas [...] *(Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos. Versión consolidada de 2006. Disponible em: <http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf. p. 31-32>)*

5. A IMPORTÂNCIA DO CASO GONZALES LLUY E OUTROS VS. EQUADOR PARA O ESTUDO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

5.1. A permeabilidade do conceito contemporâneo de pessoa com deficiência

Partindo da premissa de que, como se deu no caso Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, as cortes de direitos humanos vêm se manifestando pela possibilidade de aplicar as normas protetivas da pessoa com deficiência a indivíduos diagnosticados com HIV, nota-se que definir deficiência não é uma tarefa fácil. Ao contrário, a deficiência é complexa, dinâmica, multidimensional e questionada. Constatou-se que o emprego de critérios essencialmente técnicos e/ou valores altamente prescritivos pode ensejar a criação de uma fachada supostamente neutra que, em verdade, oculta a exclusão de grande parcela da população da abrangência das políticas públicas protetivas, muito embora esse grupo igualmente delas necessite.

Com efeito, a expressão “pessoa com deficiência” é verdadeira cláusula aberta que, ao ser interpretada, não pode se afastar da referida evolução do modelo médico para o modelo social. Normalmente, aquele tende a exigir que exista grande distanciamento dos padrões de normalidade para considerar alguém deficiente, vinculando a deficiência à perda completa de certos órgãos ou funções. Por vezes, são estabelecidos, por exemplo, patamares míнимos de acuidade visual, capacidade auditiva, olvidando-se qualquer perquirição acerca de eventuais necessidades sociais daquela pessoa. Entretanto, a experiência da deficiência não pertence apenas ao universo do inesperado, mas faz parte da vida de uma grande quantidade de pessoas (MEDEIROS; DINIZ, 2004). Com efeito, a referida perspectiva, por analisar somente características individuais, não se compatibiliza com a evolução da normativa da pessoa com deficiência e com a prevalência de um modelo social, que a compreende no contexto socioeconômico, sem estereótipos, em prol da efetivação do princípio da igualdade.

O conceito científico de deficiência, portanto, é permeável aos obstáculos que podem vir a ser encontrados, no plano socioeconômico, por pessoas que tenham alguma limitação, a depender do cenário em que vivam.

É exatamente por isso que não se pode, de antemão, sem análise do caso concreto, se afirmar que o diagnóstico de surdez unilateral configura ou não deficiência, tal como fez o Superior Tribunal de Justiça ao editar o recente Enunciado Sumular nº 552, segundo a qual “O portador de surdez unilateral não se qualifica como pessoa com deficiência para o fim de disputar as vagas

reservadas em concursos públicos". No mesmo sentido, há recente precedente do Supremo Tribunal Federal no qual se decidiu que o diagnosticado com Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade (TDAH) não pode ser considerado pessoa com deficiência, sem que, para tanto, a Corte tenha procurado adentrar nas peculiaridades do caso concreto para perquirir se, de fato, não havia barreiras ao exercício dos direitos.^[150]

Uma análise atenta ao modelo social evidencia que não se pode definir se existe ou não deficiência a partir exclusivamente das características médicas e individuais da pessoa; ao contrário, impõe perquirição do caso concreto para observar se aquela limitação torna penoso o exercício dos direitos no contexto social em que a pessoa humana vive. Trata-se de enunciado sumular e precedente que se encontram na contramão da evolução do estudo da pessoa com deficiência, da Convenção da ONU e da própria Lei Brasileira de Inclusão, maculando a dignidade, a igualdade, a autonomia e dificultando a participação democrática.

Sob a mesma premissa, criticam-se eventuais tentativas de restringir a proteção destinada às pessoas com deficiência somente àqueles que tenham alguma condição física, mental, sensorial ou intelectual de natureza permanente. Haja vista que o modelo social analisa a limitação e, também, a dificuldade que essa limitação causa no exercício dos direitos no plano socioeconômico, não se pode adotar esse critério como elemento diferenciador, porque os ajustes requeridos para inclusão da pessoa com deficiência independem do tempo que a condição corporal vai perdurar. Não foi à toa, portanto, que a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015) alterou o § 2º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 para afastar a limitação temporal que, antes, havia no inciso II. Anteriormente, para fins de recebimento do benefício de prestação continuada, considerava-se como pessoas com deficiência apenas aquelas que tinham alguma incapacidade por prazo mínimo de 2 anos,^[151] o que não se compatibiliza com a concepção contemporânea, tampouco com os objetivos da República de tornar a sociedade solidária e de erradicar a pobreza (art. 3º, I e III, da Constituição), alicerces da assistência social.

¹⁵⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=332796>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

¹⁵¹ Anteriormente, o inciso II no § 2º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 previa: "II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)".

A Lei Brasileira de Inclusão, porém, modificou o referido § 2º, passando a dar fim à limitação temporal: "§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)".

Dessa forma, os exemplos mencionados – notadamente, o Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador – permitem concluir que não se pode definir se alguém é pessoa com deficiência com base exclusivamente em uma matriz biomédica que cataloga os impedimentos corporais, tampouco em estereótipos estéticos acerca do que é normal e do que é patológico. A partir do momento em que houve mudança de causalidade da deficiência, deslocando a desigualdade do corpo para as estruturas sociais, torna-se imprescindível que, após se constatar uma limitação corporal, se atente para a existência ou não de barreiras incapacitantes. Segundo a Convenção da ONU e a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), as primordiais são: (i) políticas públicas e padrões inadequados (v.g., ausência de política de educação inclusiva; ausência de padrões de acessibilidade em ambientes físicos); (ii) atitudes negativas, baseadas em reações preconceituosas e discriminatórias; (iii) ausência de serviços públicos; (iv) dificuldade de acesso a serviços públicos; (v) financiamento inadequado em razão da má alocação de recursos; (vi) falta de acesso em geral, como a transporte e à comunicação; (vii) ausência de consulta e envolvimento nos processos decisórios acerca da sua vida e da política; e (viii) ausência de dados estatísticos e evidências acerca das pessoas com deficiência, dificultando ações efetivas.^[152]

Do mesmo modo, a Lei Brasileira de Inclusão conceituou barreiras como “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros” (art. 3º, IV).^[153]

¹⁵² Relatório mundial sobre a deficiência / World Health Organization, The World Bank; tradução Lexicus Serviços Lingüísticos. - São Paulo: SEDPcD, 2012. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44575/4/9788564047020_por.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017, p. 270-271.

¹⁵³ Ainda no mesmo art. 3º, IV, da Lei Brasileira de Inclusão, as barreiras foram classificadas como:

- “a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;
- b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;
- c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;
- d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;
- e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;
- f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;”

Com efeito, como constatado pelo Relatório Mundial sobre a Deficiência, a “deficiência é questão de direitos humanos”^[154] e deve ser encarada sob a ótica do princípio da igualdade e da não discriminação, permitindo-se o acesso igualitário a serviços públicos, à participação política e à tomada de decisões sobre a própria vida.

Não é à toa que André de Carvalho Ramos (2013, p. 16) afirma que “A principal característica desse modelo é sua abordagem de ‘gozo dos direitos sem discriminação’. Esse princípio de antidiscriminação acarreta a reflexão sobre a necessidade de políticas públicas para que seja assegurada a igualdade material, consolidando a responsabilidade do Estado e da sociedade na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano”.

Verifica-se, pois, que o modelo social e de direitos humanos abandonou a perspectiva estanque de deficiência e tornou o conceito permeável aos obstáculos socioeconômicos que podem vir a ser enfrentados por pessoas que tenham alguma limitação corporal.

5.2. Os alicerces do modelo social e de direitos humanos da deficiência

À luz da concepção exposta, percebe-se que esse modelo de direitos humanos da deficiência tem o princípio da dignidade humana como seu alicerce principal, atualmente compreendido como fonte de direitos e deveres cujo elemento ontológico é que cada ser humano tem valor intrínseco, à luz do marco teórico-filosófico de Immanuel Kant (1724-1804).

Por, justamente, ser valor intrínseco, segundo Luís Roberto Barroso (2012, p. 127-195), a dignidade acaba por ser origem de um conjunto de outros direitos fundamentais, tal como, justamente, o princípio da igualdade, por meio do qual todos têm igual valor e merecem o mesmo respeito e consideração, do que decorre o direito à não discriminação e o direito ao reconhecimento.

¹⁵⁴ “A deficiência é uma questão de direitos humanos (7) porque:

- As pessoas com deficiência enfrentam desigualdades, por exemplo, quando elas tem negado o acesso igualitário a serviços de saúde, emprego, educação, ou participação política devido à sua deficiência.
- As pessoas com deficiência estão sujeitas a violações da sua dignidade, por exemplo, quando são sujeitas à violência, abuso, preconceito, ou desrespeito devido à sua deficiência.
- Algumas pessoas com deficiência perdem sua autonomia, por exemplo, quando estão sujeitas a esterilização involuntária, ou quando são confinadas em instituições contra sua vontade, ou quando são vistas como legalmente incompetentes devido à sua deficiência” (Relatório mundial sobre a deficiência / World Health Organization, The World Bank; tradução Lexicus Serviços Lingüísticos. - São Paulo: SEDPcD, 2012. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44575/4/9788564047020_por.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017, p. 9.

É certo, porém, que a igualdade e generalização dos direitos que deu fim aos privilégios estamentais nem sempre conduziu a mudanças sociais de viés emancipatório, subsistindo graves e injustificadas exclusões e assimetrias, como as que permanecem a vitimar as pessoas com deficiência. É justamente na desigualdade multidimensional que se encontra o aspecto mais patológico de afirmação da dignidade humana por se manifestar na falta de acesso às liberdades básicas e aos serviços públicos, no tratamento dispensado às pessoas por agentes estatais e por particulares, na plutocratização da política e no desrespeito às diferenças identitárias (SAMENTO, 2016).

No que tange à pessoa com deficiência, o modelo de direitos humanos visa concretizar, em um primeiro momento, o direito à não discriminação, o qual exige que (i) não sejam adotados critérios ou claras intenções discriminatórias (discriminação direta); e que (ii) não haja efeitos especialmente prejudiciais contra determinados grupos, ainda que inexista qualquer intento discriminatório (discriminação indireta).^[155]

Note-se, contudo, que o que a igualdade pretende não é o tratamento de todos de forma igual, mas o tratamento de todos como um igual. Isso implica, então, o direito ao reconhecimento, isto é, a promoção e o respeito às diferenças identitárias, o que, por vezes, demanda proteção jurídica distinta. Busca-se, com isso, corrigir injustiças estruturais e históricas; adequar as normas e práticas vigentes, provenientes dos interesses dos grupos hegemônicos, às especificidades de determinados sujeitos vulnerados desproporcionalmente; e permitir a subsistência de culturas e modos de vida tradicionais que constituem a identidade de seus integrantes.

Hipótese relevante de atribuição de direitos diferenciados envolve o direito à adaptação razoável (ou acomodação razoável), que demanda o ajuste de políticas públicas, ambientais e práticas sociais às necessidades e demandas das pessoas com deficiência, nos termos do art. 2º da Convenção da ONU e art. 3º, VI, da Lei Brasileira de Inclusão.

Acerca do conceito, esclarece Daniel Sarmento (2016):

¹⁵⁵ Esta, segundo Joaquim Barbosa, consiste na ideia de que “toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional de igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas” (GOMES, 2001, p. 24).

A ideia subjacente a tal direito é de que normas jurídicas, políticas públicas e práticas sociais, ainda quando válidas, podem ter um impacto desproporcional sobre determinada pessoa em razão das suas características identitárias. Dentre outras razões, isso decorre do fato de que os grupos não hegemônicos não têm, na maior parte dos casos, a voz e o poder suficientes para influenciar na definição das referidas medidas. Por isso, com frequência, os seus interesses são ignorados ou atropelados na formulação e implementação das mesmas, ainda quando tais ações persigam objetivos legítimos e não tenham sido confeccionadas com qualquer intenção discriminatória. Nessas hipóteses, deve-se buscar, sempre que possível, uma acomodação razoável entre os interesses do grupo desproporcionalmente afetado pela medida e o objetivo público, social ou empresarial que ensejou a sua adoção. (SARMENTO, 2016, p. 275)

Nesse diapasão, a discriminação não é um fenômeno que se resume aos atos emitidos com o propósito de excluir ou inferiorizar indivíduos, mas também abarca os atos que têm por efeito promover essas desigualdades.

O direito ao reconhecimento também se relaciona ao modelo de direitos humanos, objetivando instituir políticas voltadas ao reconhecimento intersubjetivo, cuja ideia-chave é a construção de “um mundo sensível à diferença, em que a assimilação às normas culturais majoritárias ou dominantes não seja mais o preço para o igual respeito” (FRASER, 2003, p. 7).

Assim, busca-se afastar a concepção estrutural que trata, sistematicamente, as pessoas com deficiência como seres inferiores, instituindo a ideia de que seus corpos são elementos característicos da diversidade humana, o que é imprescindível em uma sociedade pluralista.

Haja vista que o ser humano não é um átomo isolado, o adequado reconhecimento pelo outro é vital para que sejam possíveis a realização e o desenvolvimento pessoal, como explicita Charles Taylor (1994):

[...] as presumíveis ligações entre o reconhecimento e identidade, designando este último termo algo como o entendimento que as pessoas têm de quem são, de suas características definidoras fundamentais como um ser humano. A tese é que nossa identidade é parcialmente definida pelo reconhecimento ou sua ausência, frequentemente pelo falso reconhecimento (misrecognition) dos outros, e assim a pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer dano real, deturpação (distortion) efetiva, se as pessoas ou a sociedade que os circunda lhes reflete uma imagem limitada, humilhante ou desprezível deles próprios. (TAYLOR, 1994, p. 25)

Logo, quando a sociedade trata as pessoas com deficiência como inferiores, estas passam a internalizar uma imagem negativa de si, tendendo a não desenvolver autoestima, e, a partir dessa concepção, moldam as suas escolhas. “O olhar do outro nos constitui” (SARMENTO, 2016, p. 241).

Nesse sentido, à luz dos efeitos negativos causados pela desvalorização identitária, a dignidade, enquanto valor intrínseco do ser humano, tem a autonomia como seu elemento ético. Esta, então, é característica universal dos seres racionais e não depende de classe social, raça ou qualquer outro fator (KANT, 2011). Trata-se do fundamento do livre-arbítrio, que permite aos indivíduos buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. Assegura-se a autodeterminação, permitindo-se que cada um defina as regras que vão reger a sua vida. Dela decorrem as ideias de autonomia privada, relacionada ao autogoverno do indivíduo, e de autonomia pública, relacionada à liberdade republicana, associada à cidadania e à participação na vida política (BARROSO, 2012).

A premissa da autonomia privada é a de que não é papel do Estado ou da sociedade definir como as pessoas devem conduzir sua própria vida, evitando-se o paternalismo, ou seja, a interferência na liberdade pessoal voltada à proteção do próprio agente. Com o modelo social, houve o rompimento com os ideais assistencialistas e integracionistas que prevaleceram durante o modelo médico. Por meio da integração, as pessoas com deficiência eram subestimadas em suas aptidões e, por vezes, banidas de qualquer atividade social sob o argumento de que seriam inválidas e incapazes, e isso permitia que os “válidos e capazes” tomassem decisões sobre a vida daquelas, sem considerar seus desejos, temores e interesses, tal como se, presumidamente, soubessem o que é bom para cada pessoa.

Violava-se, com isso, a dignidade humana, já que as pessoas com deficiência eram tratadas como objetos da ação de terceiros – o Estado ou a sociedade –, e não como sujeitos dotados de valor intrínseco. Sob essa ótica, a Lei Brasileira de Inclusão modificou a teoria das incapacidades no direito civil para abolir qualquer vinculação entre deficiência e incapacidade, vedando a transferência compulsória das decisões e escolhas sobre a vida da pessoa com deficiência para um terceiro.^[156]

¹⁵⁶ “Realmente, em tempos pós-modernos, com preocupações de inclusão social e cidadania, não mais se pode admitir que a lei repute um ser humano incapaz absolutamente somente por conta

Por outro lado, a autonomia pública vincula-se não só à possibilidade de votar, concorrer aos cargos públicos, mas também de ser membro de associações políticas, de fazer parte de movimentos sociais e, sobretudo, de ter direito às condições necessárias para participar do debate público. Vincula-se, pois, ao regime democrático e à concepção de que os cidadãos não são somente destinatários das normas estatais, mas seus coautores.

No caso das pessoas com deficiência, a autonomia pública atrela-se, intimamente, à noção de liberdade positiva. Não basta que sejam removidos os obstáculos externos às suas escolhas e atos; é imprescindível que se assegurem os meios necessários para que haja o exercício dessa liberdade e, para tanto, é preciso voltar o olhar para as necessidades e vulnerabilidades do sujeito concreto.

Isso porque as escolhas feitas pelos indivíduos são, em boa parte, condicionadas pela cultura em que elas estão inseridas. O que se é e o que se quer são reflexos de valores que foram internalizados durante o processo de socialização, ao qual cada um se submete desde o nascimento. Em um ambiente social muito machista, por exemplo, é quase impossível que uma mulher chegue a formular o plano de vida de se tornar uma política influente ou de manter uma vida sexual com muitos parceiros e poucos compromissos. “Os que se aventuram *outsiders*, desafiando costumes e preconceitos enraizados, encontram, no mais das vezes, o desprezo e o desrespeito na sociedade, o que torna o ônus de se insurgir contra o *ethos* dominante muito elevado” (SARMENTO, 2016, p. 156).

Sobre a pessoa com deficiência, a Corte Constitucional da Colômbia julgou interessante caso envolvendo indivíduo anão que encontrava dificuldades para se dirigir à referida Corte em razão de que os guichês em que ocorria o atendimento ao público eram mais altos do que o portador de nanismo. Como solução, foi determinado que todas as pessoas naquelas condições tivessem acesso diferenciado no interior da repartição.^[157] Verifica-se, pois, que as barreiras que dificultam o exercício dos direitos fundamentais, por vezes,

de uma deficiência física ou mental e, muito pior do que isso, que promova uma transferência compulsória das decisões e escolhas sobre a sua vida e as suas relações existenciais para um terceiro, o curador, aniquilando a sua vontade e a sua preferência. Equivale, na prática, a uma verdadeira morte civil” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 328).

¹⁵⁷ “Muchas personas con discapacidad, son excluidas de la participación activa en la comunidad, porque las puertas de ingreso a teatros, centros educativos, etc., son estrechas, hay ausencia de rampas, los baños no pueden ser usados, etc. Para el caso de las personas con enanismo, la exclusión se concreta en teléfonos, luces y en general un mobiliario urbano o una infraestructura muy alta [56]. Por tal razón, cambios aparentemente insignificantes en el ambiente construido, pueden permitirle a una persona en tales circunstancias, una vida completamente autónoma, si el ambiente circundante ha tenido en cuenta sus necesidades y limitaciones [57]. La dependencia o independencia de una persona con tales condiciones se intensifica, cuando los ambientes son físicamente hostiles [58], o en sentido contrario, cuando son plenamente accesibles” (Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-1258 de 2008).

acabam por desestimular a participação e a integração social das pessoas com deficiência em afronta à sua autonomia e ao regime democrático, o que não se pode admitir.

Dessa forma, a edição da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Lei Brasileira de Inclusão reveste-se de forte valor simbólico e pedagógico, já que ocorreu como forma de desafiar essa cultura ainda vigente no país de invisibilidade das pessoas com deficiência, que têm seus direitos sistematicamente desrespeitados à mercê de existir legislação protetiva específica desde a década de 1980.

Por essa razão, Heloisa Helena Barboza e Vitor de Azevedo Almeida Junior (2017) defendem que esses diplomas têm uma função promocional, nos dizeres de Norberto Bobbio (2007):

Diante desse quadro, realça-se a função promocional do EPD e da Convenção, na medida em que a promulgação de uma lei geral sobre os direitos da pessoa com deficiência, que reflete normas constitucionais incorporadas após a internalização do CPDP, desafia intérpretes e operadores do direito, bem como as instituições competentes, a transformarem a atual “cultura de indiferença” causada pela invisibilidade e exclusão das pessoas com deficiência em nossa sociedade. Para tanto, é preciso celebrar as diferenças e valorizar a diversidade humana, de modo a beneficiar toda a sociedade que passa a conviver com diferentes visões de mundo. Nesse sentido, indispensável promover a autonomia da pessoa com deficiência para decidir sobre sua própria vida e para isso se centrar na eliminação de qualquer tipo de barreira, para que haja uma adequada equiparação de oportunidades. Isso provoca o empoderamento da pessoa com deficiência que passa a tomar suas próprias decisões e assumir o controle do seu projeto de vida. Entretanto, para que essa independência seja viável e real, é imprescindível a implementação de políticas públicas, programas sociais e serviços adaptados que permitam a superação das barreiras [...]. BARBOZA; ALMEIDA JR., 2017, p. 35)

Logo, ao se verificar que a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão adotaram o modelo social e de direitos humanos, faz-se indispensável que toda e qualquer interpretação do tema perpassasse pelos seus alicerces, considerando as pessoas com deficiência como dignas e, então, como iguais em respeito e reconhecimento, como aptas a fazer as escolhas que vão reger o seu projeto de vida e como merecedoras de valorização social e participação política.

CONCLUSÃO

No Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que, para além da sua condição de mulher, criança e situação de pobreza, Talía era vulnerável enquanto pessoa com deficiência em decorrência do diagnóstico do HIV, amparando-se, para tanto, no modelo social.

A importância do precedente decorre do fato de que a sua análise permite evidenciar, de forma clara, que o estudo da deficiência foi impactado pelo rompimento com o modelo médico e integracionista, que antes prevalecia, para instituir um modelo social e inclusivo, adotado pela Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e, de modo mais recente, pela Lei Brasileira de Inclusão.

Isso porque, apesar de o modelo social já ser adotado pelo direito positivo há certo tempo, subsistem, na prática, fortes resquícios do modelo médico. Com frequência, surpreendem-nos com visões estereotipadas acerca de quem é a pessoa com deficiência, exigindo grande distanciamento dos padrões da normalidade, como perda de órgãos ou funções, catalogando enfermidades como aptas a configurá-la, enquanto outras são excluídas de antemão, ou impondo a comprovação de lapso temporal mínimo de incapacidade para ensejá-la.

O Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador permite evidenciar que a experiência da deficiência não pertence apenas ao universo do inesperado. É complexa, dinâmica, multidimensional e questionada e não admite emprego de critérios essencialmente técnicos e/ou valores altamente prescritivos, sob pena de criação de uma fachada que exclui grande parcela da população que igualmente necessita da política protetiva.

Com efeito, a expressão “pessoa com deficiência” é verdadeira cláusula aberta que, ao ser interpretada, exige análise concomitante das características individuais biomédicas e das barreiras incapacitantes existentes no contexto socioeconômico. No caso em tela, havia: (i) a limitação física de Talía, decorrente do diagnóstico de sua enfermidade; e (ii) as barreiras sociais que impediam o exercício dos seus direitos mais comezinhos e a sua plena inclusão em uma sociedade que se demonstrou estigmatizada no que toca à pessoa diagnosticada com HIV.

Assim, a Corte, seguindo a tendência já estampada em precedentes do sistema global e do sistema regional europeu dos Direitos Humanos, alinhou-se à teleologia do modelo social, voltado à eliminação das barreiras que obstaculizam ou dificultam a fruição dos direitos humanos, bem como à efetivação dos princípios da dignidade, igualdade e liberdade.

Do caso, portanto, emerge que tais mandados de otimização são aplicáveis não só após a constatação de que uma pessoa tem deficiência, assegurando-lhe valor intrínseco igual aos demais, reconhecimento e autonomia, mas também em uma perspectiva anterior, constituindo quem é a pessoa com deficiência a partir da verificação de que, além da limitação biomédica, a sociedade não lhe confere tratamento simétrico, estima social, liberdade de fazer as próprias escolhas de vida nem participação democrática.

Logo, ao se notar que o conceito científico de deficiência passou a ser permeável aos obstáculos socioeconômicos enfrentados por pessoas que tenham alguma limitação corporal, verifica-se que a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão têm uma função promocional, destinada, sobretudo, a empoderar a pessoa com deficiência e a romper com a cultura da indiferença e invisibilidade proveniente da estigmatização.

REFERÊNCIAS

- ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 10. ed. São Paulo: Ícone, 2004.
- BARBOZA, Heloisa Helena. ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento e Inclusão das Pessoas com Deficiência. *Revista Brasileira de Direito Civil–RBDCivil*. Belo Horizonte, vol.13. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%2013%20|%20Jul-Set%202017&category_id=200&arquivo=data/revista/volume13/2017_13.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*. Revista dos Tribunais. V. 919, p. 127-195, maio, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition: a political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003, p. 7.
- GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Pedro Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 50-124.

MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos*: ótica da diferença e ações afirmativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDEIROS, Marcelo. DINIZ, Débora. *Envelhecimento e deficiência*. In CAMARANO, A. A. Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60? Rio de Janeiro: Ipea, 2004, p. 108. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_09_Cap_03.pdf>. Acesso em 26 dez. 2017.

OFICINA DO ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos*. Versión consolidada de 2006. Disponível em: <http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

PAIVA, Caio Cezar. HEEMANN, Thimothie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Linguagem dos direitos e a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais. Diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Reflexões sobre as vitórias do caso Damião Ximenes*. 2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiao_ximenes>. Acesso em: 26 dez. 2017.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetória e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TAYLOR, Charles. The Politics of Recognition. In: *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. New Jersey: Princeton, 1994, p. 25. Disponível em: <http://elplandehiram.org/documentos/JoustingNYC/Politics_of_Recognition.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, THE WORLD BANK. *Relatório mundial sobre a deficiência*. Tradução Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: SEDPcD, 2012. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44575/4/9788564047020_por.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.

ENFRENTAMENTO DO RACISMO INSTITUCIONAL NAS PRÁTICAS DAS FORÇAS DE SEGURANÇA: FILTRAGEM RACIAL COMO MOTIVAÇÃO INCONSTITUCIONAL E INCONVENCIONAL PARA CONFIGURAÇÃO DA FUNDADA SUSPEITA

Lívia Miranda Müller Drumond Casseres^[158]

1. DO NECESSÁRIO ENFRENTAMENTO DE PRÁTICAS INSTITUCIONALMENTE RACISTAS DAS FORÇAS DE SEGURANÇA POR PARTE DO SISTEMA DE JUSTIÇA

A pesquisa científica no campo das ciências sociais tem revelado que, apesar de o racismo intersubjetivo ser condenado socialmente e não obstante inexistam (ou sejam raros) no Brasil mecanismos institucionais explícitos de segregação racial, “as relações sociais no país seguem marcadas por hierarquias raciais que organizam situações estruturais de poder e desigualdade” (NUNES, 2010, p. 28).

Na seara da segurança pública, essa realidade é sensível. A população negra, além de ser alvo preferencial da atuação das forças de segurança, é o grupo mais intensamente atingido pela violência. Segundo o *Mapa da Violência 2016*,^[159] existe um verdadeiro extermínio da juventude negra brasileira, sob os auspícios do Estado.^[160] O recorte das violações de direitos praticadas por funcionários do Estado aponta igualmente para padrões raciais.^[161]

¹⁵⁸ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Coordenadora do Núcleo Contra a Desigualdade Racial. E-mail: lmmdcasseres@gmail.com

¹⁵⁹ Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

¹⁶⁰ Entre 2003 e 2014, o estudo aponta que o número de homicídios praticados por arma de fogo que vitimaram pessoas brancas diminuiu 26,1%. Todavia, no mesmo período aumentou 46,9% na população negra. Em 2014, pode-se afirmar que morreram, proporcionalmente, 158,9% mais negros do que brancos no país.

¹⁶¹ Na recente publicação “O Borr Policial Tem Medo”, a organização Human Rights Watch, revelou que, nos últimos 10 anos, as Polícias do Estado do Rio de Janeiro mataram mais de 8.000 (oito) mil pessoas. Enquanto cerca de metade da população do Rio de Janeiro é negra, os negros somam mais de três quartos das pessoas mortas pela polícia em 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589>>. Acesso em: 22 out. 2018.

Por outro lado, a violência não letal, traduzida, por exemplo, pela prática de tortura no momento da detenção, também afeta de maneira sistemática a população negra. Segundo o relatório do segundo ano das audiências de custódias no estado do Rio de Janeiro,^[162] as agressões durante o momento da detenção recaem predominantemente sobre pessoas negras. O levantamento apurou, a partir do relato dos detidos, que foram reportados 2.107 casos de agressão do total de 6.374 detenções (o que equivale a 35,9%) e que as pessoas negras representavam 79,7% do total de vítimas de tortura ou maus-tratos.

Apesar de o racismo não se apresentar de forma explícita e institucionalizada no discurso das autoridades ou nos protocolos formais de atuação dos agentes estatais, as práticas levadas a cabo pelos órgãos da segurança incidem com maior intensidade e materializam consequências mais gravosas sobre a população negra, notadamente a que vive em regiões periféricas ou empobrecidas dos grandes centros urbanos brasileiros. Todavia, ao confrontar-se com as restrições de direitos fundamentais impostas pelas agências oficiais, contam, em regra, com a fragilidade na aplicação das garantias penais e processuais no âmbito do sistema de Justiça, quando ocupa o banco dos réus a figura do negro, do morador de favela/periferia, do estereótipo de perturbador da ordem pública.

De forma indireta, a postura sistemática adotada pelas instituições da Justiça, ao relativizar direitos e garantias fundamentais em nome da promoção de “interesses públicos” no delicado campo da segurança e prevenção da criminalidade, acaba por legitimar e – mais do que isso – incentivar padrões racistas de policiamento, abordagem, detenção, custódia e até mesmo execuções sumárias. Confiram-se, sobre o tema, as considerações tecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na sentença do caso Favela Nova Brasília vs. Brasil^[163] (16 de fevereiro de 2017):

102. De acordo com informações de órgãos estatais, a violência policial representa um problema de direitos humanos no Brasil, em especial no Rio de Janeiro [...].

103. Entre as vítimas fatais de violência policial, estima-se uma predominância de jovens, negros, pobres e desarmados. Segundo dados oficiais, os homicídios são a principal causa de morte de jovens de 15 a 29 anos, e atingem especialmente jovens negros do sexo masculino, moradores de periferias e áreas metropolitanas de centros urbanos. [...] Na cidade do Rio de Janeiro, aproximadamente

¹⁶² Disponível em:

<<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/c2f0263c194e4f67a218c75fc9cf67e.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

¹⁶³ Disponível na íntegra em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/SENTENCIA_FAPELA_NOVA_PORTUGUESfinal.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

65% das pessoas que morreram em 2015 são negras (negros e mulatos). No Estado do Rio de Janeiro, estudos mostram que a oportunidade de um jovem negro morrer por ação da polícia é quase 2,5 vezes maior do que a de um jovem branco.

Observa-se um cenário de discriminação racial indireta, cujo conceito normativo pode ser extraído da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Outras Formas Correlatas de Intolerância (CIR) – relevantíssimo instrumento do direito internacional dos direitos humanos, adotado pelo Brasil, que pretende erradicar as desigualdades estruturais que afetam grupos sociais subjugados nos países da Organização dos Estados Americanos (OEA) por conta de sua raça, cor, ascendência, origem nacional ou étnica.

Dispõe o art. 1.2 da Convenção:

Artigo 1

2. Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando **um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico**, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (Grifamos)

Prestes a ser submetida a votação no Congresso Nacional, para aprovação com *status* de emenda constitucional,^[164] a CIR é aplicável desde já no ordenamento jurídico brasileiro, com eficácia de costume internacional e *status* infraconstitucional.

No marco do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o tema do racismo institucional foi enfrentado no Relatório de Mérito nº 66/2006^[165] (Caso 12.001, Simone André Diniz vs. Brasil), no qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) se debruçou sobre o funcionamento desigual do sistema de Justiça brasileiro, segundo modulações relacionadas a raça/cor, especialmente quanto ao funcionamento dos mecanismos penais e das agências policiais:

¹⁶⁴ O documento acaba de ser aprovado na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados e está pronto para submissão a votação em Plenário, vide portal de notícias oficiais da Câmara dos Deputados: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/cdhm-aprova-convencao-que-combate-a-discriminacao-e-a-intolerancia>>. Acesso em: 22 out. 2018.

¹⁶⁵ Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>>. Acesso em: 22 out. 2018.

48. Pesquisas sobre o sistema criminal judicial brasileiro dão conta do **acesso diferencial de brancos e negros à justiça criminal**. Na cidade de São Paulo, que no ano de 1980 contava com uma população branca de 72,1% e negra (pretos e pardos) de 24,6%, havia uma maior proporção de réus negros condenados (68,8%) do que réus brancos (59,4%). A absolvição favorecia preferencialmente brancos (37,5%), comparativamente a negros (31,2%).

49. Da mesma forma, réus negros condenados estão proporcionalmente muito mais representados do que sua participação na distribuição racial da população do município de São Paulo. Não sendo o mesmo cenário quando se trata de réus brancos. Neste caso, a proporção de condenados brancos é inferior à participação dessa etnia na composição racial da mesma população. A pesquisa concluiu que **tal contexto “sugere uma certa afinidade eletiva” entre “raça e punição”**.

50. De outra maneira, a violência policial no Brasil vitimiza desproporcionalmente pretos e pardos. A Comissão tomou conhecimento de que no Brasil, **o perfil racial determina um alto número de detenções ilegais e que a população negra é mais vigiada e abordada pelo sistema policial**, sendo este tema objeto de recomendação pela Comissão não somente em relatório geral sobre o país, mas também em relatório de mérito.

51. Com efeito, de acordo com outro levantamento, ficou manifesto que “no Rio de Janeiro, o perfil das crianças e adolescentes assassinados, em um conjunto de 265 investigações, é de pobre, sexo masculino, negro e mulato”. Em outra investigação, concluída pelo ISER, comprovou-se que “a incidência da raça no uso da força policial letal talvez seja a fonte de violações mais graves dos direitos humanos no Brasil”.

52. Depois de avaliar mais de 1000 homicídios cometidos pela Polícia do Rio de Janeiro nos anos de 1993 a 1996, **o relatório concluiu que a raça constitui um fator que incide na polícia – seja conscientemente ou não – quando atira para matar**. Quanto mais escura a pele da pessoa, mais suscetível está de ser vítima de uma violência fatal por parte da polícia”. Conclui dizendo que a **violência policial é discriminatória, pois alcança em maior número e com mais violência os negros**. Com efeito, em seu relatório para o CERD, o governo brasileiro reconheceu a letalidade da ação policial no Brasil quando a vítima era não branca. (Grifamos)

É relevante ainda no contexto da discriminação racial de natureza estrutural mencionar o relatório produzido pelo Grupo de Trabalho de *experts* das Nações Unidas para Afrodescendentes, publicado em 4 de setembro de 2014, após visita ao Brasil, no qual concluiu a ONU que:

77. A polícia é responsável por manter a segurança pública como estabelecido na Constituição Federal, apesar disso, o racismo institucional, a discriminação e a cultura de violência conduzem a práticas de filtragem racial, sobrepoliciamento, chantagem, tortura, extorsão e humilhação particularmente contra afro-brasileiros. O uso da força e da violência para o controle da criminalidade e segurança pública tornou-se socialmente aceito em grande parte porque são praticadas contra um setor da sociedade cujas vidas não são consideradas como tuteláveis. O Grupo vê este cenário como fabricação de um inimigo interno que justifica o uso de táticas militares para controlar a condutas criminosas e reduzir liberdades públicas e privadas.^[166] (Grifamos)

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE E INCONVENCIONALIDADE DA PRÁTICA DE FILTRAGEM RACIAL

Como consequência do quadro de desigualdade estrutural e racismo institucional enfrentado pela população negra brasileira, o pacto político que estabeleceu como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação das desigualdades de raça/cor (art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 e Lei nº 12.288/2010) e os compromissos internacionais firmados pelo país impõem uma mudança de postura do sistema de Justiça que se traduza em rigorosa proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos e cidadãs diante das violações praticadas pelos braços policiais do Estado em nome da segurança publica.

Nesse contexto, a filtragem racial adotada nas rotinas de policiamento ostensivo para identificar “indivíduos suspeitos” e justificar buscas pessoais e de detenções a partir do etiquetamento baseado em raça/cor deve ser duramente combatida como medida inconstitucional.

¹⁶⁶ *Report of the Working Group of Experts on People of African Descent on its fourteenth session*, tradução livre, p. 21. Disponível em:

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A.HRC.27.68.Add.1_AUV.doc>. Acesso em: 22 out. 2018.

É possível colher da literatura especializada as seguintes definições para o fenômeno do *racial profiling*, ou filtragem racial: i) [...] uso da raça ou etnia como razão para suspeitar que alguém tenha cometido uma infração penal [...] (HUTCHINS, 2017, p. 99); ii) [...] qualquer prática de policiamento que sujeita indivíduos a um escrutínio maior, baseada integralmente ou em parte na raça [...] (HUTCHINS, 2017, p. 103).

A prática, que resulta do alto grau de discricionariedade dos agentes estatais na definição do elemento “fundada suspeita” exigido na lei processual penal (art. 240 do CPP), representa uma das mais graves formas de violação de direitos humanos, proscrita pela Constituição de 1988 (art. 5º, XLII) e tipificada penalmente pela Lei nº 7.716/89 (art. 20).

No plano internacional, o Estado brasileiro assumiu o compromisso de erradicar todas as formas de discriminação racial, tal como se extraí da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial das Nações Unidas (internalizada por meio do Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969), que prevê:

Artigo V

De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos [...].

No plano regional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos impõe, em seu art. 1.1, o dever dos Estados de respeitar os direitos humanos sem discriminação:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

No mesmo sentido, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (CIR), que aprofunda as obrigações dos Estados Partes no enfrentamento do racismo para prescrever obrigações específicas:

Artigo 3. Todo ser humano tem direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção, em condições de igualdade, tanto no plano individual como no coletivo, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados na legislação interna e nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes.

Artigo 4. Os Estados comprometem-se a prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância, inclusive:

v. qualquer ação repressiva fundamentada em qualquer dos critérios enunciados no Artigo 1.1, em vez de basear-se no comportamento da pessoa ou em informações objetivas que identifiquem seu envolvimento em atividades criminosas;

vii. qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência aplicada a pessoas, devido a sua condição de vítima de discriminação múltipla ou agravada, cujo propósito ou resultado seja negar ou prejudicar o reconhecimento, gozo, exercício ou proteção, em condições de igualdade, dos direitos e liberdades fundamentais;

viii. qualquer restrição racialmente discriminatória do gozo dos direitos humanos consagrados nos instrumentos internacionais e regionais aplicáveis e pela jurisprudência dos tribunais internacionais e regionais de direitos humanos, especialmente com relação a minorias ou grupos em situação de vulnerabilidade e sujeitos à discriminação racial; (Grifamos).

3. DO IMPERIOSO CONTROLE DE LEGALIDADE DA BUSCA E APREENSÃO

Como disposto pela lei processual penal brasileira, a busca e a apreensão pessoal e domiciliar constituem-se em medidas instrumentais de colheita de prova e com natureza de cautelar penal, restritivas de direitos e liberdades fundamentais (inviolabilidade domiciliar, intimidade e vida privada, incolumidade física e moral etc. – art. 5º, X, XI, XLIX, CF/88). Por essa razão, tais medidas exigem o cumprimento de determinados requisitos que o legislador erigiu a fim de legitimar as limitações que implicam a liberdade e a esfera privada do indivíduo.

Lê-se do Código de Processo Penal que tanto a busca domiciliar quanto a busca pessoal exigem a constatação de razões objetivas que indiciem práticas ilícitas (art. 240, *caput*, §§ 1º e 2º, do CPC). Repousa no elemento “fundadas razões” ou “fundada suspeita” a margem de discricionariedade de que a autoridade competente para a busca dispõe para avaliar seu cabimento, sempre sujeita ao controle de legalidade/razoabilidade. Entretanto, o conteúdo da “fundada suspeita” ou “fundadas razões” tem sido tema de profundas discussões por parte da doutrina processualista penal e crescentemente objeto de análise da jurisprudência. Encontramos em Aury Lopes Jr. (2009) apontamentos críticos à vaguedade da cláusula “fundada suspeita” e uma defesa do rígido controle judicial da legalidade/constitucionalidade das buscas:

É interessante a manifestação do STF no HC 81.304- 4/Goiás, da relatoria do Min. Ilmar Galvão, que determinou o arquivamento de termo circunstanciado realizado pela suposta prática do crime de desobediência. O imputado negou-se a submeter-se a revista pessoal pela polícia militar, tendo sido realizado termo circunstanciado. Como apontou o Ministro, ‘a fundada suspeita, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter configurado na alegação de que trajava, o paciente, ‘blusão’ suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias, ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder’. (...) Claro, em tese, há a possibilidade de o policial ser responsabilizado pelo crime de abuso de autoridade, previsto na Lei n. 4.898, quando não houver ‘fundada suspeita’. O problema é que, ao dar-se tal abertura para o uso da autoridade, fica extremamente difícil a demonstração de que houve abuso. O que separa o uso do abuso quando há tal indefinição da lei? O problema de medidas assim, com amplo espaço para abusos, poderia ser atenuado com maior rigor no preparo técnico dos policiais e, principalmente, efetivo controle da validade dos atos por parte dos juízes e tribunais. Infelizmente nada disso ocorre e, com ampla complacência dos julgadores, os abusos são frequentes. Não raras vezes, os próprios juízes legitimam as buscas de “arrastão” e sem qualquer critério legítimo, sob o argumento de que são “meros dissabores, justificados pelos altos índices de violência urbana” (claro, até porque eles estão imunes a tais dissabores...). Outros ainda, com precários subterfúgios discursivos, recorrem à lógica de que os fins justificam a (ilegalidade) dos meios. (LOPES JR, 2009, 519-520 – grifamos)

Na doutrina de Tourinho Filho (2009), sustenta-se também a necessidade de controle da motivação indicada pela autoridade para proceder à busca:

Fundadas razões, exige a lei. Se não as houver, não pode ser realizada a diligência. A expressão, entretanto, implica, naturalmente, como adverte Manzini, uma apreciação discricionária de quem é competente para determinar a busca, mas, como também é possível o abuso ou excesso de poder a respeito do que seja 'discricionário', se o motivo da busca foi manifestamente infundado com referência ao momento em que se determinou a diligência (e não apenas quanto ao seu êxito negativo), quem a executou, abusivamente, responderá penal e disciplinarmente. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 392-399 – grifamos)

Recentemente, o tema tem sido objeto da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, sobretudo quanto à busca domiciliar, como vimos no julgamento, em repercussão geral, do RE 606613, relatado pelo ilustre Ministro Gilmar Mendes. No julgado, o Supremo Tribunal Federal assentou a necessidade de que os agentes estatais apontem elementos indiciários mínimos que sinalizem a existência de fundadas razões (justa causa) para uma medida de busca domiciliar e ainda consignou que a situação de flagrância posterior não convalida a medida de busca arbitrariamente decretada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RONDÔNIA
RELATOR MINISTRO GILMAR MENDES
ÓRGÃO JULGADOR: PLENÁRIO
DATA DE JULGAMENTO: 05/11/2015

Ementa. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. [...] 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legítimo o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos

incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. **Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.** 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em **fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito**, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (Grifamos)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no recente julgamento do REsp nº 1574681, relatado pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, entendeu que a mitigação do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio numa medida de busca exige que o contexto fático anterior à invasão permita concluir pela ocorrência de um crime no interior da residência. Caso contrário, a ausência de justa causa determinará a ilicitude da diligência por violação ao devido processo legal e a contaminação de todas as provas dela derivadas:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.574.681 - RS (2015/0307602-3)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

ÓRGÃO JULGADOR: SEXTA TURMA

DATA DE JULGAMENTO: 20/04/2017

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

3. O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de **fundadas razões (justa**

causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

4. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando **amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto**, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

5. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.”

6. A complexa e sofrida realidade social brasileira sujeita as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de seus gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que **ocasionalmente a ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda.**

7. Se, por um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais enérgica por parte do Estado, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali se homiziou.

[...]

14. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

15. Recurso especial não provido, para manter a absolvição do recorrido. (Grifamos)

Como exposto, o elemento raça/cor não é admitido pela Constituição de 1988 nem pelos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário para configuração da base objetiva que permite justificar legalmente medida de busca e apreensão.

Ausentes as fundadas razões requeridas pela lei processual penal para a restrição dos direitos fundamentais operada *in casu*, é imperioso que o juízo reconheça a ilegalidade da prisão baseada em filtragem racial – conforme art. 5º, XLII, da CF/88, art. V da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; arts. 1º, 3º e 4º, v, vii e viii, da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (CIR) – e determine o seu relaxamento, na forma do art. 5º, LXV, da CF/88.

REFERÊNCIAS

ACEBES, C. M. *O bom policial tem medo*. Human Rights Watch, 2016. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Caso Simone André Diniz vs. Brasil*, Relatório nº 66/06 de 21 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>>. Acesso em: 26 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/SENTENCIA_FAVELA_NOVA_PORTUGUESfinal.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório do segundo ano de audiências de custódia*. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/c2f0263c194e4f67a218c75cfc9cf67e.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

HUTCHINS, R. Racial profiling: the law, the policy and the practice. In DAVIS, A. (Org.). *Policing the Black Man: arrest, prosecution and imprisonment*. New York: Pantheon Books, 2017.

NUNES, S. S. *Racismo contra negros: um estudo sobre o preconceito sutil*. 2010. 227 f. Tese (Doutorado em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Report of the Working Group of Experts on People of African Descent*, Human Rights Council, 27th session, 4 sept. 2014. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A.HRC.27.68.Add.1_AUV.doc>. Acesso em: 26 out. 2018.

WAISELFISZ, J. J. *Mapa da violência 2016*. Homicídios por arma de fogo no Brasil. FLACSO Brasil, Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.



SEÇÃO 03

DEFESA CRIMINAL

NÃO PASSARÃO! OBSERVAÇÕES SOBRE A OPÇÃO POLÍTICA CONSAGRADA NA SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO EM COTEJO COM JULGADOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Carla Vianna Lima^[167]

Livia França^[168]

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A seletividade é uma característica da atuação do Estado penal, determinando a maciça frequência da população marginalizada no polo passivo das lides penais. A diuturna atuação de resistência na tribuna da defesa vem descortinando cenário em que se estabelece como prática a flexibilização das garantias e dos direitos preceituados, mesmo em sede constitucional para tais protagonistas, como se para estes fosse suficiente a formalidade estabelecida na norma apenas para chancelar a decisão expiatória já definida na vida de relação, em virtude da posição do indivíduo na sociedade – sua colocação ou não no mercado produtivo.

A provocação ganha contornos peculiares na cidade do Rio de Janeiro em razão da especial composição do cenário urbano, da integração natural de territórios considerados perigosos na geografia da cidade, determinando a convivência entre o morro e o asfalto, a constante ação e reação entre os sujeitos habituais da proteção e da segregação, a representação cotidiana de conflitos acerca dos temas proteção e segurança que, mal entendidos e midiaticamente construídos como se encontram, redundam na exclusão e na marginalização de grupos desfavorecidos, tudo a retroalimentar um sistema de revolta, ódio e medo que atualmente deságua na matança desenfreada de policiais (em julho de 2018, chegou-se ao número de 70 policiais mortos no estado do Rio de Janeiro) e moradores de comunidades, estes, em muitos casos, em conflitos durante incursões policiais.^[169]

¹⁶⁷ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Titular da 43^a Vara Criminal. Pós-graduada em Direito e Processo Penal e Criminologia pela Universidade Cândido Mendes. E-mail: drcarlaviana@hotmail.com

¹⁶⁸ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Titular na DP junto à 1^a Vara Criminal da Comarca de Barra Mansa. Pós-graduada em Direitos Humanos na Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: cruges2000@gmail.com

¹⁶⁹ Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,mais-um-pm-e-morto-no-rio-de-janeiro-e-numero-de-policiais-mortos-vai-a-70,70002421830>> Acesso em: 18 set. 2018.

O que se observa é que, em detrimento de valores ínsitos aos conceitos de humanidade, civilidade, alteridade e, finalmente, democracia, se engrandece a pseudogarantia da paz social (valor que historicamente legitima a restrição de liberdades individuais), determinando, senão o sacrifício, a flexibilização sem mais critérios de uma gama de direitos individuais sob a justificativa da promoção da segurança, o que encerra evidente contradição e revela o nível de medo, prevenção e preconceito incidentes na atuação dos agentes de segurança, resultando, em igual proporção, na condução e no resultado de processos e julgamentos, dado que, em grande medida, a atuação dos agentes de segurança pública vem sendo acriticamente chancelada pelas agências penais de proposta e aplicação de penas.

Por isso, afastar o outro, classificado como inimigo, ainda que tal expediente determine a violação de algumas das garantias máximas estabelecidas no programa constitucional, vem se revelando estratégia de poder cada vez mais empregada para aplacar a sensação de insegurança reinante, na medida em que a atuação de tais garantias repercutem na visão geral como entraves na condução do processo com vistas à aplicação da pena, objetivo almejado e declarado como única prestação satisfatória para resolver os conflitos sociais pelo “homem de bem”, novo protagonista das relações sociais e principal destinatário dos atos do Poder Jurisdicional, cujos representantes, no mister dos julgamentos nas lides da liberdade, não mais raramente vem desprezando a técnica em troca da aprovação da opinião pública.

Fica evidente a perversão do sistema, na medida em que a função de contenção do direito penal, enunciada na lição de Zaffaroni (2011), é deliberadamente negligenciada pelos operadores responsáveis por sua implementação, que então passam a se considerar investidos de função diversa (e oposta) àquela constitucionalmente estabelecida, passando a atuar positivamente na solução do caso penal para a expansão da aplicação das penas e medidas coercitivas, a pretexto de reduzir a criminalidade, porém, em verdade, contribuindo para aumentar a fragilização do sistema de garantias e vulnerabilização dos já vulneráveis, inclusive em atuações midiáticas extra-autos, declaradamente engajados na luta contra o crime, em movimentos contra a impunidade, como verdadeiros agentes de segurança pública, distanciados de sua verdadeira função.

Nesse cenário é que se observa a implementação de um projeto de poder que, longe de pretender reduzir as desigualdades e promover a paz social com a restauração e salvaguarda de direitos e garantias negligenciadas no dia a dia do combate ao crime no território conflagrado da cidade do Rio de Janeiro, determina a manutenção do *status quo* de segregação e neutralização dos vulneráveis, notadamente no ambiente do processo, por meio da institucionalização de práticas autoritárias, sendo essa atuação característica na solução das problemáticas submetidas ao julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A problemática ganha contornos mais graves em razão de posicionamentos reiterados desse tribunal, que, destacadamente no julgamento de delitos relacionados ao tráfico de drogas, tem decidido conferir hipercredibilidade à prova acusatória circunscrita aos depoimentos dos policiais, com a edição do verbete 70 de sua Súmula.

A partir de uma perspectiva necessariamente crítica, porque empreendida em atividade de oposição ao sentimento de ordem posto pela dicção da “defesa da sociedade”, pretende-se, ao se realçar a problemática, aferir a solução alcançada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nas vezes em que foi recentemente provocada sobre o tema.

O presente artigo a isso se dedica. A primeira seção apresenta “o acusado” por meio de uma reflexão crítica sobre o tratamento a ele dispensado, a percepção das consequências de sua estigmatização, bem como a da atividade da resistência técnica, nesse contexto. Na segunda, uma visão sobre o ancestral pendor autoritário na atividade de justiça criminal. A terceira busca remontar, sob um aspecto crítico, os motivos da consolidação do entendimento que culminou na edição da Súmula 70, além das consequências de tal opção de política criminal. A quarta é dedicado à análise dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos em que se encontra repercussão da situação problematizada, com o exame dos dois casos mais recentes e a solução encontrada para a equação dos interesses postos. Finalmente, na tentativa de evitar um grande e definitivo lamento, algumas sugestões de práticas institucionais destinadas à redução da disparidade de recursos para combater a autossuficiência da asserção acusatória e o exercício da ampla defesa, como a garantia a ser preservada no processo democrático que elegeu o sistema acusatório para a valoração da prova.

1. O ACUSADO

O acusado é o sujeito que figura, necessariamente, no polo passivo da relação jurídico-processual. É aquele em face de quem o Estado-administração, em regra, o acusador público, na missão constitucionalmente conferida ao Ministério Público pela norma contida no art. 129 da Constituição da República, formula a pretensão acusatória estampada na denúncia. Acusado é aquele que suporta a pretensão (condenatória), impossível a modificação dessa construção, e tem como opção de atividade processual exclusivamente o empenho de não submissão à força estatal, certo que não lhe é reconhecido direito de postular, no curso da ação penal, qualquer outra coisa além da improcedência do pedido autoral.

Na linha de observação que se pretende expor, interessa destacar a primazia da ocupação do “banco dos réus” por indivíduos afastados dos processos de produção, desprovidos de riquezas e privados do reconhecimento dos direitos básicos à sua definição como cidadãos, merecedores, que deveriam ser, da observância mínima pelo Estado das mais ordinárias demandas do ser humano (dignidade, honra, educação, saúde, emprego etc.), ficando evidente a opção (política, econômica, midiática, narcísica) de criar estereótipos criminalizáveis, o que torna evidente a atuação seletiva das agências penais.

Assim, com enorme carga de preconceito, naturaliza-se a associação de pessoas *desvaloradas* às práticas criminosas, determinando-se como padrões de pré-julgamento componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos (ZAFFARONI, 2011), exterminando-se, em grande parte, a empatia e a alteridade necessárias para a interação saudável de uma sociedade que se pretenda construir com o mínimo de harmonia, equilíbrio e respeito aos direitos e às necessidades básicas do concidadão, na busca da efetivação do programa constitucional proclamado na retomada do que se pretendia uma nova era de direitos.

Historicamente, a acumulação de riquezas e o acesso aos meios e aos processos de produção, em sucessivos ciclos do desenvolvimento humano, determinaram a constituição do poder hegemônico no mundo moderno, definindo os critérios de inclusão socioeconômica do indivíduo na comunidade, na mesma medida, estabelecendo a colocação à margem do agrupamento dos indivíduos não aproveitados/consumidos pelo moinho da produção de riquezas.

Nesse cenário, a possibilidade de se aglutinarem os excluídos e direcionarem seus objetivos contra a classe dominante (ainda que na luta pela conquista e pelo reconhecimento de direitos legítimos) fez surgir a necessidade de contenção, controle e neutralização desses indivíduos, o que muitas vezes se realizou (e ainda se realiza) pela criminalização de condutas características e peculiares à casta que se pretenda subordinar, com a consequente punição dos indivíduos indesejáveis, valendo-se os detentores do poder da dicção da norma penal como estratégia para subjugar indivíduo e conter eventuais insubmissões, de forma a agir profilaticamente contra a conflitividade entre classes.

Como observa Marildo Menegat (2012),

Esta condição determina o comportamento da burguesia: o seu descompromisso autoritário com as necessidades coletivas das sociedades nacionais de onde se originaram; o privilégio dado ao interesse financeiro, levando-a a sustentar estupidamente as consequências antissociais destas suas ações, sua frieza social amesquinhadora que a torna abertamente cruel, realizando

como algo natural e inevitável a contenção da pobreza por meio da criminalização dos pobres, cujo resultado é o genocídio das “massas sobrantes” [...]. (MENEGAT, 2012, p. 36)

Nessa operação de distinção do indivíduo socialmente desinteressante é que se constrói a figura do *inimigo*,^[170] a quem são negadas sistematicamente condições que permitam equiparar o outro à própria imagem ou dividir com ele o mesmo lugar, determinando a construção de barreiras em forma de preconceito estereotipante e rotulagem alienante que impõem a negação da subjetividade do outro, facilitando o processo de objetificação de quem seja o estranho. Fica evidente o franco desinteresse na distinção do outro, na sua individualização, na possibilidade de tratá-lo como sujeito. Perdeu-se a fé na (outra) humanidade.

À guisa de buscar identificar a origem da cultura do afastamento, da perda do interesse pelo outro, Vera Malaguti Batista (2003) encontrou no medo a explicação para o fim da empatia, da solidariedade, o que, nessa medida, esclarece a impossibilidade de se construir uma sociedade justa e igualitária, registrando que:

O medo sentido pela cultura dirigente criou uma mentalidade obsidional, cuja lógica interna de suspeita superdramatiza e demoniza tudo o que não faz parte do sagrado oficial. Um dos elementos constitutivos desse tipo de mentalidade é a ideia de que o traidor de dentro é pior que o inimigo de fora, além de estar ao alcance da mão. (BATISTA, 2003, p. 45)

Orlando Zaccione D’Elia Filho (2015, p. 108-111) complementa o conceito, distinguindo o inimigo de Estado, “aquele que realiza conduta ofensiva ao poder estabelecido”, do inimigo em si mesmo considerado, o estranho, “considerado inimigo pela ‘ausência de qualificação da vida e na perspectiva de uma fonte de perigo’”, para concluir, com Rousseau, que “não sendo o inimigo uma pessoa moral, mas um homem, então o direito da guerra é matar o vencido”.

Deve-se perceber que imperativo de coerência para a implementação do projeto de neutralização dos selecionados pelas agências penais determina o

¹⁷⁰ “Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos, etc) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso” (ZAFFARONI, 2011, p. 18).

comprometimento do processo, então compreendido como instrumento de regulação da atuação do poder/direito de punir do Estado, com a estratégia respectiva, estabelecendo regras de proceder e julgar. Tais regras impõem ônus às partes, sendo certo afirmar que, para alguns, se revela substancialmente impossível promover a defesa do seu interesse no processo, de acordo com o ideal de isonomia preconizado como direito fundamental na Constituição da República, o que possibilita decisões injustas (ou minimamente ilegítimas), cristalizando as desigualdades do cenário econômico e social no ambiente do processo e no seu resultado final, a sentença (penal condenatória) que, ainda que formal e materialmente autêntica, é sempre suscetível de perpetuar essência de desequilíbrio e disparidade (de armas e condições) entre os litigantes.

A negação do conceito de “parte” ao acusado, com a conotação de “sujeito de direitos” no processo penal, tem origem no pós-guerra, em cujo momento político se visava ao objetivo do processo penal, não como a proteção do direito subjetivo e contenção do poder de punir, mas como a segurança da coletividade, a pretexto do difuso e autoritário argumento da segurança pública que justificava e legitimava teorias que deslocavam o acusado da condição de sujeito para a de objeto do processo.

Na atualidade, o reflexo de tal duelo no processo consiste na gradativa desvalorização do modelo de processo democrático proposto pela ordem constitucional vigente, percebido na perda de espaço para a atuação de resistência do acusado, com a negação de direitos e garantias estabelecidos no texto fundante, especialmente nas propostas de tratamento isonômico e paridade de armas entre as partes, contraditório (ciência e manifestação) e ampla defesa, além de se reconhecer à legalidade e ao princípio democrático de direito o *status* de meros entraves formais à consecução do ideal de justiça midiaticamente construído e acriticamente consagrado para a satisfação imediata do sentimento de insegurança do “homem de bem”, novo e exclusivo sujeito da proteção da norma.

2. O PENDOR AUTORITÁRIO DA JUSTIÇA CRIMINAL

Pode-se destacar a Inquisição, no século XIII, como o primeiro modelo integrado de criminologia, política criminal, direito penal e processual penal, destacando que esse modelo punitivo, inquisitorial, centralizado e burocrático determinou o reconhecimento da autoridade do Estado (em detrimento do interesse e da importância da vítima) para a solução do conflito, antes realizada entre particulares, com a imposição à força da resposta respectiva.

A centralização do poder de punir pelo do Estado promoveu alterações nas relações de poder, com a instituição da Justiça pública, escanteando-se a vítima do cerne do litígio, passando a preponderar o interesse público sobre o particular, anunciada a primazia da ordem pública e harmonia das relações sociais sobre os direitos individuais, em virtude do que se reveste da convencionalidade do pacto social para impor restrições às liberdades do particular, na imposição da pena – como resultado – tanto quanto na condução do processo e promoção da acusação e da investigação que lhe dá embasamento, legitimando-se o uso da força para impor ao sujeito passivo do litígio, então tratado como objeto da investigação, diversas técnicas despersonalizantes (ou objetificantes), sob o pretexto da apuração da verdade real.

Desborda de tal valor (a apuração do que convém haurir como “verdade real” para justificar a solução que se pretenda dar ao caso penal) a irrefreável tendência autoritária na condução (manipulação) da análise da hipótese judicializada com a identificação da violência como vetor da atividade penal do Estado, em razão do que observa Aury Lopes Junior (2013, p. 54-56): “A vingança implica liberdade, força e disposições individuais; a pena, a existência do poder organizado” [...] “um ato violento, premeditado e meticulosamente preparado. É a violência organizada de muitos contra um.”

Nessa toada é que se observa com frequência que muitos magistrados não conseguem atuar com a imparcialidade e a neutralidade necessárias ao exercício de sua função, muitas vezes, misturando o papel de julgador com o de justiceiro, pois que não se desvestem das angústias experimentadas pela sociedade violada pelo delito, permitindo afirmar, com Casara e Melchior (2013, p. 451), que “o complexo cenário da violência social é facilmente transferido para a relação processual”. Tal violência encerra a impossibilidade de se admitir ou aceitar as experiências do outro, ou a elas ser indiferente, uma vez que a individualidade já foi perdida no processo de objetificação do acusado.

Assim, a partir do centramento do juiz em seu papel de homem-parte-dodo-todo-abalado-pelo-crime, é que ele se torna inacessível ao tormento pessoal e particular do outro causador do mal, o inimigo, inspirando a necessidade de afastar (de si próprio e da coletividade, que julga proteger) a causa do sofrimento, pelo que se torna refratário ao esclarecimento das peculiaridades do caso penal (e dos sujeitos envolvidos) para o julgamento, formal mecanismo (acrítico e irracional) para legitimar a imposição do castigo como resposta estatal ao delito.

Por isso, cada vez mais comum perceber decisões padronizadas, fundamentos igualmente uniformizados, como o malfadado enunciado 70 da Súmula

do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que cristaliza a opção daquele “poder” pela indiferença aos argumentos deixados em memoriais pela defesa e qualquer tentativa de sensibilizar o julgador com elementos (mesmo demonstrados) da realidade da vida do acusado e do mundo que o cerca.

Oportuno anotar que poder é relação travada entre entes (o indivíduo ou os coletivos – políticos, sociais, religiosos etc., público ou privados) que se leva a efeito por meio de argumentos de força coercitivamente impostos ou consensualmente acatados, que tem como finalidade a imposição das razões e objetivos próprios ao do outro.

Pode-se dizer então que o direito penal repousa na possibilidade de atuação do poder de Estado, entendido “poder” como a possibilidade de imposição da própria vontade contra outra que se lhe oponha, em clara relação de força, observando-se que não há manifestação de poder que seja neutra, uma vez que emanada de ente político, permeado de interesses – secretos e declarados – para a manutenção da hegemonia dominante (econômico, religiosa, filosófica etc.).

Avulta, pois, a preocupação na contenção e limitação do poder de punir do Estado e a necessária regulação do exercício do poder ou, em outras palavras, do emprego da força, uma vez que se afirma que não só a promoção e manutenção da ordem social e segurança pública estão a caracterizar o interesse da coletividade, mas também o respeito aos direitos individuais. Isso porque, ao avocar o poder de punir, o Estado passa a ser responsável pela proteção da comunidade, em cujo conceito se encontra o indivíduo delinquente em cujo papel há a possibilidade de ajustamento difuso, uma vez que é imponderável a possibilidade de qualquer do povo se sujeitar a integrar o passivo da lide penal.

Apenas nessa medida se poderá aferir a racionalidade do sistema de Justiça pública, sobre os parâmetros que lhe conferem legitimidade (proporcionalidade e razoabilidade), sem o que se estará diante de exercício de arbítrio estatal que, além de expurgar definitivamente a neutralidade (ideal) para a atuação do poder penal, ainda estará a denotar forte carga autoritária.

Nesse ponto, deve-se registrar distinção entre os conceitos de autoritarismo e de autoridade, essa a atuação legítima do poder, constituído e atribuído de forma consentida, podendo se originar o consenso pela razoabilidade do projeto de poder proposto ou por regra anterior instituída e imposta também com base de legitimidade. De outro giro, autoritarismo pode ser entendido como “abuso ou perversão da autoridade, exercício irregular do poder legítimo ou exercício de poder ilegítimo” (FRAGOSO, 2016, p. 63), devidamente advertido por Fragoso que tal conceito é apenas formal e não impede que se identifique tal

prática, ideologia ou tendência em casos em que a autoridade é (mal) usada quando há procedimentos previstos dentro de um parâmetro de legalidade, sendo isso o que se verifica mais ordinariamente na atividade jurisdicional na seara criminal, como fruto de uma ideologia utilitarista que vem consagrando cultura autoritária, em detrimento da construção da democracia proposta pelo Programa Constitucional Cidadão.

3. VERBETE 70 DA SÚMULA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A lida diuturna no árido campo da justiça criminal fluminense, ao tempo que revela solo burocrático e assepticamente ressecado do sentimento de alteridade e desnutrido de material ideológico para uma visão mais aproximada da realidade do jurisdicionado sobre os objetivos da tutela penal, desperta a inspiração e a vontade de firmar e fortalecer as bases de resistência, em busca de uma dicção mais igualitária e equitativa como justa solução ao caso concreto, consideradas todas as condições – objetivas e subjetivas – dos interesses e personagens envolvidos.

Por imperativo de dialeticidade, considerada a pertinência do tema, interessa afirmar que a garantia da presunção de inocência como princípio para legitimar julgamentos é prevista também na norma convencional sobre a qual se escora o direito cuja necessidade de proteção se destaca, qual seja, enunciada no Pacto de São José da Costa Rica.^[171]

Por outro lado, trata o verbete 70 da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que advém do Enunciado 2 aprovado no I Encontro de Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, organizado pelo CEDES em Angra dos Reis, nos dias 24 a 26 de agosto de 2001, *in verbis*:

“PROCESSO PENAL – PROVA ORAL – TESTEMUNHO EXCLUSIVAMENTE POLICIAL – VALIDADE: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.^[172]

¹⁷¹ “Artigo 8º. – Garantias Judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]”

¹⁷² Súmula da Jurisprudência Predominante (Art. 122 RI) nº 2002.146.00001 (Enunciado Criminal nº 02, do TJRJ) - Julgamento em 04/08/2003 - Votação: unânime - Relator: Des. J. C. Murta Ribeiro - Registro de Acórdão em 05/03/2004 - fls. 565/572.

Definido o ponto de observação a partir da tribuna da defesa, percebeu-se, com a intensificação da repressão ao crime de tráfico de drogas, a clara construção de um paradigma para o julgamento dos indigitados delinquentes, em que se consagrhou a opção judicial pela chancela dos depoimentos dos policiais em detrimento da busca da verdade eticamente possível, judicializando a atuação desregrada (quando não criminosa) dos milicianos, que a seu bel-prazer elegem por incontáveis razões os sujeitos do infortúnio, consagrando um estado de coisas inconstitucional, na medida em que a palavra da testemunha policial é acriticamente acolhida como a única verdade possível, a despeito das incontáveis violações que sua ação esteja causando às garantias e aos direitos constitucionalmente estabelecidos, assim como atuais relatos de verdadeiros crimes praticados por policiais no desempenho de sua função.

Isso porque a apresentação da situação flagrancial pelos agentes de segurança em sede inquisitorial se ultima sem limites e, no registro, se estabelece sobre campo subjetivo das impressões, trazendo informações imprecisas, prenhes de preconceitos e valores discriminatórios e marginalizantes, destacando-se o conflito social estampado em cada flagrante por imputação de tráfico de drogas, protagonizado pelos sujeitos policial x “traficante” – ambos personagens descartáveis, soldados, peões na ponta da guerra que se naturalizou acerca da criminalização da conduta legitimada a partir da justificativa da saúde pública, relacionada à questão do uso de drogas.

Com vistas a esse objetivo, considerando que o processo penal deve consagrar um processo de garantias em que, orientado pelo norte constitucional da presunção de inocência e o princípio acusatório como o eleito para a valoração da prova, observada a paridade de armas, deve o Estado-Acusação demonstrar a veracidade da acusação, não se pode admitir suficiente a prova consistente apenas nos depoimentos dos policiais, que guardam relevante interesse na afirmação da versão originariamente apresentada para justificar a prisão que tenham realizado, sob a justificativa do “flagrante delito”, cuja regularidade pretendem patentear.

Destacadamente, se percebe a grave consequência da opção política do Estado pela declarada “guerra às drogas” na desqualificação de atributos relativos à dignidade de indivíduos vulnerados por sua colocação na estratificação social, certo que em virtude da massificação dos conflitos penais gerados sob a justificativa de se tutelar a “saúde pública”, direitos e garantias enunciados como pilares do Estado democrático de direito são sistematicamente aviltados em virtude da ilegítima atuação dos agentes de segurança pública, gerando relevante demanda judicial, pela significativa proporção de lides referentes à proscrita atividade de mercancia de entorpecentes e condutas relacionadas.

Não obstante a atuação dos agentes de segurança pública muitas vezes distanciada da legalidade estrita – que em verdade é o que distingue essa função da atividade marginal –, o quadro cuja consagração se observa com grave preocupação e horror é a frustração da expectativa de que se ultime o necessário reparo ao arbítrio, excessos e abusos no exercício da atividade de polícia por meio da análise individual do caso posto à apreciação judicial para a respectiva aferição.

A respeito da construção do bom policial, o professor de criminologia da London School of Economics, Robert Reiner (2004), explica que:

O mito da indispensabilidade da polícia, de sua missão essencial de “proteger e servir”, é de importância fundamental para a visão de mundo da polícia. Até mesmo grande parte dos delitos da polícia tem sido atribuída a discutíveis buscas equivocadas de uma “causa nobre”, o dilema de “Dirty Harry” de chegar a fins essenciais usando os meios escusos. (REINER, 2014, p. 137)

Essa mesma construção do mito do bom policial conduz a um quadro alarmante de naturalização de uma verdade institucional – a da polícia – e de legitimação discursiva, no sentido de uma fé pública quase que incontestável, sendo esse processo conduzido de cima para baixo, pelo mesmo poder que produz saberes, e abarca os mais amplos setores do Estado e da sociedade. Nesse sentido, pertinente a lição de Michel Foucault (2008):

A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros dos falsos, a maneira como se sancionam uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro”. (FOUCAULT, 2008, p. 12)

Considerada essa a realidade, comprehende-se a necessidade de que se promova sobre esse conflito – que atualmente ganhou contornos de disputa de forças opostas praticamente institucionalizadas – o exame crítico e imparcial, de modo que a legalidade estabelecida sobre parâmetros constitucionais deve ser haurida como fiel para neutralizar a observação do fato trazido e possibilitar a justa solução da demanda apresentada, com a finalidade da pacificação social, não apenas pela imediata resolução do caso penal como também no estabelecimento de protocolos de atuação policial de acordo com os quais será

definida a validade ou não da atividade apresentada, tudo a desenhar – mesmo em nível prospectivo – a qualificação dos agentes de segurança, cujas diligências podem ou não ser chanceladas pela instância judicial, no caminho da construção de contornos dentro dos quais se pretende caracterizar o trabalho policial.

4. OS JULGADOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Acerca da imperiosidade da observância ao princípio da presunção de inocência, especificamente no que se refere à valoração da prova e à própria distribuição do *onus probandi* nos processos criminais, dois julgados recentes da Corte merecem especial atenção: o Caso Ruano Torres y Otros vs. El Salvador e o Caso Zegarra Marín vs. Perú.

4.1. Caso Ruano Torres y Otros

Em 5 de outubro de 2015, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença na qual declarou internacionalmente responsável a República de El Salvador por violação do direito à integridade pessoal e à proibição de tortura, do direito à liberdade pessoal, da presunção de inocência, do direito de defesa e de ser ouvido com as devidas garantias, e do direito à proteção judicial, violações praticadas em prejuízo do cidadão José Agapito Ruano Torres.

Na oportunidade, a Corte debruçou-se sobre o processo, a prisão e a posterior condenação de Ruano Torres pelo delito de sequestro, cometido em 22 de agosto de 2000, num contexto no qual se reconheceu haver dúvidas razoáveis sobre se o increpado de fato era a pessoa conhecida como “El Chopo”, que supostamente teria participado do cometimento do crime. Procedeu a Corte a uma análise da conformidade do processo e dos atos de determinados funcionários públicos no caso à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Especificamente no que guarda relação com o presente estudo, importa chamar atenção para o fato de que, em 25.4.2001, a Defensora Pública que havia sido designada em substituição para o caso apresentou petição ao Juízo de Instrução de Tonacatepeque a fim de produzir prova testemunhal e documental na audiência preliminar que viria a ocorrer. No petitório, salientou a defesa que os testemunhos permitiriam comprovar que Ruano Torres não era “El Chopo” e que o increpado, no dia dos fatos, encontrava-se em lugar distinto – trabalhando na construção de uma escola do Município de Guazapa, na data e na hora do sequestro do Sr. Rodríguez Marroquín. Em 26.4.2001, na dita audiência preliminar, a juíza decretou a inadmissibilidade da prova requerida, afirmando

não se tratar de prova “imprescindível”. Perante o Tribunal Segundo de Sentença de San Salvador, o acusado também apresentou petitório no qual oferecia prova testemunhal, quando teve a resposta de que, no momento processual oportuno, é que se resolveria sobre a admissão de tal prova. Não há registro, contudo, de que dito tribunal tenha posteriormente feito referência a essa solicitação. Há, nos autos, de fato, indicação de diversos testemunhos no sentido de que, no dia do sequestro, Ruano Torres encontrava-se trabalhando com um irmão na reconstrução de uma escola até altas horas da noite e que quem seria conhecido como “El Chopo”, na verdade, seria outro irmão de José Agapito.

No julgamento do caso pela Corte, reforçou-se, a partir de relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a ausência de uma investigação diligente por parte do Estado, constatando-se, ainda, que as autoridades policiais locais partiram de uma presunção *a priori* da periculosidade de Ruano Torres.

No que tange especificamente à presunção de inocência, com referência ao nível de certeza requerido como pressuposto da legitimidade de uma condenação, e ainda na esteira do documento emitido pela Comissão Interamericana, assinalou-se haver, no caso em apreço, dois âmbitos de análise inter-relacionados: a individualização e a identificação de uma pessoa antes de vinculá-la a uma investigação e a um processo penal; e o *onus probandi* e a prova com base na qual se impôs a condenação, na espécie.

Acerca do primeiro aspecto, constataram-se múltiplos elementos que, desde a investigação inicial e durante todo o procedimento, geravam dúvidas reais sobre a identidade do increpado como “El Chopo”. Todavia, o acusado foi condenado sem que as autoridades policiais, de investigação e judiciais adotassem providências mínimas para responder às dúvidas geradas sobre sua identidade. Nesse ponto, a Corte ressaltou que o Estado deveria ter esgotado os meios necessários para investigar e determinar de forma confiável a pessoa que correspondia à denominação “El Chopo”. Demais disso, a acusação nada fez para investigar os fatos indicados por Ruano Torres para descartar sua participação no crime, ou para assegurar o comparecimento da pessoa que, segundo se indicava, seria, de fato, “El Chopo”. Em situações tais, em que se apresentam alegações razoáveis sobre a não participação de um dos acusados no fato criminoso – e de que, especificamente, o increpado não seria “El Chopo” –, a Corte considerou que deve prevalecer o respeito e a garantia à presunção de inocência.

A Corte também sublinhou que, no julgado de 5 de outubro de 2001, o Tribunal Segundo de Sentença de San Salvador baseou-se em supostas “declarações unâimes e incontestes” da vítima do delito e de um coimputado; não fez alusão a outras provas de corroboração. E, quanto à prova testemunhal relativa ao

trabalho de Ruano Torres na escola enquanto ocorria o sequestro, dito tribunal afirmou que “tais circunstâncias não foram corroboradas por nenhum outro meio probatório; [...] trata-se de parentes e amigos”.^[173]

Ademais, a Corte ressaltou a eficácia probatória limitada que se deve atribuir à declaração de um coimputado, quando, a par de seu conteúdo específico, é a única prova em que se fundamenta uma decisão condenatória, pois objetivamente tal “prova” não seria suficiente, por si, para afastar a presunção de inocência. Basear uma condenação na declaração de coimputado sem que existam outros elementos de corroboração vulnera a presunção de inocência.^[174]

A Corte ressaltou, ainda, haver ficado configurada a violação do art. 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos,^[175] não pelo mero desacordo com uma decisão considerada desfavorável, mas pela falta de resposta das autoridades sobre o mérito das alegações.

Dentre outras reparações, a Corte determinou ao Estado que adote todas as medidas necessárias para tornar sem efeito a sentença condenatória emitida contra José Agapito Ruano Torres, assim como todas as consequências que da sentença se derivam.

No caso, destaca-se, no compasso do entendimento da Corte, a inidoneidade do depoimento da vítima e do coimputado para legitimar, como provas exclusivas produzidas na instrução, uma condenação criminal, caso em que, adaptado à realidade fluminense, deve-se indicar, na mesma medida, insuficiência e inidoneidade (porque parcial) dos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado para legitimar a procedência da asserção acusatória.

¹⁷³ Tradução livre. No ponto, qualquer semelhança com o dia-a-dia de um Defensor Público numa Vara Criminal não é mera coincidência.

¹⁷⁴ Aqui, mais uma vez, chama-se a atenção do leitor para o dia-a-dia das Varas Criminais do Estado do Rio de Janeiro, em que, não raro, aliás, mui frequentemente, são proferidas sentenças condenatórias por tráfico e por associação ao tráfico baseadas em relatos incriminadores de adolescentes apreendidos juntamente e no mesmo contexto da prisão dos acusados. Avulta a constatação, ainda, de que tais relatos muitas das vezes são “obtidos” informalmente, na ausência de um responsável, de um Defensor, e sem informação sobre direitos básicos, como o direito ao silêncio.

¹⁷⁵ Artigo 25. 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.

Ainda, nos termos do referido art. 25 da Norma Convencional, percebe-se que a mera chancela e o acatamento acrítico do relato policial para fundamentar a opção judicial pelo castigo revela mesmo violação à garantia da inafastabilidade da jurisdição (que também encontra sede constitucional de salvaguarda – art. 5º, XXXV), tudo a indicar o equívoco em se consagrar o verbete 70 como norte para julgamento.

4.2. Caso Zegarra Marín vs. Perú

O julgamento mais recente, em 15 de fevereiro de 2017, do Caso Zegarra Marín versus Perú também se reveste de peculiar importância para os fins do presente estudo. Na ocasião, entendeu a Corte pela responsabilidade internacional do Estado do Peru por violação às garantias judiciais, ao devido processo (arts. 8.1, 8.2 e 8.2.h da Convenção Americana), à presunção de inocência, ao dever de motivar as decisões judiciais, ao direito de recurso e à proteção judicial (art. 25 da Convenção), em prejuízo de Agustín Bladimiro Zegarra Marín.

O Sr. Zegarra Marín, que foi subdiretor de Passaportes da Direção de Migrações e Naturalização do Peru em 1994, foi condenado, por sentença emitida em 1996, por crimes contra a administração da Justiça, contra a fé pública, e de corrupção de funcionários, em razão de suposta expedição irregular de passaportes. A sentença foi confirmada em segunda instância, com negativa de provimento ao recurso interposto pelo acusado.

Quando do julgamento pela Corte Interamericana, sublinhou-se que a presunção de inocência é um eixo orientador no julgamento e um *standard* fundamental na apreciação probatória que estabelece limites à subjetividade e à discricionariedade da atividade judicial. Reiterou-se que, em processos criminais, a carga probatória recai sobre o Estado – o que nos é de curial sabença – e que, em um sistema democrático, a apreciação da prova deve ser racional, objetiva e imparcial para gerar certeza acerca da responsabilidade penal.

Nesse sentido, a afirmação expressa na sentença condenatória de primeira instância de que Zegarra Marín não havia chegado a afastar em sua totalidade as imputações que pesavam contra ele, inexistindo prova contundente de sua inocência, de todo invertia a carga probatória contra o increpado. Além disso, as declarações dos coimputados não foram corroboradas nem analisadas com a prova em seu conjunto a fim de determinar a responsabilidade penal para além de toda dúvida razoável.

Nesse diapasão, assinalou-se que as declarações de coimputados têm valor apenas indicário e que, para se alcançar uma condenação, é necessário que sejam vários, sérios, precisos e concordantes os elementos de prova. E o coimputado não tem o dever de apresentar declarações, já que realiza um ato substancial de defesa, diferentemente do que se dá com a testemunha.

Destacou-se que a demonstração cabal da culpa (aqui em seu sentido genérico) é requisito indispensável para a sanção penal, de maneira que a carga probatória recai sobre a acusação e não sobre o acusado; não cabe a este demonstrar que não cometeu o delito que se lhe atribui, já que o *onus probandi* é daquele que acusa, e qualquer dúvida deve redundar em benefício do acusado. Por consequência, ao presumir a culpabilidade do acusado, impondo-lhe o ônus de demonstrar não ser culpado, vulnera-se o direito à presunção de inocência. A possibilidade de fazer contraprova, com vistas à demonstração da inocência, é um direito da defesa para invalidar a hipótese acusatória, e, no caso de produção dessa contraprova, é a acusação que tem o ônus de invalidá-la.

Nos autos, segundo a Corte, há registro de elementos de prova que supostamente poderiam ter favorecido o acusado, mas não que foram analisados. E, nesse aspecto, o tribunal descumpriu seu dever de valorar racional e objetivamente as provas – tanto as de acusação quanto as de defesa como as de “ofício” –, assim como o de afastar as hipóteses de inocência que surgiram a partir de tais provas a fim de determinar a responsabilidade penal.

Reforçou-se, na oportunidade, a importância da motivação a fim de garantir a presunção de inocência, sobretudo quando se trata de uma sentença condenatória, a qual deve expressar a existência de prova suficiente para confirmar a pretensão acusatória. As sentenças devem refletir as razões pelas quais foi possível obter a convicção sobre a imputação e a responsabilidade penal, assim como a apreciação das provas para afastar qualquer hipótese de inocência e, somente assim, poder acolher ou refutar a pretensão acusatória.

No caso do Sr. Zegarra Marín, contudo, entendeu a Corte não ter sido analisada a prova, tampouco se assinalado em que se fundou a culpabilidade, nem se estabelecido as circunstâncias nas quais ocorreram os fatos, sequer a correspondência das condutas com os delitos imputados. Essa carência de motivação teve impacto direto no exercício dos direitos de defesa e de impugnar a condenação.

No ponto, a Corte ressaltou a necessidade de que a condenação venha acompanhada de fundamentação clara, completa e lógica, a qual, além de descrever o conteúdo dos meios de prova, exponha a apreciação destes e indique as razões pelas quais tais meios de provas resultaram, ao juízo, ou não, confiáveis e idôneos para respaldar a responsabilidade penal, em que pese a presunção de inocência. Na sentença condenatória em questão, as provas de defesa foram meramente mencionadas, e não efetivamente analisadas; deixou-se de assinalar quer a apreciação das provas nas quais se fundou a culpabilidade, quer, mesmo, as circunstâncias do delito; não se extraem as razões pelas quais os juízes consideraram que os fatos atribuídos a Zegarra Marín se subsumiam nas normas penais, não se declinando, tampouco, as circunstâncias de tempo, modo e lugar de cada um dos delitos pelos quais ele foi acusado.

A Corte considerou que, ao deixar de garantir a motivação da condenação, vulnerou-se também, em última análise, a garantia de possibilidade de impugnação do julgado. Aliás, observou que o recurso de nulidade interposto por Zegarra Marín carece, mesmo, de eficácia, na medida em que o tribunal que julgou o recurso não realizou revisão integral da sentença condenatória. Nesse ponto, foi importante a recordação de que o recurso efetivo implica que sua análise pela autoridade competente não se pode reduzir a mera formalidade, devendo haver o efetivo exame das razões invocadas pelo recorrente e manifestação expressa sobre elas. No caso, porém, a Primeira Sala Penal Transitória resolveu o recurso, limitando-se a confirmar as considerações da sentença condenatória de primeira instância, sem se pronunciar sobre os argumentos principais apresentados pelo recorrente.

Como resposta a tais violações, a Corte, dentre outras medidas reparatórias, declarou juridicamente ineficaz a sentença emitida contra Marín, devendo o Estado do Peru, nesse sentido, tornar sem efeito as consequências dela derivadas, além de pagar indenização por dano moral.

No ordenamento jurídico brasileiro, o dever inafastável de fundamentação das decisões judiciais encontra previsão no art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988, e é esse dever de motivação que distingue a legitimidade do Poder Judiciário da legitimidade dos demais poderes do Estado, estes compostos por representantes eleitos pelo povo.

A recorrência de julgados na nossa jurisprudência assentando que o tribunal de segunda instância não pode se limitar a confirmar as razões do julgado esgrimido demonstra que a realidade enfrentada pela Corte Interamericana não está longe da brasileira, muito pelo contrário.

Nesse panorama, diante da carga de credibilidade que se confere a tais depoimentos, como resultado de um autêntico processo de “naturalização da verdade policial”, e em que pese o entendimento pela presunção relativa de veracidade na valoração dos depoimentos dos policiais, eventuais elementos de prova produzidos pela defesa e que potencialmente afastariam tal presunção invariavelmente são rechaçados pelos juízes, que utilizam os argumentos dos mais diversos para, da prova oral produzida pela defesa, retirar qualquer esperança de idoneidade.

A opção de tornar absoluta a presunção de veracidade dos depoimentos dos policiais ou da vítima acaba por inverter a lógica probatória, passando a determinar, na prática, ao deficiente que prove as razões pelas quais tais depoimentos não seriam revestidos de legitimidade no caso concreto, o que, em última análise, afigura-se incompatível com o sistema de provas no âmbito processual penal pátrio. Dito de outra forma, não cabe, a princípio, ao réu ou à sua defesa afastar a presunção de veracidade da atuação dos policiais, sob pena de inverter-se o ônus probatório no processo penal.

Sob o prisma da técnica constitucional aplicada ao direito penal, entendida a integração da norma convencional ao sistema fundante que empresta validade à aplicação da lei, pode-se afirmar que a opção de julgamento orientado pela matiz autoritária consagrada no verbete em análise revela grave desrespeito ao princípio constitucional do estado de inocência (ou presunção de inocência) e ao princípio acusatório, como critério de valoração da prova, na medida em que se percebe que a aplicação da Súmula 70, como eixo para o julgamento, determina a inversão do ônus da prova, que recai sobre os ombros do acusado, que se vê obrigado a demonstrar que o depoimento dos policiais é imprestável e insuficiente para a condenação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Título IV do Caderno Constitucional cuida “Da Organização dos Poderes”, versando o Capítulo IV respectivo das “Funções Essenciais à Justiça”, passando a contemplar um conjunto de órgãos autônomos, dentre os quais se destaca a Defensoria Pública, que, ao lado dos demais poderes da República consagrados pela clássica trípartição de Montesquieu, integra um complexo de instituições imprescindíveis à atividade do poder de judicante.^[176]

¹⁷⁶ Reza o art. 134 da Constituição da República que “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º, desta Constituição Federal.”

Se, de um lado, não se pode considerar que a Defensoria constitua ou integre um poder à parte, por outro, não se pode enxergar a instituição como mero órgão integrante do Executivo. De qualquer forma, é indubidoso que exerce importante função política, orientada dentro de um projeto de governo de gestão dos interesses, a partir do programa constitucional de promover a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução de desigualdades (arts. 1º e 3º da CF/88), podendo-se concluir que atua para garantir a isonomia substancial na proteção e defesa de direitos e interesses dos indivíduos que não tenham condição financeira para arcar com as custas processuais e do patrocínio da causa. Constitui, em última análise, importante instrumento de correção de desigualdades, garantindo a factibilidade da opção e proposta constitucional pela democracia.

Não se pode perder de vista também que, nesse sentido, com essa finalidade, atua de dentro do Estado, e não raramente contra o Estado, provocando e participando de conflitos em favor do projeto constitucional e, por esse mesmo motivo, eventualmente em oposição à perpetuação do projeto de poder hegemônico. Por sua vocação de atuar em favor dos hipossuficientes, tem por destinatários os excluídos do mercado, restando-lhe a tarefa de gerir os interesses dos marginalizados ou evitar a exclusão dos vulneráveis.

Nesse diapasão, impende advertir para a relevância da postura institucional para a afirmação, manutenção e ampliação de todas as conquistas já implementadas para a proteção da população que tutela, não se podendo descuidar da necessidade de discriminá-la atuação dessa agência política dos interesses (declarados ou ocultos) do Estado que provê seus recursos, que é justamente parte contra cujos interesses (diretos ou indiretos) eventualmente litiga.

É que, inserida no contexto político-ideológico do Estado, ainda que prime pela realização da missão institucional, mesmo em virtude da demanda da sociedade que se apresenta como resultado de uma política socioeconômica fulcrada no acúmulo de capital, é patente o risco de cristalizar padrão de atuação formal e burocrática, estimulado pela necessidade de aplacar crescente demanda, que de modo algum é acompanhada pela disponibilidade de recursos destinados à sua satisfação, sendo essa privação, inclusive, uma ferramenta para conter o poder de resistência, na gestão dos indesejáveis pelo Estado.

O Judiciário, como poder, no estado do Rio de Janeiro, pelas práticas que vem adotando, desvela sua intenção, entre a opção política do Estado pela implementação do projeto constitucional ou a manutenção do poder hegemônico, construído na sociedade de capitais com base na acumulação

de riquezas. Tal escolha se verifica não apenas como expressão institucional consciente, diretamente comprometida com o planejamento político econômico do Estado, mas ainda como a compilação da expressão do pensamento individual dos agentes políticos, formados a partir de massificação de conceitos técnicos acriticamente acumulados com a finalidade única da aprovação no concurso público, que na prática se convertem em cômodo consenso e conveniente coincidência com a expectativa da maioria, midiaticamente construída, sendo as decisões, em grande parte, também produto consumido pela sociedade de onde são oriundos.

Na mesma medida, interessa reconhecer a necessidade de afirmar a importância da Defensoria Pública como instrumento indispensável à manutenção do regime democrático, alertando para a urgência da imposição de uma atuação comprometida exclusivamente com a missão constitucional de promoção da isonomia substancial e do respeito aos direitos e garantias fundamentais individuais, da submissão do Estado ao domínio da lei e limitação do poder do Estado com o qual, ultimamente, vem se confundindo o poder econômico (bem como os interesses públicos vêm se confundindo com os particulares).

Para isso, imprescindível que a instituição se destaque, perseguindo, além das conquistas dos privilégios que alienam os integrantes das demais carreiras do objetivo e finalidade de seu mister funcional, recursos e estratégias de ação que promovam a valorização de seus membros e a autonomia da Defensoria Pública.

Além da sempre reclamada autonomia orçamentária, necessária a autoconscientização acerca do papel político da instituição no cenário desenhado para sua atuação, inclusive com a adoção de um projeto de fortalecimento, que é imprescindível para a implementação de uma proposta de defesa efetiva e resistência qualificada, ferramentas indispensáveis para conter o arbítrio dos poderosos e o avanço do autoritarismo sobre o ideal democrático.

Na seara penal, tal fortalecimento inclui a necessidade de se desenharem estratégias firmes para confrontar a atuação autoritária do Judiciário, com a disponibilização de recursos materiais para a estruturação da defesa com autonomia suficiente para impor a observância dos direitos e garantias individuais, promovendo a desvinculação da atividade defensiva da administração do Tribunal de Justiça.

A formação de um quadro técnico, de equipes de apoio, de estrutura material para o desempenho das funções institucionais com o efetivo atendimento de mais de 80% dos réus nas varas criminais, a criação de órgão de atuação

distinto daqueles ligados à instrução criminal e à execução penal, considerado o quantitativo de presos provisórios que vagam em um limbo sem definição de órgão de atuação com atribuição, porém conjugando sua atuação, são propostas que poderiam contribuir notavelmente para o aprimoramento da defesa criminal, com a efetivação de uma defesa não apenas formal, resgatando-se a possibilidade de tratar-se o acusado de forma individual, reconhecendo a ele a condição de sujeito de direitos, não apenas em tese, mas personificado, com história e registros próprios, tudo a provocar a desobjetificação do réu, possibilitando a quem interessar o resgate do exercício da alteridade. Estruturarse a atuação conjunta e integrada da Defensoria Pública, ainda para que se busque a necessária reparação do dano advindo de uma condenação injusta, é também medida institucional a fortalecer o respeito à garantia do devido processo, da presunção de inocência, da vedação de provas ilícitas, que, dentre outras, integram o vasto rol de direitos violados na atuação irresponsável de agentes do Estado, tanto no ambiente da vida de relação quanto no do processo.

Nesse diapasão, descortina-se a necessidade de que o defensor público, no exercício do seu mister, veja-se munido de um aparato técnico e de um sólido arcabouço de conhecimento acerca das referências internacionais de julgados temáticos que ilustrem como determinada problemática de sua atuação na seara criminal vem sendo tratada pelas cortes internacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nunca é demais lembrar que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e está inserido no Sistema Interamericano como um todo. O contato estreito com a jurisprudência da Corte, no que consagra a primazia dos direitos humanos no trato do processo penal (a exemplo dos dois casos abordados neste breve estudo), é instrumento que capacita o defensor a eficazmente exercer esse permanente papel de fiscalização da atividade judicante *stricto sensu*, diligenciando para que se coíbam os abusos, as ilegalidades na condução do processo e para que, em última análise, uma nova realidade se descortine, em que a diretriz seja, acima de tudo, o respeito ao outro, especialmente quando este se encontra em posição de vulnerabilidade (Estado x acusado), circunstância a acirrar a disposição de resistência e disponibilidade para o confronto técnico, no exercício complexo de litigância na defesa criminal.

Apenas com a possibilidade de ver na justiça do tratamento dispensado ao outro a solução desejada para as próprias questões, a partir da efetividade da atuação dos atores jurídicos para a correção das desigualdades é que se poderá confiar na realização da justiça social como um dos objetivos da República.

REFERÊNCIAS

- BARATTA; Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASARA, Rubens Roberto Rebello; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica*. Volume I: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Estado pós-democrático – neobscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2005.
- D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. São Paulo: Graal, 2008.
- FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MALAGUTI BATISTA, Vera. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- MENEGAT, Marildo. *Estudo sobre ruínas*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2012.
- REINER, Robert. *A polícia da política*. Tradução Jacy Cardia Ghirotti e Maria Cristina Pereira da Cunha Marques. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 137.
- ROGER, Franklin; ESTEVES, Diogo; *Princípios institucionais da Defensoria Pública de acordo com a EC74 – 2013*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro – Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

IDEIAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NOS PROCESSOS DO TRIBUNAL DO JÚRI: A EXPERIÊNCIA DA COMARCA DE DUQUE DE CAXIAS/RJ

Renata Tavares da Costa^[177]

Bruna Faro Martins^[178]

Juliana da Silva Batista^[179]

Nathalia Azevedo do Nascimento^[180]

Guilherme Couto dos Santos^[181]

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no exercício de sua função de promover direitos humanos, criou, por meio da Resolução nº 927/2018, o Grupo de Trabalho sobre Análise Estratégica de Julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem por objetivo primordial a criação de estratégias para a implementação dessas decisões no sistema de Justiça.

¹⁷⁷ Defensora Pública. Titular do Tribunal do Júri da Comarca de Duque de Caxias. Mestranda em Direitos Internacionais dos Direitos Humanos da Faculdade de Direito na Universidade de Buenos Aires. Pós-graduação em Actualidades y Tendencias de los Sistemas Penales pela Universidade de Buenos Aires – 100 Relgas de Brasilia y Sistema Interamericano de Derechos Humanos – pela Faculdade de Direito da Universidade do Chile e no Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos do Washington College of Law – American University. Ex- Conselheira do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: renata-tavares1976@hotmail.com

¹⁷⁸ Graduanda pela Universidade Unigranrio, colaboradora voluntária da 4^a Vara Criminal do Tribunal do Júri de Duque de Caxias. E-mail: drabrunafaro@hotmail.com

¹⁷⁹ Graduanda pela Universidade Unigranrio, estagiária da 4^a Vara Criminal do Tribunal do Júri de Duque de Caxias. E-mail: julianasbatista1@outlook.com

¹⁸⁰ Graduanda pela Universidade Unigranrio, colaboradora voluntária da 6^a Vara Cível de Duque de Caxias. E-mail: renascimento@outlook.com

¹⁸¹ Graduando pela Universidade Unigranrio, estagiário da 4^a Vara Criminal do Tribunal do Júri de Duque de Caxias. E-mail: santos.guilherme@hotmail.com

Trata-se de mais uma atividade essencial para a promoção dos direitos humanos, em especial, sua necessidade de “educar em direitos humanos” o sistema de Justiça. Assim o é, pois as faculdades de Direito só agora têm cadeira destinada ao ensino específico da matéria, em especial, do direito internacional dos direitos humanos.

No Brasil, o reconhecimento da jurisprudência da Corte se deu com o Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002, que reconheceu a competência da Corte a partir de 10.12.1998. Naquela época, pode-se afirmar que o se conhecia de direitos humanos eram as lutas de determinados grupos de vítimas, especialmente as das ditaduras da América Latina, em busca de justiça.

Não havia cadeira de direitos humanos nas faculdades. Não havia disciplina de direitos humanos. Tal desprezo pelo direito internacional dos direitos humanos pode ter sua origem histórica na formação do Estado brasileiro, que de colônia passou a ser império ou mesmo em certo distanciamento latino-americano das normas internacionais de direitos humanos. Embora hodiernamente não se possa falar em gerações dos direitos humanos,^[182] fato é que essa teoria serve para explicar o atraso dos Estados nacionais em absorver internamente essa normativa internacional, levando-a a fazer parte da cultura jurídica nacional.

O Brasil, como já dito, de uma forma ou de outra se insere nesse contexto, mas é um dos poucos países que não dá a atenção necessária ao sistema interamericano. Até mesmo nossa Corte Suprema rechaça a incidência das

¹⁸² Sobre a questão das gerações de direitos humanos, “no ano de 1979, proferindo a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, o jurista Karel VASAK utilizou, pela primeira vez, a expressão “gerações de direitos do homem”, buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). De acordo com o referido jurista, a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*) a teoria contribui para a atribuição de baixa carga de normatividade e, consequentemente, de efetividade dos direitos sociais e econômicos, tidos como direitos de segunda geração e, portanto, sem prioridade de implementação.

O professor e Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado TRINDADE, durante uma palestra que proferiu em Brasília, em 25 de maio de 2000, comentou que perguntou pessoalmente para Karel VASAK por que ele teria desenvolvido aquela teoria. A resposta do jurista tcheco foi bastante curiosa: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu de fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa”. Portanto, segundo Cançado TRINDADE, nem o próprio VASAK levou muito a sério a sua tese”. LIMA, George. “Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais”. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais#ixzz3KvWOpvrg>>. Acesso em: 4 dez. 2014.

normas que conformam o Sistema Interamericano.^[183] Tal descaso pode ser fruto de vontade política, mas, muitas vezes, também é de desconhecimento. Por exemplo, com relação aos membros do poder judicial, o Prof. José Ricardo Cunha coordenou uma pesquisa no estado do Rio de Janeiro cujos resultados demonstram uma cifra que 84% de juízes não estudaram direitos humanos na faculdade. No que toca à Organização dos Estados Americanos (OEA) e ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, 59% afirmaram que conheciam superficialmente, sendo que 20% não sabem como funciona. Apenas 13% têm acesso às decisões da Corte Interamericana. E o mais estarrecedor é que apenas 67% dos juízes do estado do Rio de Janeiro aplicam a CADH (CUNHA, 2011). Seja por uma razão histórica baseada no isolacionismo do império brasileiro (ou a falta de cultura republicana),^[184] seja por uma questão cultural, o Brasil está muito aquém de outros países latino-americanos no que toca à proteção internacional dos direitos humanos, especialmente no comportamento do Poder Judicial.

E nessa conjuntura nasce uma função para os defensores públicos: agente fomentador de uma cultura de direitos humanos. Dessa forma, sendo a Defensoria a instituição responsável pela maioria dos casos levados ao Poder Judiciário, tem o dever de, em sua atuação diária, em cada petição, usar e abusar dos estándares internacionais de proteção para atingir um duplo fim: alcançar maior nível de proteção da pessoa humana e educar o poder judicial e outros operadores em direitos humanos.

¹⁸³ Observe-se a posição do STF na ADPF nº 153 reconhecendo a validade da Lei de Anistia mesmo após extensa jurisprudência do Sistema Interamericano. Para uma rápida consulta: Fernando Antônio de Lima. LEI DA ANISTIA e CASO ARAGUAIA: condenação brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos exige outra postura do STF. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-2-volume-43/lei-da-anistia-e-caso-araguaia-condenacao-brasileira-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos-exige-outra-postura-do-stf>>. Acesso em: 9 dez. 2014. Some-se ainda, a decisão do TSE sobre a impossibilidade da candidatura do ex-Presidente Lula, mesmo com a Decisão do Comitê de Direitos Humanos, órgão de Monitoramento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/31/maioria-dos-ministros-do-tse-vota-pela-rejeicao-da-candidatura-de-lula.ghhtml>>. Acesso em: 16 set. 2018.

¹⁸⁴ Observe-se, por exemplo, que durante anos o Brasil foi o único império na Americalatina, gerando animosidade do próprio Simon Bolívar. Segundo Aleixo (2009), é “muito compreensível que inicialmente O Libertador nutrisse sentimentos de certa preocupação e até certa animosidade com relação ao Brasil. O príncipe regente D. Pedro, pouco depois Imperador do Brasil, era filho de Carlota Joaquina, irmã do Rei da Espanha Fernando VII, contra quem os insurretos hispano-americanos lutavam. Sua primeira esposa, a inteligente Leopoldina de Habsburgo (1797-1826) era filha de Francisco I, Imperador da Áustria. Os legitimistas da Santa Aliança eram contra o princípio da autodeterminação dos povos e favoráveis a Fernando VII”.

Esse trabalho está sendo realizado há alguns anos na Comarca de Duque de Caxias, especificamente no Tribunal do Júri. Várias teses já foram aventadas,^[185] agora é chegada a hora de analisar o comportamento do sistema de Justiça em relação a algumas teses. Nesse sentido, o presente trabalho vai analisar os argumentos dos órgãos do sistema de Justiça nos casos em que se alega violação do direito a não prestar depoimento sem a presença de um advogado e em quanto à alegação de tortura no decurso processual.

1. SOBRE A VIOLAÇÃO DO DIREITO A NÃO PRESTAR DEPOIMENTO SEM A PRESENÇA DE UM DEFENSOR (SEJA PÚBLICO OU PRIVADO)

Diz o art. 8º da CADH:

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: [...] 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; [...] g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; [...] 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. (Grifamos)

Segundo a jurisprudência da Corte, esses direitos começam a valer desde que a pessoa é apontada como possível autora de um delito:

La Corte ha establecido anteriormente que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de

¹⁸⁵ Veja-se, por todos: COSTA, 2017, p. 191.

derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. **El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso**, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.^[186] (Grifamos)

Nesse sentido, quando a autoridade policial entender que existe “fundada suspeita” de que a pessoa possa estar envolvida com delito investigado, deve dar a conhecer todo o expediente, em especial quando há privação da liberdade:

Uno de esos derechos fundamentales es el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, previsto en el artículo 8.2.c de la Convención, que obliga al Estado a permitir el acceso del **inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra**. Asimismo, se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquél en el análisis de la prueba.^[187] (Grifamos)

Obrigaçāo reforçada no caso de prisāo, especialmente no que se refere à prisāo temporária no Brasil. Essa informação deverá ser feita em linguagem simples para que o acusado entenda:

Esta Corte ha establecido que, a la luz del artículo 7.4 de la Convención Americana, la información de los “motivos y razones” de la detención debe darse “cuando ésta se produce”, lo cual constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo. Asimismo, esta Corte ha señalado que el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención. No se satisface el artículo 7.4 de la Convención si sólo se menciona la base legal.^[188] (Grifamos)

¹⁸⁶ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Cabrera García Y Montiel Flores vs. México. § 155.

¹⁸⁷ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. § 54.

¹⁸⁸ OEA. Corte IDH. Caso Cabrera García Y Montiel Flores Vs. México. § 106.

Assegura-se, dessa forma, o legítimo exercício de outro direito, qual seja, o direito ao tempo e meio adequado para preparar a sua defesa. Para aquele tribunal, tal direito é consequência lógica do princípio da igualdade de armas.^[189] Especificamente sobre o tempo adequado, determina a Corte que esse direito implica que a notificação da acusação formulada, as razões e os delitos aconteçam antes que o apontado preste sua primeira declaração:

El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le atribuye responsabilidad. Para que este derecho satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Esta garantía es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa. Es preciso considerar particularmente la aplicación de esta garantía cuando se adoptan medidas que restringen el derecho a la libertad personal, como en este caso.^[190] (Grifamos)

Além de ter acesso a todo o expediente da acusação, os Estados devem assegurar aos apontados como possível autores de delitos um defensor de sua própria escolha ou um apontado desde que a pessoa não tenha condições de fazê-lo.

Por fim, as autoridades investigativas não poderão exercer nenhum tipo de coação física ou psicológica, direta ou indireta, sobre os acusados para que confessem. Assim sendo, a presença de um defensor mostra-se essencial para evitar confissões forçadas.^[191] Tal ordem é reforçada pelo art. 8.3 da Convenção, que proíbe confissão feita sobre qualquer tipo de coação!

Dito isso, a Defensoria Pública, em alguns processos da 4^a Vara Criminal, em especial naqueles em que começa a atuar após a citação do acusado, já com a denúncia recebida e que consta dos autos da declaração em sede policial do acusado sem a presença de um advogado, começou a pedir a exclusão dessa prova. Observe-se que essa exclusão é de suma importância, visto que o destinatário da prova do Tribunal do Júri é o jurado que julga de acordo com sua íntima convicção, ou seja, não exterioriza os motivos de sua decisão.

¹⁸⁹ Veja-se, por todos, o parágrafo 178 do Caso Palamara Urbarne vs. Chile.

¹⁹⁰ OEA. Corte IDH. Caso López Alvares Vs. Honduras. § 149.

¹⁹¹ Argentina. Ministério Público Fiscal. El Debido Proceso Legal: análisis desde el sistema interamericano y universal de derechos humanos. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Edeuba, 2013. p. 557.

O pedido é feito da seguinte forma:

PRELIMINARMENTE: DA DECLARAÇÃO PRESTADA PELO ACUSADO EM SEDE POLICIAL SEM A PRESENÇA DE UM DEFENSOR (PÚBLICO OU PRIVADO). A República Federativa do Brasil, **nação soberana** e em razão desta, através do Decreto 678/92, promulgou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos - Pacto São José da Costa Rica quando o Brasil submeteu-se à função jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Fato este que, segundo RAMOS, foi ratificado pelo STF: **A nova posição prevalecente no STF** foi capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785-RJ15) sustentou que **os tratados internacionais de Direitos Humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial do art. 5º, § 3º da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei.** No mesmo sentido formaram a nova maioria os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Menezes Direito. Esta corrente, agora majoritária, admite, contudo, que tais tratados tenham estatuto constitucional, desde que aprovados pelo Congresso pelo rito especial do parágrafo 3º ao art. 5º (votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria de três quintos). Foram votos parcialmente vencidos, no tocante ao estatuto normativo dos tratados de Direitos Humanos, **os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, que sustentaram a hierarquia constitucional de todos os tratados sobre Direitos Humanos, aprovados ou não pelo rito especial do art. 5º, § 3º.** De fato, para Celso de Mello trata-se de adaptar a CF/88, pela via interpretativa, ao novo contexto social de aceitação da internacionalização dos Direitos Humanos. Assim, o **Ministro Celso de Mello**, revendo sua posição anterior, sustentou que os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil integram o ordenamento jurídico como norma de estatura constitucional. De acordo ainda com a posição do Ministro Celso de Mello, a CF/88 em sua redação original determina a prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, inc. II da CF/88) e reconhece o estatuto constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos (art. 5º, § 2º da CF/88). Desta forma, os tratados de Direitos Humanos, mesmo que anteriores a EC 45/04, seriam normas consideradas constitucionais. Assim sendo, de acordo com o acima exposto, a CADH deve ser aplicada pelos juízes brasileiros como norma acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição. No caso concreto, o acusado prestou declaração em sede policial que está devidamente juntada aos autos em fls. 49. Ocorre que a declaração tomada em sede de inquérito policial

por pessoa indiciada, sem a presença de um advogado, viola o direito a não se declarar culpado, na forma dos arts. 8.3 e 8.2.g todos da Convenção Americana de Direitos Humanos: 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 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. Após 20 anos de ditadura, nosso país ainda não conseguiu se livrar das práticas arbitrárias das nossas polícias: desaparições forçadas, extermínio de adolescentes e outros casos mais, são a prova de que a Súmula 70 deve ser revista. Levando em consideração estes fatos – característica infeliz de qualquer país latino-americano, os órgãos que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Corte Interamericana e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, estabeleceram como princípio geral que: “Las autoridades investigadoras no podrán ejercer ningún tipo de coacción física y/o psicológica, directa o indirecta sobre los acusados para que se confiesen culpables. **La presencia de um abogado em las declaraciones o**

interrogaciones del inculpado es esencial para evitar las confesiones forzadas”¹⁹² O direito a contar com um advogado no Sistema Interamericano surge desde o momento do indiciamento: **Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C Nº 170, párr. 156, 158.156.** En la audiencia pública ante la Corte, el señor Chaparro manifestó que el 18 de noviembre de 1997 fue “interrogado sin presencia del abogado”. Este interrogatorio habría ocurrido un día antes de la declaración preprocesa efectuada ante el Fiscal. De otra parte, el señor Chaparro indicó que al presentar su recurso de amparo de libertad ante a Corte Superior de Guayaquil(*supra* párr. 132) el Presidente de dicha Corte prohibió a su abogado ejercer su defensa, indicándole que él mismo tenía que fundamentar su recurso. Asimismo, el señor Lapo manifestó que al rendir su declaración preprocesal, la defensora pública que le había sido adscrita no estuvo durante el interrogatorio y sólo se hizo presente para que pudiera iniciar la declaración y al final de la misma, para firmarla. El Estado presentó su allanamiento respecto del artículo 8 de la Convención en la misma audiencia pública, luego de haber escuchado a las víctimas y haber tenido la posibilidad de contrainterrogarlas, por lo que la Corte tiene estos hechos como establecidos. 158. **Pese a la normativa constitucional citada, el señor Chaparro no contó con la presencia de un abogado defensor al momento de ser interrogado por parte de la Policía el 18 de noviembre de 1997.** Además, la Corte encuentra que al impedirse al abogado del señor Chaparro intervenir en su declaración preprocesal y al exigirse que sea el propio señor Chaparro quien fundamentalmente su recurso de amparo de libertad, cuando su deseo era que su abogado lo hiciera, la presencia de los defensores fue tan solo formal. Por ello, **el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 8.2.d) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Chaparro.** Neste mismo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: **CIDH. Informe N° 61/06. Caso 12.447. Derrick Tracey. Jamaica. 20 de julio de 2006, párr. 28-29, 31-34. 28. El derecho a la asistencia letrada está también íntimamente ligado a la protección del acusado contra confesiones forzadas.** En particular, la Comisión ha sostenido que el derecho al asesoramiento dispuesto en el artículo 8(2) (d)

¹⁹² Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *El debido proceso legal: análisis desde el sistema interamericano y universal de derechos humanos.* 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2013. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/fotos/una_carpeta/MPF%20de%20la%20CABA.%20EI%20Debido%20Proceso%20Legal.%20Tomo%201.%202013.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

de la Convención, junto con el derecho del acusado, consagrado en el artículo 8(3), a no confesar su culpabilidad bajo coacción, comporta **su prerrogativa de que esté presente un abogado en todas las etapas importantes del proceso, en especial cuando el acusado está detenido, así como su derecho a que esté presente un abogado cuando brinda declaraciones o es interrogado**. Ello es necesario para asegurar que toda confesión de culpabilidad por parte del acusado sea vertida en un ambiente sin presión, intimidación o coerción, y sea, por tanto, realmente voluntaria.²⁹ Como se establece más adelante, tras examinar los argumentos de las partes a la luz de las normas de protección mencionadas, la Comisión concluye que el Sr. Tracey no tuvo acceso a un abogado desde el comienzo del proceso penal, ni en el curso de las actuaciones sustanciales de su acusación y defensa, incluidos los posteriores intentos de apelar su sentencia ante una instancia superior. La Comisión también concluye que, en las circunstancias del caso presente, la ausencia de un abogado comprometió EDP - TOMO 1. indb 560 01/11/13 20:13 CAP. XIV – El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo 561 la justicia de las distintas etapas del proceso instruido y negó al acusado un acceso efectivo a la justicia, como lo garantizan los artículos 8 y 25 de la Convención, conjuntamente con las obligaciones que imponen al Estado los artículos 1(1) y 2 de la Convención. E transforma a prova obtida sem sua observância em prova ilícita. Assim sendo, requer a Defesa a extração da peça de fls. 49 dos autos. (Grifamos)

Na Comarca de Duque de Caxias, os membros do Ministério Público ou não mencionam a normativa interamericana ou, quando a fazem, defendem sua inaplicabilidade por ser norma “política”, ou porque os casos apresentados não são brasileiros, por isso inexequíveis no país. O pedido de exclusão não é deferido pelo magistrado, que, embora reconheça a normativa internacional, afirma que o inquérito policial é peça meramente informativa.

Por isso, antes de adentrar no mérito, importante se faz o esclarecimento sobre direito internacional dos direitos humanos e o entendimento sobre a internalização das normas dos tratados internacionais de direitos humanos.

2. SOBRE A O DIREITO ABSOLUTO A NÃO SER TORTURADO COMO ARGUMENTO JURÍDICO NA DEFESA CRIMINAL

O direito internacional dos direitos humanos mostra-se uma ferramenta fundamental no combate à tortura, em especial, as normas que emanam do Sistema Interamericano, principalmente no Brasil, país que evita, de todas as maneiras, cumprir com sua obrigação internacional de investigar as alegações de tortura. Tal fato é público e notório, reconhecido pela Comissão Interamericana:

169. A Comissão alegou que a detenção, tortura e assassinato de Vladimir Herzog teve lugar no âmbito de graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar brasileira e, de maneira particular, dentro de um reconhecido padrão sistemático de ações repressivas contra o Partido Comunista Brasileiro (PCB). Salientou que a medida se destinava a punir a suposta militância e as opiniões políticas do jornalista e teve efeito amedrontador e intimidatório para outros jornalistas críticos do regime militar. 170. Considerou que a impunidade e a ocultação da verdade neste caso tiveram efeitos prejudiciais no exercício do direito à liberdade de expressão em geral e no direito à informação no país. No entender da Comissão, cercar a liberdade de expressão foi um objetivo particular da repressão militar em todos os países do Cone Sul, mediante a cooptação e controle direto de meios de comunicação, bem como da implementação de violência contra jornalistas independentes e críticos do regime, o que se traduziu em numerosos casos de prisão, tortura e assassinato.171. A Comissão recordou que, em casos de tortura, o Estado deve iniciar uma investigação de ofício e com a devida diligência, a qual deve ser levada a cabo por autoridades independentes, que não devem ter nenhuma conexão hierárquica ou institucional com os acusados. 172. Em relação a esse tema, afirmou que o Estado descumpriu seu dever de investigar com a devida diligência os fatos violatórios dos direitos humanos de Vladimir Herzog. No seu entender, a investigação sobre a morte de Herzog, que teve lugar na jurisdição militar, em 1975, impediu o esclarecimento dos fatos e violou o direito dos familiares da vítima de conhecer a verdade sobre o ocorrido. 173. A Comissão Interamericana reconheceu que, após a transição para a democracia, o Estado brasileiro adotou ações que contribuíram para o esclarecimento da verdade histórica da detenção ilegal, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog. Não obstante, a “verdade histórica” constante dos relatórios produzidos pelas comissões da verdade não preenche ou substitui a obrigação do Estado de assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais ou estatais, por meio dos processos pertinentes, motivo pelo qual é obrigação do Estado iniciar e impulsionar investigações penais para determinar as respectivas

responsabilidades, em conformidade com os artigos 1.1, 8 e 25 da Convenção. 174. A Comissão salientou que, no presente caso, o poder judiciário brasileiro validou a interpretação da Lei No. 6.683/79 (Lei de Anistia). Em virtude disso, a Comissão considerou que as autoridades jurisdicionais que participaram da investigação da detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog impediram a identificação, julgamento e eventual punição dos responsáveis, e não exerceram o devido controle de convencionalidade a que estavam obrigadas após a ratificação da Convenção Americana, em conformidade com as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional.[193]

Na mesma direção, a Corte Interamericana:

[...] a **tortura passou a ser sistematicamente usada pelo Estado brasileiro** desde o golpe de 1964, seja como método de obtenção de informações ou confissões (técnica de interrogatório), seja como forma de disseminar o medo (estratégia de intimidação). Converteu-se na essência do sistema militar de repressão política, baseada nos argumentos da supremacia da segurança nacional e da existência de uma “guerra contra o terrorismo”. **Foi utilizada com regularidade por diversos órgãos da estrutura repressiva, entre delegacias e estabelecimentos militares, bem como em estabelecimentos clandestinos em diferentes espaços do território nacional.** A prática de tortura era deliberada e de uso estendido, constituindo uma peça fundamental do aparato de repressão montado pelo regime,^[194] (Grifamos)

Desde esses dias até os atuais, segue a tortura sendo sistematicamente autorizada pelos Estado Brasileiro, em especial, ante a ausência de investigação séria, independente e imparcial pelos órgãos competentes do sistema de Justiça. Assim o é, pois, por exemplo, nos processos penais, a atenção médica após a prisão é mera formalidade cujo certificado não cumpre com as normas internacionais, em especial, o Protocolo de Istambul. Some-se ainda que a versão do acusado nunca é levada em consideração pelos magistrados. A prova, nesse caso, não é considerada ilícita, pois não há laudo que comprove a tortura, dizem os juízes.

¹⁹³ OEA. Corte IDH. Caso Herzog vs. Brasil.

¹⁹⁴ Idem. § 239.

Para esses casos, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no Caso Bayarri vs. Argentina, estabeleceu uma boa estratégia: questionar a imparcialidade do juiz que não inicia imediatamente uma investigação séria, independente e imparcial.

Trata-se do sequestro do hoje presidente da Argentina, Maurício Macri. Bayarri era suspeito do sequestro. Ele mesmo, o acusado, foi sequestrado e levado ao juiz. Ficou 13 anos em prisão preventiva até que foi absolvido. Consta como antecedentes do caso:

18/11/1991	Bayarri foi preso.
19/11/1991	Bayarri foi colocado à disposição de um juiz de instrução, que manteve a decisão de sua prisão. No entanto, nesse ato ele não foi levado pessoalmente ao julgador, o que fere o art. 7.5 da Convenção.
24/11/1991	Foi levado ao Palácio da Justiça para depoimento perante ao juiz de instrução. Isso foi feito quase uma semana depois da detenção, não satisfazendo o art. 7.2 da Convenção.
20/12/1991	Decretaram a prisão preventiva.
20/02/1992	Apelação confirmou a resolução.
01/06/2004	Foi decretada sua absolvição.

Não fizeram perícia médica na vítima, que apresentava traumatismo severo, e mesmo após prestadas as primeiras declarações.

A Corte entendeu que a prisão preventiva deve ser revista periodicamente, que o processo penal deve obedecer a uma duração razoável, que se inicia desde o primeiro ato de procedimento contra determinada pessoa como provável responsável de certo delito (§ 105). Estabeleceu como critério para análise da razoabilidade: a) complexidade do assunto; b) atividade processual do interessado; e c) conduta das autoridades judiciais.

Em razão desse processo, o juiz argentino que não iniciou a investigação foi processado.

Assim sendo, o raciocínio é o seguinte: segundo a jurisprudência do SIDH, os Estados têm a obrigação de iniciar imediatamente uma investigação séria, independente e imparcial quando tem notícia de crime de tortura. Quando,

após o interrogatório, deixam de se movimentar, ou seja, deixam de, no caso brasileiro, oficiar ao Ministério Público, escolheram a versão dos policiais, rechaçando a dos imputados, o que fere sua imparcialidade. Nesse sentido,

Na esteira do que decide a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana entende que a imparcialidade possui duas vertentes: uma subjetiva e outra objetiva. Se a primeira refere-se a relação que um juiz tem em relação ao caso concreto, a segunda refere-se a percepção razoável de imparcialidade daquele que vai ser julgado refletindo a **confiança que as cortes devem inspirar no público**, sobretudo nos acusados numa sociedade democrática. Estes estándares internacionais foram estabelecidos no caso **Piersack c. Belgica** onde o Tribunal Europeu estabeleceu que o teste subjetivo de imparcialidade consiste em descobrir a convicção pessoal de um juiz num caso concreto. Na dificuldade de estabelecer o preconceito pessoal do juiz, é necessário analisar se a Corte é vista como um Tribunal Imparcial. E aqui a Corte Europeia introduz a noção de aparência: **a confiança que essa corte inspira numa sociedade democrática**. Relação de confiança esta que restou abalada pelo comportamento da Autoridade Judicial que, diante de vários relatos de atos de tortura perpetrados pelos policiais que efetuam a prisões, deixou de dar início a uma investigação eficaz, violando uma norma básica de Direito Internacional que pode gerar futuramente a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro. Assim o é pois desde a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 os tratos inumanos e crueis são terminantemente proibidos, qualquer seja a situação. Proibição esta prevista também no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como em todos os sistemas regionais de proteção (Europa, América e África). Pensando especificamente na América, observado que o Brasil se sujeitou à Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sendo assim também deve observar sua jurisprudência, deveria o juiz, ao menos, iniciar uma investigação contra os atos relatados pelos réus no momento da sua prisão. Em sua jurisprudência, a Corte IDH, desde seu primeiro caso, **Velásquez Rodrígues**, este Tribunal decidiu que faz parte da obrigação de todos os estados, de iniciar uma investigação pronta e imparcial quando se tem notícia de crime de tortura. E a parcialidade será comprovada toda vez que o juiz deixar de iniciar uma investigação^[195]. No caso em concreto, havendo notícia de que o imputado tenha sido torturado, deve a autoridade iniciar imediatamente uma investigação independente e imparcial sobre os fatos narrados a fim de verificar se a prova foi obtida por meio

¹⁹⁵ OEA. Corte IDH. Caso Velásquez Rodrígues vs. Honduras.

ilícito, mas que irá influenciar no ânimo do acusado através de uma sensação de desconfiança sobre a atuação do juiz omissو. E assim sendo, violа o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial, como mandam os tratados de direitos internacional dos quais o Brasil é signatário e nossa Carta Constitucional. (PACHECO; TAVARES, no prelo) (Grifamos)

O direito a ser julgado por um juiz imparcial também pode ser aplicado nos casos em que o mesmo juiz concede a preventiva e julga o caso, faz algum julgamento de valor, expõe sua opinião na TV.

Na Comarca de Duque de Caxias, tais parâmetros foram aplicados num processo em que as alegações de tortura foram respaldadas por um laudo de lesão corporal positivo num acusado. O acusado foi denunciado pela prática do crime de roubo junto com outras pessoas. Logo após o crime, houve a tentativa de homicídio contra a vítima, que seria policial militar e estaria à paisana. O indiciado foi “preso em flagrante” dias após o crime, pois policiais miliares teriam encontrado o celular da vítima com o acusado em sua casa. A prisão foi, obviamente relaxada, mas o juiz decretou a preventiva. Com a chegada do laudo de lesão corporal do acusado, reafirmando os relatos de invasão de seu lar e de que apanhou dos policiais militares, a defesa solicitou a retirada da confissão feita em delegacia por prova obtida mediante tortura. Tal pedido foi reiterado no pedido de improúnica do recurso da decisão de pronúncia e no *habeas corpus* impetrado no STJ:

NULIDADE ABSOLUTA: PROVA OBTIDA MEDIANTE TORTURA. DIREITO ABSOLUTO A NÃO SER CONDENADO POR UMA PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, A República Federativa do Brasil, **nação soberana** e em razão desta, através do Decreto 678/92, promulgou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos-Pacto São José da Costa Rica. De acordo com RAMOS, para o STF, os tratados internacionais de direitos humanos e que ainda não passaram pelo rito do § 3º do art. 5º da CF/88, introduzido pela EC 45/04, “tem natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei”. Mas, segundo este mesmo autor, não basta a referência ao texto de lei, é preciso que o STF exerce o **controle de convencionalidade** aplicando a interpretação utilizada pelos órgãos de monitoramento. Neste sentido, Vossas Excelências, é preciso lembrar que existem três direitos que são **absolutos**: o direito de não ser escravizado, o direito a não ser torturado e o **direito a não ser condenado com base em provas ilícitas**.

Em relação ao **direito a não ser torturado**, tal obrigação encontra repouso inicialmente na Convenção Interamericana para Punir e Prevenir a Tortura: **Artigo 8** Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial. *Quando houver denúncia ou razão fundada* para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal. Uma vez esgotado o procedimento jurídico interno do Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado. **Artigo 10** Nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como prova num processo, salvo em processo instaurado contra a pessoa ou pessoas acusadas de havê-la obtido mediante atos de tortura e unicamente como prova de que, por esse meio, o acusado obteve tal declaração. Segundo a jurisprudência da Corte Interamericana, em relação à tortura, os Estados têm a **obrigação de iniciar de ofício uma investigação independente e imparcial** assim que sejam informados. Vejam bem, Vossas Excelências, no dizer a Corte Interamericana, a obrigação assumida, no uso de sua soberania, pelo Estado Brasileiro, é iniciar imediatamente uma investigação seria, independente e imparcial: “55. Respecto de los derechos a “las garantías judiciales y [a] la protección judicial, así como la obligación de investigar la tortura a la que fueron sometidos Juan García Cruz y Santiago Sánchez Silvestre”, México es responsable de la violación de los “artículos 8 y 25 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento y los artículos 1, 6, 8 y 10 de la Convención contra la Tortura”, debido a: “la falta de una investigación seria, exhaustiva e imparcial de la denuncia de los presuntos actos de tortura”, que los “compelieron a declararse culpable[s] de los delitos y hechos imputados en relación con la portación de armas de fuego de uso privativo del Ejército, homicidios, lesiones, entre otros, mediante confesiones escritas, de las cuales posteriormente se retractaron”. [...] la violación al derecho de defensa, respecto de las garantías protegidas en el artículo 8.2.d, e y f de la Convención, debido a que durante las declaraciones que rindieron el 6 de junio de 1997 ante la Policía Judicial y el 8 de ese mes ante el Ministerio Público de la Federación no contaron con la asistencia de un abogado defensor, así como por la falta de una defensa adecuada derivada de las omisiones en que incurrió la defensa otorgada por el Estado en la causa penal en su contra por el delito de portación de arma de fuego reservada para uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea; la violación al principio de presunción de inocencia protegido en el artículo 8.2 de la Convención y a las garantías protegidas en el artículo 8.2.g y 8.3 de la misma, así como al artículo

10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, como consecuencia de que “[los] tribunales en ambas causas penales otorgaron valor a las declaraciones ministeriales [rendidas los días 6 y 8 de junio de 1997, respectivamente, ante el Ministerio Público del Distrito Federal y ante el Ministerio Público de la Federación], para establecer la responsabilidad penal de los inculpados, indicando que no ha[bían] pruebas para demostrar la tortura”, “colocando la carga de la prueba en su contra” y “considerando[los] presuntos culpables”. Los tribunales no cumplieron con excluir totalmente “las declaraciones rendidas ante el Ministerio Público y la declaración judicial rendida el 8 de junio de 1997”, lo cual debieron hacer “por cuanto la existencia de tortura inhabilitaba el uso probatorio de dichas evidencias, de conformidad con los estándares internacionales”. (...) 57. La Corte considera relevante destacar que el incumplimiento de la obligación de investigar los hechos de tortura en el presente caso proviene, fundamentalmente, **de la omisión de las autoridades estatales de iniciar una investigación penal para investigar esos hechos de forma independiente de los procesos penales seguidos contra las víctimas.** [...] Ante las alegaciones de los señores García Cruz y Sánchez Silvestre de haber sido torturados y las constancias en las actas de sus declaraciones y certificados de sus exámenes médicos de que presentaban lesiones físicas (*supra* párrs. 34 y 35), **correspondía al Estado iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva** de dichos alegatos de tortura conforme a los protocolos y estándares específicos. **Si los hechos eran constitutivos de un delito de tortura o de otros delitos, como lesiones, no era una determinación que correspondiera realizar a los jueces a cargo de los procesos penales contra los señores García Cruz y Sánchez Silvestre.** 58. Adicionalmente, el Tribunal reitera **su jurisprudencia sobre la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura**, tratos crueles e inhumanos y coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona. Asimismo, la Corte ha indicado que aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona que la rinde o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo. En vista de lo que fue sostenido en la sentencia penal de 12 de febrero de 2002 (*supra* párr. 47), la Corte estima pertinente reiterar que los actos de tortura que pudieran haber ocurrido anteriormente a que el imputado efectúe su declaración pueden tener incidencia en el momento en que la rinde”^[196]. Exatamente ao contrario do ocorrido no presente processo onde o acusado e seu irmão após serem torturados, *descreveram tudo para o juiz a quo* que não tomou nenhuma providencia. Se tivesse ao menos pedido o resultado do AEDC a que foi submetido o acusado, veria que havia um fundo

¹⁹⁶ OEA. Corte IDH. Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. Mexico.

de verdade do que estava dizendo: o AEDC com **indícios tortura pois consta no Laudo de fls.207- realizado três dias depois do ocorrido**, tumefação e ferida na mucosa.

Pior ainda fez o TJRJ que, através de sua 7^a Câmara se referiu aos supostos atos de tortura sofridos tanto pelo acusado quanto por seu irmão, como **mera irregularidade**, afirmando que: “**não há porque negar credibilidade a esses agentes**, na oportunidade em que vem a juízo informar o que ocorreu por ocasião do desempenho de suas atividades, o que possibilita a aplicação, por analogia, da súmula nº 70 deste tribunal”.

Por outro lado, e não menos importante, é o fato de ser direito absoluto de toda pessoa humana não ser condenado com base em provas ilícitas. O Sistema Interamericano, através da Corte Interamericana de Direitos Humanos, entendeu neste mesmo caso que a regra de exclusão de provas obtidas mediante tortura ou outro tratamento cruel ou desumano por ser reconhecida em vários tratados de direitos humanos tem caráter absoluto e inderrogável: “165. Al respecto, la Corte observa que la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante la tortura o tratos crueles e inhumanos (en adelante “regla de exclusión”) ha sido reconocida por diversos tratados y órganos internacionales de protección de derechos humanos que han establecido que dicha regla es intrínseca a la prohibición de tales actos. **Al respecto, la Corte considera que esta regla ostenta un carácter absoluto e inderogable** 166. En este sentido, la Corte ha sostenido que la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las garantías judiciales. Además, el Tribunal considera necesario recalcar **que la regla de exclusión no se aplica sólo a casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles**. Al respecto, el artículo 8.3 de la Convención es claro al señalar que “[l]a confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”, es decir que no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción. En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción.” **Desta forma, totalmente procedente o pedido despronuncia feito pelo diligente Defensor que assina o RES para anular o processo e retirar a declaração do acusado em sede policial dos autos.** (Grifamos)

Tais pedidos foram indeferidos, o acusado foi julgado pelo júri e o acusado por ele condenado. Se os jurados levaram em consideração a prova obtida por meio ilícito, isso é algo que nunca ficará claro.

CONCLUSÃO

Este trabalho começa com a constatação de que os operadores de justiça muito pouco ou quase nada sabem sobre os estândares internacionais de direitos humanos, fato grave, especificamente para o caso dos defensores públicos, uma vez que têm o papel, especialmente depois da Lei Complementar nº 132/2009, de agente de transformação social. Esse novo rol do defensor o transforma num agente fomentador de uma cultura de direitos humanos.

Tal responsabilidade é agravada, tendo em vista ser ele o responsável pela maioria dos casos levados ao Poder Judicial, cujos membros muito pouco ou quase nada sabem sobre os sistemas internacionais de direitos humanos. Assim, mais do que uma atuação direta no SIDH, é dever precípua do defensor público usar os estândares internacionais em suas petições diárias a fim de convencer e educar os outros atores do sistema de Justiça em direitos humanos.

Por outro lado, a incorporação da discussão sobre o direito internacional dos direitos humanos se traduz numa ferramenta essencial de controle da atuação no sentido de que o defensor, em seu múnus, não seja violador de direitos humanos, especialmente em alguns casos no Tribunal do Júri.

O caminho é árduo, mas fértil. Parafraseando Galeano, fazemos um *habeas corpus* e ele não dá em nada, fazemos dez *habeas corpus* e eles não dão em nada, fazemos mil *habeas corpus* e eles não dão em nada. Então, para que serve o *habeas corpus*? Para ajudar a convencer!

REFERÊNCIAS

ALEIXO, José Carlos Brandi. *O processo de independência do Brasil e suas relações com os países vizinhos*. Série Estudos e Ensaios. Ciências Sociais, Flacso Brasil. Jun 2009. Disponível em: <http://www.flacso.org.br/pdf/serie_estudos_ensaios/Padre_Aleixo.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2014.

ANDREU-GUZMÁN, Federico e COURTIS, Christian. *Comentarios Sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de Vulnerabilidad, Defensora Pública: Garantia de Acceso a la Justicia*. Disponível em <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). *Resolução TJ/CE/RJ Nº 45/2013*. Dispõe sobre a apresentação de réus presos nas dependências do Poder Judiciário, a comunicação de atos processuais, e dá outras providências.

_____. *Ação Penal nº 0019869-27.2013.8.19.0021*. Ministério Público v. M. e outros.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v Honduras*.

COSTA, Renata Tavares. O conceito de defesa eficaz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação no Tribunal do Júri. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*. Ano 29, nº 27, 2017.

CUNHA, José Ricardo. (Org.). *Direitos humanos, Poder Judicial e sociedade*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2011.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. *Dirceu recorre hoje à Comissão Internacional de Direitos Humanos contra Barbosa*. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2014/05/13/interna_politica,503650/dirceu-recorre-hoje-a-comissao-internacional-de-direitos-humanos-contra-barbosa.shtml>. Acesso em: 4 dez. 2014.

FISS, Owen. Grupos y la cláusula de la igual protección. GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, version original: “Groups and the Equal Protection Clause”, In *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976.

GARCIA, Luis M. El derecho del Imputado a la Asistencia Legal en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Una Visión Americana. *Nueva Doctrina Penal*. 2002, p. 465.

GRINOVER, Ada Pelegrini et. al. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2011. p. 209.

LIMA, Fernando Antônio de. *Lei da Anistia e Caso Araguaia*: condenação brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos exige outra postura do STF. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-edicoes/numero-2---volume-43/lei-da-anistia-e-caso-araguaia-condenacao-brasileira-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos-exige-outra-postura-do-stf>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

LIMA, George. *Criticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais#ixzz3KvWOpvrg>>. Acesso em: 4 dez. 2014.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. 1º v.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. *Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul*. Agosto 2004. p. 169.

LORENZETTI, Ricardo. Acceso a la Justicia de los Sectores Vulnerables.

Defensa pública: garantía de acceso a la justicia. Conferencia pronunciada en ocasión del acto de clausura de las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008. Disponível em <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014. p. 62.

Minuta Sobre a Força Normativa das 100 Regras de Brasília, texto estudado no Curso 100 Regras de Brasília e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Faculdade de Direito, Universidade do Chile.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos.* Decreto Legislativo Veja-se por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Calderon c. Ecuador. Caso Vélásquez Rodrígues v. Honduras.*

PACHECO, Rodrigo; TAVARES, Renata. *A defesa pública no tráfico de drogas.* Defensoria Pública: Reconhecimento Constitucional de uma Metagarantia. No prelo.

PINTO, Mónica. (Org.). *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para regulación de Derechos Humanos. La Aplicación de los Tratados Sobre derechos Humanos por los tribunales locales,* 1997.

UNIÃO EUROPEIA – UE. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Piersack v. Belgica.*

UOL Notícias. *Criança e PM morrem num tiroteio em Bangu, no Rio.* Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/31/crianca-morre-durante-tiroteio-no-forum-de-bangu-no-rio.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2014.

ZAFFARONI, E. R. et al. *Derecho Penal Parte General.* Buenos Aires: Ed. Ediar, p. 127.

_____. *Dimensión política de un poder judicial democrático.* 1992. Disponível: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/09/51zaffaroni.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO TRIBUNAL DO JÚRI DA COMARCA DE DUQUE DE CAXIAS

Renata Tavares da Costa^[197]

Bruna Faro Martins^[198]

Juliana da Silva Batista^[199]

Nathalia Azevedo do Nascimento^[200]

Guilherme Couto dos Santos^[201]

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública representa o modelo eleito pelo Estado Brasileiro para cumprir com as obrigações assumidas ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos, assegurar “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”^[202]. Some-se ainda a promessa constitucional de assegurar o contraditório e a ampla de defesa. No Tribunal do Júri, esta defesa é plena, refletindo certo equilíbrio entre a violação do direito do acusado de ter suas decisões motivadas que representa o julgamento por íntima convicção. Assim sendo, deve ser a defesa diligente e eficaz na conformação da prova de defesa a fim de chegar ao julgamento justo!

¹⁹⁷ Defensora Pública. Titular do Tribunal do Júri da Comarca de Duque de Caxias. Mestranda em Direitos Internacionais dos Direitos Humanos da Faculdade de Direito na Universidade de Buenos Aires. Pós-graduação em Actualidades y Tendencias de los Sistemas Penales pela Universidade de Buenos Aires – 100 Relgas de Brasilia y Sistema Interamericano de Derechos Humanos – pela Faculdade de Direito da Universidade do Chile e no Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos do Washington College of Law – American University. Ex-Conselheira do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: renata-tavares1976@hotmail.com

¹⁹⁸ Graduanda pela Universidade Unigranrio, colaboradora voluntária da 4^a Vara Criminal do Tribunal do Júri de Duque de Caxias. E-mail: drabrunafaro@hotmail.com

¹⁹⁹ Graduanda pela Universidade Unigranrio, estagiária da 4^a Vara Criminal do Tribunal do Júri de Duque de Caxias. E-mail: julianasbatista1@outlook.com

²⁰⁰ Graduanda pela Universidade Unigranrio, colaboradora voluntária da 6^a Vara Cível de Duque de Caxias. E-mail: renascimento@outlook.com

²⁰¹ Graduando pela Universidade Unigranrio, estagiário da 4^a Vara Criminal do Tribunal do Júri de Duque de Caxias. E-mail: santos.guilherme@hotmail.com

²⁰² OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Art. 8º.

Os crimes dolosos contra a vida, de atribuição exclusiva no Tribunal do Júri, em geral, caracterizam-se por compreender um elevado número de fatos que precisam ser investigados, compreendidos e, consequentemente, comprovados a fim de conformar uma estratégia de defesa que represente uma atuação diligente e eficaz da Defesa Pública.^[203] Nesses casos, conta o Ministério Público com o apoio direto Polícia Judiciária, que envolve investigadores e técnicos para fazer a prova que vai embasar a acusação e, mais adiante, possível condenação.

O ponto a ser analisado segue na postura processual exercida pela Defesa Pública. Por um lado, limitada a contestar a acusação ou, diante de um viés diametralmente oposto, contar com aparato estatal para realizar o efetivo contraditório mediante a formação de contraprovas.

Some-se a isso o fato de que é o Brasil signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e, no exercício de sua soberania, reconheceu a jurisprudência da Corte Interamericana. Tais fatos criaram obrigações para o país, dentre as quais, a nomeação de um defensor que realize uma defesa diligente e eficaz. Nessa linha, a defesa diligente e eficaz exige que o defensor, ao traçar sua estratégia de defesa,^[204] se depare com a necessidade de formar a produção probatória em vez de apenas se resumir ao embate à versão acusatória.^[205] Muitas vezes, essa necessidade surge desde os primeiros momentos da prisão. A questão que se coloca é: como um profissional que não conta com o aparato de polícia judiciária, como o Ministério Público, que tem que atender a quase maioria dos acusados em processo penal (na Comarca de Caxias, a porcentagem chega aos 80%), pode investigar os fatos que interessam à defesa?

²⁰³ A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que não basta ao Estado nomear um defensor de ofício apenas com o objetivo de cumprir formalidades processuais, mas sim que haja uma defesa técnica efetiva. Logo, mostra-se imprescindível a atuação diligente do Defensor Público, mas sim objetivando a proteção das garantias fundamentais e processuais do acusado. Consequentemente, reconhece a responsabilidade internacional pela atuação dos Defensores Públicos que: “la Corte considera que, para analizar si ha ocurrido una posible vulneración del derecho a la defensa por parte del Estado, tendrá que evaluar si la acción u omisión del defensor público constituyó una negligencia inexcusable o una falla manifiesta en el ejercicio de la defensa que tuvo o puede tener un efecto decisivo en contra de los intereses del imputado. En esta línea, la Corte procederá a realizar un análisis de la integralidad de los procedimientos, a menos que determinada acción u omisión sea de tal gravedad como para configurar por sí sola una violación a la garantía.” OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ruano Torres. §§156, 159.

²⁰⁴ A atuação no Júri não deve ser uma atuação de “iluminados”, mas fruto da adoção de uma estratégia de defesa trabalhada. COSTA, Renata. LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA NO TRIBUNAL DO JÚRI: “TEORIA DO CASO”. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/25739/RENATA_TAVARES_DA_COSTA.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

²⁰⁵ O que se propõe é a mudança de postura defensiva, que não obstante vigilante e atenta, mas, em regra, passiva à atuação da acusação e do juiz. Por isso, propõe-se a alteração de uma defesa de disposição - “difesa disposizione” -, para uma defesa de movimento “difesa di movimento”. Expressões utilizadas por TRIGGIANI, Nicola. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. In Archivo della Nuova Procedura Penale. n. 1, gennaio/febbraio, 2011, p. 01. Endereço aqui a tentativa de um papel ativo na busca de melhores resultados defensivos e de contribuição efetiva na construção do quadro probatório e na formação da decisão penal.

Essas ideias-forças foram objeto de reflexão na Defensoria do Tribunal do Júri de Duque de Caxias. Conjugando necessidades como conformar uma defesa diligente e eficaz, os métodos das experiências anteriores e levando em consideração a realidade da Defensoria Pública – que não tem orçamento para instituir um pessoal especializado em investigação criminal defensiva –, práticas foram surgindo de forma espontânea e, a partir delas, uma espécie de protocolo de atendimento. O resultado dessas práticas será objeto de análise neste trabalho.

1. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA PÚBLICA (ICDP)

Poucos são os autores que se debruçaram sobre o tema. Ainda assim, Machado (2009) entende que a ICD é o exercício do direito à prova no processo penal, fruto do sistema acusatório, e, por isso, norteada pelo princípio da igualdade, contraditório e ampla defesa.

No que se refere ao contraditório e à ampla defesa, surgem para o Estado algumas obrigações: dar conhecimento claro à imputação, apresentar alegações contra a acusação, ter possibilidade de controlar a prova e combatê-la, promover a efetiva defesa técnica e contar com a possibilidade de recorrer de uma decisão desfavorável.

Nesse sentido, é a ICD diferente da investigação realizada no inquérito policial – a investigação criminal. Aqui a ideia é juntar dados para viabilizar a acusação. Não se vislumbra o contraditório, apenas o respeito aos direitos pré-processuais dos indiciados.

A ICD guarda estreita relação com a prova no processo penal. Só inicia efetivamente após a formalização da acusação mediante a apresentação da denúncia. E, aponta Machado (2009), pode estar relacionada com a necessidade de comprovação do álibi ou das razões de inocência, desresponsabilização do imputado em razão da ação de terceiros; exploração de fatos que reclamam a ocorrência de caixa de exclusão da ilicitude; revelação da vulnerabilidade técnica e material de determinadas diligências; exame de local/reconstituição, identificação de provas e testemunhas.

Há ainda um aspecto importante a ser analisado: o fato de que, no estado do Rio de Janeiro, em especial na Comarca de Duque de Caxias, a maioria dos acusados é defendida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Levando em consideração o direito das vítimas no processo penal (memória, justiça, verdade e reparação), a investigação assume aspecto público de

interesse geral (memória/verdade coletiva) e particular (justiça e reparação). Nesse sentido, pode-se falar numa investigação defensiva pública (ICDP).

Assim, o direito a contrapor os argumentos da acusação é um direito de todos!

Mas para que serviria a ICDP? A reconstrução judicial dos fatos (processo penal) não necessariamente é o melhor caminho para descobrir o que aconteceu! Assim, a ICDP teria por objetivo principal o manejo da prova para melhor servir a preparação da estratégia de defesa. O fato de ser pública significa que é afeta ao órgão constitucionalmente responsável pela assistência jurídica, qual seja, a Defensoria Pública.

Quando se fala em estratégia de defesa, algumas premissas devem ser observadas. A primeira é que toda prova nos processos de júri direcionadas para a sessão plenária deve ser pensada para a estratégia escolhida pelo defensor, observando sempre que o litigante em juízo oral deve narrar e persuadir. Essa tarefa não deve estar entregue ao talento intuitivo e pessoal de cada litigante. Ainda assim, mesmo ao litigante com talento, não bastará uma história que interesse, mas que deverá transmitir ao tribunal que se trata da versão mais fidedigna dos fatos e da interpretação mais adequada e justa. O juízo oral é complexo e não reserva nenhuma piedade para os advogados que não saibam exatamente o que devem fazer e o momento oportuno.

Assim sendo, a Defesa no Tribunal do Júri da Comarca de Duque de Caxias a se estrutura da seguinte forma:

ATUAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL (a Defensoria é procurada assim que sai a prisão temporária ou logo que a pessoa tenha sido apontada como possível autora do delito)	ATUAÇÃO NO PROCESSO PENAL (a Defensoria é nomeada pelo acusado quando a vista é aberta ou o próprio acusado ou algum familiar procura o órgão após a citação)
<ul style="list-style-type: none">- Informação pormenorizada ao indiciado e aos familiares sobre competência e funcionamento do Tribunal do Júri, em especial sobre a necessidade de se esperar a denúncia a fim de ver os exatos termos da acusação.- Oficiar para solicitar a cópia integral do IP para que acusado e interessados leiam e se informem.- Escuta aberta do acusado/familiares e testemunhas apontadas.	<ul style="list-style-type: none">- Escuta aberta com réu, familiares e possíveis interessados.- Oitiva das testemunhas trazidas pelas partes - avaliar a credibilidade da testemunha.- Avaliação das provas técnicas, em especial o local de homicídio e o AEDC, a fim de verificar a compatibilidade com as versões apresentadas.

O objetivo do presente trabalho é avaliar a compatibilidade das diligências defensivas no caso concreto com as necessidades da estratégia defensiva nos autos. Para tanto, foram escolhidos os cinco primeiros casos em que esse protocolo foi aplicado.

2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Caso 1. Proc. nº 16713-07: O acusado foi morar numa quitinete alugada pela vítima, que apareceu um dia assassinada. O acusado foge, o processo é suspenso e sai mandado de prisão preventiva. Alguns anos depois, o réu, parado numa blitz da polícia militar, é capturado. O processo volta a andar. A família procura a Defensoria Pública. Protocolo: 1. Entrevista com o acusado: a Defensoria comparece à unidade prisional; a entrevista começa com a explicação sobre o procedimento no júri; depois são apresentadas as provas produzidas pela acusação; o acusado informa que o vizinho que havida dito que ele era o culpado foi assassinado. 2. Diligências defensivas: oficiar as delegacias do município para verificar se houve instauração do inquérito policial. Conclusão: a morte da testemunha poderia ter como indiciado o acusado pedir as diligências sem conversar com ele, o que seria um risco grande para a estratégia defensiva de negar a autoria.

Caso 2. Proc. nº 7554-25: A acusação versa sobre o mandante do crime de homicídio perpetrado contra possível autor do delito de estupro praticado contra a filha do casal. Os acusados (pai e mãe) teriam ido até a boca de fumo para pedir o julgamento daquele que teria estuprado a menina. A família da menina procura a Defensoria. Protocolo: 1. Entrevista com a família: comparecem na Defensoria a irmã da genitora com a documentação para pedir a prisão domiciliar, tendo em vista ser a acusada mãe de crianças menores de 12 anos e que precisam de seus cuidados; nesse momento, a adolescente que teria sido estuprada é entrevistada pela defensora. Há pedido de que a adolescente seja encaminhada a tratamento psiquiátrico (na investigação, há indícios de que a adolescente teria mentido sobre o estupro); 2. Entrevista com os réus: a Defensoria comparece a ambos os presídios para entrevista aberta com os acusados. Nesse sentido, foi informada de que, diante da acusação do estupro, foram buscar os traficantes uma vez que chamar a polícia colocaria todas as pessoas em risco. 3. Diligências: juntada do relatório de tratamento da adolescente na resposta à acusação; requerimento para oitiva de especialista em política de drogas e facções criminosas no Rio de Janeiro para explicar a forma de funcionamento da “justiça” nessas comunidades. Conclusão: se a Defensoria Pública não tivesse acesso aos autos desde o início, se a adolescente não tivesse sido encaminhada para tratamento, as diligências não teriam sido solicitadas e a versão da acusação seria de que o casal teria contratado o traficante para matar o estuprador.

Caso 3. Proc. nº 924659-81: O réu foi acusado de matar sua esposa. O inquérito policial traz unicamente a confissão do acusado sem a presença do acusado e ainda os testemunhos dos filhos do acusado dando conta de que a vítima era submetida a uma série de violências. O réu está sozinho – sem família, sem amigos! 1. Entrevista com o acusado: a Defensoria comparece à unidade prisional; a entrevista começa com a explicação sobre o procedimento no júri; depois são apresentadas as provas produzidas pela acusação; o acusado informa que a vítima fazia tratamento psiquiátrico e que era muito agressiva com o acusado, o que poderia ser comprovado com a oitiva da vizinha Ana. 2. Diligências defensivas: na resposta à acusação, intimar a testemunha Ana. Em sede de ICD, oficiar os postos de saúde perto da residência do acusado para saber a que tipo de tratamento psiquiátrico a vítima estava submetida. Conclusão: a única possibilidade defensiva após a confissão do réu em delegacia, num processo de Tribunal do Júri, seria redimensionar o relacionamento abusivo, o que foi feito com o testemunho da vizinha que afirmou que ouvia vozes do casal brigando. E, quanto ao tratamento psiquiátrico, em sede de ICD, foram oficiados os postos para averiguar a existência do tratamento antes de pedir que o juiz o faça e correr o risco de uma negativa.

CONCLUSÃO

Seja porque o Estado brasileiro, ao firmar o Pacto San José da Costa Rica, reconhecendo a competência da Corte Interamericana (defesa diligente e eficaz), seja porque nossa Constituição e a jurisprudência do sistema nassim o determinam (defesa deficiente ou ausência de defesa), é obrigação dos representantes da defesa pública exercer seu múnus de modo a promover a melhor defesa possível.

No Tribunal do Júri, a defesa não é ampla, mas é plena, gerando a obrigação reforçada para o profissional de promover a melhor defesa possível! Essa melhor defesa possível guarda estreita relação com a postulação, o manejo e a argumentação da prova, fato que deve servir para sustentar o melhor argumento. Prova e argumentação devem obedecer à estratégia do caso! Para tanto, serve-se a Defensoria da ICD, a fim de produzir ou não prova que seja suficiente para questionar a acusação e ajudar a narrar e persuadir.

REFERÊNCIAS

COSTA, Renata Tavares. LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA NO TRIBUNAL DO JURI: “TEORIA DO CASO”. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/25739/RENATA_TAVARES_DA_COSTA.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva*. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direitos da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação defensiva: Possível renovação da influencia italiana pós “Código Rocco” sobre indagine difensive. In MALAN, D.; MIRZA, F. (Coords.). *Advocacia criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 96-120.

TRIGGIANI, Nicola. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. In Archivo della Nuova Procedura Penale. n. 1, gennaio/febbraio, 2011, pp. 01/13.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA: INCOMPATIBILIDADE À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Daniella Vitagliano^[206]

Ricardo André de Souza^[207]

INTRODUÇÃO

Cena um. Janeiro de 2017. O filme é conhecido. À comoção social segue-se a intervenção policial. Fim da operação policial na localidade conhecida como Cidade Alta, Zona Norte do Rio de Janeiro, o saldo é de 40 homens presos. A todos se atribui o mesmo crime indistintamente: associação armada com o tráfico e porte de artefatos explosivos.

No dia seguinte, mais do mesmo: teríamos 40 audiências de custódia a mais. Atuamos cotidianamente, em cerca de 90% das audiências de custódia, buscando a preservação do direito de liberdade e o uso excepcional da prisão preventiva. A clientela varia pouco. São jovens negros, pobres e de baixíssima escolaridade, submetidos a um procedimento previsto em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. A apresentação aos juízes se dá de modo presencial e individual, como manda o figurino. Dessa vez, no entanto, seria diferente.

A Defensoria Pública fora informalmente comunicada da decisão (política e não escrita) de não apresentar pessoalmente os 40 presos. Alegando motivos de segurança, o Tribunal de Justiça determinou que as audiências se realizariam por videoconferência e que seria necessária nossa presença no Complexo de Gericinó, em Bangu, para fazer a assistência jurídica dos presos.

Diante da decisão assim tomada *a quente* e em nome do clamor público, as opções eram claras: recusar fazer parte da pantomima ou ir para o abate munidos da vã esperança de que a análise individuada dos casos pudesse salvaguardar, ao menos aos primários, o direito de responder ao processo em liberdade.

²⁰⁶ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Coordenadora-Geral de Programas Institucionais da DPRJ. Professora de Direito Penal da EMERJ e da FESUDEPERJ. Mestre em Direito Penal e Criminologia pela UCAM. E-mail: dannyvit@terra.com.br

²⁰⁷ Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Subcoordenador de Defesa Criminal da DPRJ. Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). E-mail: ricardoandrehh@hotmail.com

Lá fomos nós para testemunhar agentes penitenciários embrutecidos pela rotina estranharem tanto nossa presença quanto a excepcionalidade do procedimento. Os custodiados já haviam sido institucionalizados (cabeça raspada, camisa e chinelos brancos, bermudas jeans) antes mesmo da formalização judicial de suas prisões. Cabia a nós a tarefa inglória de explicar a cada um o que estava acontecendo e o que estaria por vir.

A segurança local em trajes militarizados empunhava armamento de guerra. Preservados da hostilidade do ambiente, juízes e promotores do outro lado da tela aguardavam o início de mais um imperturbável dia de trabalho. A Defensoria Pública patrocinava 36 dos 40 presos.

Apesar dos protestos defensivos, a audiência seria mesmo realizada por videoconferência e, pior, de forma conjunta, desrespeitando-se o direito de cada um à sua audiência individual. Com isso, os presos que estavam recolhidos a uma unidade de segurança máxima eram trazidos algemados uns aos outros em correntes com até 26 homens rumo ao abate coletivo. No caminho, a desumanização constante. Ordens dadas aos berros. No Complexo, salas especialmente construídas para a realização das videoconferências eram mantidas artificialmente geladas. Contrastando com o verão carioca, a carne mais barata do mercado tremia. Estábamos ali para desligar o ar-condicionado...

Apesar do profundo desconforto e da indignação por fazer parte daquela peça de ficção, os defensores públicos fomos os únicos a dar voz aos demonizados sociais. Agentes penitenciários e policiais, juízes e promotores, cada um pôde exercer seu quinhão de violência simbólica contra os custodiados. A violência culmina com a homogênea decisão para todos, planificando diferentes circunstâncias fáticas e pessoais para fixar no cárcere cada um dos 40 presos.

Contemplada expressamente nos fundamentos da decisão, a “sociedade de bem” respira aliviada. As instâncias de segurança pudermos vociferar sua usual truculência verbal. O Judiciário moveu e permitiu a suspensão da legalidade sob o amparo da excepcionalidade que a tudo arrasta. Os custodiados entenderam que são os inimigos.

Corta para a cena dois. Abril de 2018. Uma operação capitaneada pela Polícia Civil invade uma conhecida casa de festas no Bairro de Santa Cruz, Zona Oeste do Rio de Janeiro. Na oportunidade, um pagode com grupos conhecidos do público era interrompido a tiros. O saldo foi de 40 mortos e 160 pessoas presas em flagrante sob a acusação de integrarem uma milícia. Todos homens. Mulheres, consideradas prostitutas nos documentos oficiais, foram liberadas pela polícia.

Dessa vez, a decisão de realizar a audiência de custódia por videoconferência foi fundamentada. Nossa impugnação deu em nada. E mais uma vez estivemos lá para fazer a defesa de cerca de 30 custodiados. O perfil, nesse caso, porém, era diferente, mais diversificado.

O espanto foi geral: motoristas de ônibus, garis, comerciários, estudantes, um professor universitário e até um artista circense estavam entre os acusados de pertencerem à milícia e serem portadores de armas de fogo, incluindo pistolas e fuzis. A audiência varou a madrugada e, ao final, uma única decisão genericamente fundamentada manteve a prisão indiscriminada de todos os presos.

O caso ganhou ampla repercussão midiática e cerca de um mês depois quase todos os presos na chamada Operação Medusa foram postos em liberdade.

Quanto aos defensores públicos, no entanto, vivificamos mais uma vez a experiência angustiante de quase ver derramar sobre nós o caldo da estigmatização que recaiu sobre os capturados pela malha criminal. A Defensoria Pública continua a defendê-los – tanto os presos na Cidade Alta quanto os presos no pagode em Santa Cruz –, agora, na perspectiva processual, porque, até aqui, só pudemos fazer o mínimo que uma instituição que tem entre suas atribuições a promoção dos direitos humanos poderia fazer: estar ao lado dos destinatários de nossos serviços num momento de vulnerabilidade. É pouco, mas não se pode dizer que não fizemos nada.

1. AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA SOB O ASPECTO NORMATIVO

Afastada a comoção inevitável de todo esse procedimento medieval, faltando apenas uma arena para que os apresentados fossem atirados aos leões, urge analisar a situação sob a baliza da normatividade. Diz-se que à pessoa que enfrenta procedimento, judicial ou não, é garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório, o que significa que o art. 5º, LV, da Lei Maior deve ser respeitado sob pena de fulminante nulidade. Já que citamos a Constituição, é de se mencionar que a Carta não é o único instrumento normativo de que dispomos como arma para afastar as ilegalidades: nos termos de seu art. 5º, § 2º, os direitos e garantias ali expressos não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Isso significa dizer que, uma vez tenha o Brasil ratificado acordos internacionais, obriga-se aos seus termos, devendo dar-lhes cumprimento.

Sob essa perspectiva, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil no já longínquo ano de 1992, traz em seu preâmbulo a reafirmação do propósito de consolidar no continente americano, “dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos essenciais do homem”, reconhecendo que tais direitos não derivam da nacionalidade, e sim de sua condição humana, justificando uma proteção internacional, de natureza convencional, “coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno” de cada Estado aderente ao tratado em questão. Em tempos em que o óbvio se esconde, na fala de Lenio Streck, é preciso sublinhá-lo: os Estados convinentes assumem o compromisso de respeitar os direitos e liberdades estabelecidos no acordo que livremente subscreveram, estando expressamente previsto no art. 7º, que cuida do direito à liberdade pessoal, o seguinte:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (Grifamos)

O art. 8º, que trata das garantias judiciais, por sua vez, estabelece o seguinte:

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:

[...] 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; [...] (Grifamos)

Dispõe ainda o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, em seu art. 9º, item 3, o seguinte:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

Temos, assim, três instrumentos normativos que amparam a presença da pessoa contra quem se instaura um procedimento de natureza criminal a todos os seus atos: o maior deles, que é a Constituição da República, e dois tratados internacionais, o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas. Os dispositivos convencionais mencionados retiram a eficácia de qualquer lei ordinária que com eles conflitem em razão do caráter *supralegal* dos tratados de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico, o que ficou assentado no julgamento pelo Pleno do STF do Recurso Extraordinário nº 349.703.^[208]

Internamente, temos ainda a Resolução nº 213, de 15.12.2015, do Conselho Nacional de Justiça, que “dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas”. Publicada sob a gestão do então presidente Ricardo Lewandowski, Ministro do Supremo Tribunal Federal, o documento assim dispõe, após os considerandos:

Art. 1º Determinar que **toda pessoa presa em flagrante delito**, independentemente da motivação ou natureza do ato, **seja obrigatoriamente apresentada**, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

§1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, **não supre a apresentação pessoal determinada no caput**. [...]

§4º Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de **ser apresentada ao juiz no prazo do caput**, **deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação**. [...]

Art. 4º A audiência de custódia será realizada **na presença** do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante. [...]

²⁰⁸ Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 5.6.2009.

Art. 6º. Antes da **apresentação da pessoa presa ao juiz**, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público ...

Art. 7º. A **apresentação da pessoa presa** em flagrante delito à autoridade judicial competente será obrigatoriamente precedida de cadastro no Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC).

Art. 8º. Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: [...]

X – **averiguar**, por perguntas e **visualmente**, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão de liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar. [...]

Art. 13. A **apresentação à autoridade judicial** no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente **apresentada** à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local.

Art. 15. [...]

Parágrafo único. No mesmo prazo será assegurado, às pessoas presas em flagrante antes da implantação da audiência de custódia que não tenham sido apresentadas em outra audiência no curso do processo de conhecimento, a **apresentação à autoridade judicial**, nos termos desta Resolução. (Grifamos)

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347,^[209] que trata da violação dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas no Brasil, postula o

²⁰⁹ Ajuizada pelo PSOL em junho de 2015, postulando o reconhecimento da violação dos direitos fundamentais das pessoas presas no país e a adoção de medidas que minimizem o estado de calamidade das penitenciárias brasileiras, como, por exemplo, a adoção das audiências de custódia.

reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, bem como o deferimento de várias medidas cautelares para minimizar o caos que vive a execução penal. Entre as oito medidas constantes da ADPF, está o cumprimento dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, para que seja realizada no prazo máximo de 90 dias a audiência de custódia do preso cautelar, a fim de que seja o mesmo apresentado à autoridade judicial no prazo de 24 horas de sua detenção.

Todos os ministros que participaram do julgamento reconheceram expressamente o citado “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário, tendo sido deferidas duas cautelares: o pedido de realização das audiências de custódia e a referente ao Fundo Penitenciário Nacional (liberação do saldo acumulado para sua utilização no fim para o qual foi criado, vetando novas inexecuções ou o retardamento das despesas previstas na lei orçamentária).

Como já disposto, a previsão de realização de audiências de custódia existe em nosso ordenamento jurídico desde 1992, em função da ratificação, pelo Brasil, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Muito embora date de mais de 25 anos, só foi positivada internamente em 2015, por meio da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (que, em verdade, é a celebração de um termo de compromisso com os Estados), o que, no entanto, ainda não foi capaz de garantir a sua realização da forma desejada.

Importante instrumento para evitar o abuso da utilização da prisão preventiva, que muitas vezes termina sendo uma execução antecipada da pena, a audiência de custódia visa verificar as condições da pessoa detida imediatamente após a sua prisão, a fim de assegurar que eventuais arbitrariedades cometidas não permaneçam ocultas, bem como a necessidade da manutenção da custódia, especialmente diante da superlotação carcerária e das indignas condições das prisões brasileiras, não sendo demais lembrar que a prisão é medida extrema, aplicável somente em hipóteses de absoluta necessidade (art. 5º, LXV, da Carta Magna).

Sendo um dos objetivos primordiais da audiência de custódia a verificação das condições em que se deu a prisão dos indivíduos, especialmente quanto à ocorrência de tortura, é oportuno mencionar a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, adotada pela Resolução nº 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1984, bem como o Protocolo Facultativo à citada Convenção, que estabelece um sistema de visitas regulares realizadas por órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares onde pessoas são privadas de sua liberdade com a intenção de prevenir a tortura e outros tratamentos degradantes ou desumanos.

O Ministro Luiz Fux, ao proferir seu voto no julgamento da ADI nº 5240, trouxe à colação uma norma ainda em vigor, mas de praticamente nenhuma empregabilidade, em nosso ordenamento jurídico: é o art. 656 do Código de Processo Penal, segundo o qual “recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”, exatamente para que o magistrado tenha ciência das condições em que o detido se encontra, bem como as razões pelas quais foi preso. Não há outro dispositivo mais significativo do que esse quanto ao teor da ação em comento, cuja tradução literal é “tomar o corpo”, para os objetivos acima citados. Prossegue o ministro em seu voto quanto ao provimento do Tribunal de São Paulo que determinava a realização de audiência de custódia:

Não há, aqui, qualquer inovação na ordem jurídica. A apresentação da pessoa detida é determinada diretamente pelo artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e, ainda, pelos artigos 656 e 657 do CPP, assinalando-se que estas normas processuais tiveram a sua eficácia paralisada naquilo que contrariam a norma convencional – especificamente as expressões “se julgar necessário” e “em dia e hora que designar”. Assim, a apresentação do preso vem fundada na ordem legal e convencional, que a todos vincula, inclusive a Autoridade Policial.

Verifica-se, assim, que os diversos diplomas legais que preveem a audiência de custódia, nacionais e convencionais, trazem disposições expressas a respeito da necessidade da *efetiva presença da pessoa detida*, especialmente em razão da necessidade de analisar, *icto oculi*, o estado em que ela se encontra após a intervenção estatal que retirou o seu direito à liberdade.

2. VIDEOCONFERÊNCIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ESTRANHA NO NINHO

É fato que ainda não há lei federal a regulamentar a realização das audiências de custódia, o que seria salutar, ainda que se depreenda a sua obrigatoriedade do arcabouço convencional já destacado, mas, pelo que se infere do arcabouço normativo explanado no tópico anterior, é despicienda em razão da ratificação pelo Brasil dos tratados de direitos humanos mencionados.

No entanto, encontra-se em tramitação no Congresso o Projeto de Lei nº 554/2011, que altera o § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, de autoria do senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE), para que passe a ter a seguinte redação:

Art. 306. [...]

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Grifamos)

O senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP) apresentou uma das emendas existentes, que propõe a realização da citada audiência por videoconferência – não sendo esta a primeira vez que se discute, em âmbito legislativo, a inserção desse recurso no âmbito do processo criminal. Diversas são as justificativas para essa agressão ao direito à ampla defesa e à própria essência da audiência de custódia, mas as principais repetem a cantilena da segurança dos envolvidos, o risco de fuga e o custo dos deslocamentos, como se o peso da ineficiência do Estado pudesse recair sobre os ombros de quem está no polo passivo da persecução criminal.

Especificamente no estado do Rio de Janeiro, o argumento da segurança se mostra ainda mais falacioso na medida em que, com a interiorização, as audiências acontecem em três polos (capital, Volta Redonda e Campos dos Goytacazes) situados no interior de ambientes penitenciários.

Seja como for, o Projeto de Lei nº 679/2007 dá mais um passo na direção de esvaziar a *ratio essendi* das audiências de custódia: a iniciativa resultou na edição da Lei nº 11.900/2009, que alterou a redação do art. 185 do Código de Ritos para permitir a videoconferência nas hipóteses elencadas no seu § 5º – que, no entanto, são excepcionais e, portanto, taxativas.

A partir dessa inovação legislativa e das diversas construções doutrinárias e jurisprudenciais, sempre hábeis a vilipendiar direitos dos acusados (especialmente os pobres), passou-se a fazer audiências de custódia por videoconferência no país. A sexta edição do Fórum Nacional dos Juízes Federais Criminais, promovido pela Associação dos Juízes Federais do Brasil, em 2017, trouxe a proposta, oriunda de um dos grupos de trabalho, da permissão da videoconferência para audiências de custódia. Um juiz do estado da Bahia levou ao Prêmio Innovare (!) a utilização dessa ferramenta com a seguinte justificativa:^[210]

²¹⁰ Disponível em: <<https://premioinnovare.com.br/praticas/1911>>. Acesso em: 22 out. 2018.

Uma Comarca sem defensor público, sem Promotor de Justiça titular e a necessidade de realizar Audiência de Custódia, em cumprimento à Resolução n. 213/2015 do CNJ. A solução encontrada foi a utilização da tecnologia, através do sistema de videoconferência do CNJ, aproximou-se Defensor Público (que se encontrava em Salvador, a quase 900 km de distância) e o ato pode ser concretizado. A ideia é ampliar o projeto das Audiências de Custódia para as hipóteses de substituição legal do magistrado.

Luiz Henrique Silva Almeida (2017) traz a seguinte notícia de mais uma situação que desafia o conhecido “jeitinho brasileiro” para adaptar novas disposições que garantam direitos a um sistema endurecido e impermeável a garantias, em nome da permanência indesejável do padrão rotineiro de violações:

Realizou no domingo (28) uma audiência de custódia por meio de videoconferência, no aplicativo WhatsApp. Em esquema de plantão no fim de semana, o magistrado era o responsável pela região judiciária que engloba Silvânia, cidade na qual um homem foi detido por tráfico de drogas e associação. Sem agentes prisionais suficientes para fazerem a escolta do preso à comarca sede, o magistrado considerou válida a tecnologia para atender à exigência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de promover a oitiva em no máximo 24 horas após o flagrante. (ALMEIDA, 2017)

Como dizem os mais antigos, de boas intenções, o inferno está cheio. Desejos de economizar o dinheiro do Estado com deslocamentos – ou até mesmo, quem sabe, contribuir para o bem-estar dos presos, já que de fato deve ser desagradável passear na caçamba de viaturas do sistema de Justiça –, juízes inovam e ampliam o alcance da norma. Apesar de tais intenções, estão profundamente equivocados, pois ferem preceito constitucional e normas convencionais inarredáveis que tratam de direito fundamental dos que figuram no polo passivo de procedimentos de natureza criminal: a ampla defesa, não sendo demais lembrar o que dispõe o art. 8.2. da CADH: a interpretação de direitos deve ser sempre *pro homine*, ou seja, de forma a maximizar garantias, e nunca em sentido contrário, como rotineiramente vemos acontecer nos processos criminais que relativizam gritantes ilegalidades e arbitrariedades em nome de preocupações outras, como as acima citadas.

3. QUAL É A RATIO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA?

Pela simples leitura dos dispositivos pertinentes, percebe-se sem dificuldades que seu objetivo é verificar a legalidade da prisão efetivada e a necessidade de sua manutenção. Há motivos estruturais suficientes para a consolidação da apresentação dos presos aos juízes. Seja porque o histórico de violência e tortura que geralmente acompanha as detenções no Brasil seja uma realidade perceptível no sistema de justiça criminal; seja porque se tem constatado igualmente um manifesto abuso na decretação de prisões provisórias (temporárias e preventivas) – o que se convencionou chamar de “cultura do encarceramento”. Em síntese, quanto mais encarceramento, mais violência.

Os dados quanto à ocorrência de agressões e tortura no momento da prisão são alarmantes: de acordo com o relatório do segundo ano das audiências de custódia no Rio de Janeiro,^[211] obtido durante pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro por meio de sua Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça, de 6.374 pessoas, 2.107 afirmam ter sofrido agressões (35,9% dos custodiados) e, ao serem perguntados se poderiam identificar o agressor, 1.916 responderam afirmativamente, mencionando a polícia (civil e militar), a guarda municipal, a segurança privada, populares, milícia, polícia do Exército, agentes penitenciários, traficantes e a Operação Segurança Presente como os perpetradores das agressões.

A título de curiosidade (ou de confirmação do que já se sabe), o agressor mais apontado é o policial militar (62,5% dos casos – índice que sobe para 67,1% das indicações quando considerada a polícia em conjunto com outros agressores) – ou seja, de 1.916 casos, 1.198 teriam sido provenientes desses agentes da segurança pública. Ainda segundo a pesquisa em apreço, em 9% dos casos, os indivíduos detidos afirmaram ter sido vítimas de tortura. Do total de 426 pessoas que responderam afirmativamente, 390 disseram que, igualmente, foram vítimas de agressão.

Ora, se inúmeros relatórios além dos acima citados (como o do Subcomitê de Prevenção da Tortura das Nações Unidas, por exemplo) apontam incontáveis casos de agressões e torturas a partir do momento em que a pessoa ingressa no sistema prisional, não sendo à toa as disposições convencionais existentes a respeito, parece evidente que se torna indispensável a *presença* do custodiado

²¹¹ Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/c2f0263c194e4f67a218c75cfc9cf67e.pdf>>. A proposta do relatório em questão é analisar o perfil dos réus que passaram por audiências de custódia entre 19 de setembro de 2016 e 15 de setembro de 2017, sendo estas as informações mais recentes a partir da participação da Defensoria Pública do Rio de Janeiro nas citadas audiências.

na audiência, sob pena de não se poderem verificar elementos indispensáveis à caracterização da ilegalidade da prisão. Ainda para que se garanta o princípio da ampla defesa, há de se proporcionar o contato com a defesa, que terá elementos para caracterizar se houve flagrância, se a prisão é necessária, se é legal, se houve agressão ou tortura e indicar a fundamentação necessária ao pleito de liberdade do custodiado. Dyrceu Aguiar Cintra Jr. (2005, p. 99) afirma que a utilização do recurso da videoconferência “impossibilita perfeita percepção da personalidade do réu, quer para fins de concessão de liberdade provisória, quer para a atividade futura de individualização da pena, se for o caso de condenação.

Há muito notamos o perigo da aniquilação da humanidade que resta em nós quando da realização de audiências criminais e outros atos que devam ser praticados no âmbito do sistema de justiça criminal. Prisões concluídas com violência são banalizadas, muitas vezes aplaudidas por populares (e até por atores desse mesmo sistema); audiências acontecem sem que sequer se olhe nos olhos de quem ocupa o lugar do acusado (do indesejável, do marginalizado, do “outro”); atos processuais são automatizados, com a aplicação massiva dos comandos CTRL/SHIFT/DEL. Divide-se o conhecimento jurídico em arquivos com nomes como “tráfico simples”, “roubo majorado – arma”, “tráfico privilegiado”, “furto simples” e outros similares, em que o trabalho que se tem depois de elaborá-los é, unicamente, o de trocar os nomes dos indivíduos, sem nenhum traço de empatia.

E a tecnologia que até aqui já serviu para afastar os juízes e promotores dos réus (e de seus defensores) tem, com essa nova possibilidade, um novo caminho para afastá-los ainda mais. A título de exemplificação, trazemos excerto do acórdão proferido nos autos do *Habeas Corpus* nº 0029808-21.2018.8.19.0000, fundamentado na teratologia de decisão de que, valendo-se de modelo genérico, determinou que a realização da audiência de custódia *de um único custodiado* acontecesse por videoconferência, por entender a juíza que conduzia o feito que “é extremamente necessária ante a complexidade do procedimento que envolve grande número de presos”, solapando direito certo do custodiado de estar presente ao ato.

Foi utilizada como modelo a mesmíssima decisão que determinara a videoconferência dos presos no pagode em Santa Cruz. Por tal razão, pugnou-se pela concessão da ordem para que se materializasse a correspondente efetivação da audiência de custódia, isto é, ou com magistrado comparecendo onde o implicado estava detido, ou se determinando a apresentação deste àquele.

No feito mencionado, destacam as razões da concessão da ordem, no que concerne ao tema sobre o qual discorremos:

Emerge a completa ausência de demonstração material das causas que justificariam a adoção da custódia cautelar, o que não se perfaz a partir do sentimento coletivo de insegurança, ou com a mera possibilidade de recalcitrância criminosa por parte do implicado, nem do simples juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito a ele imputado ou sobre seus daninhos reflexos sociais. Mas mesmo que assim não fosse, razão assiste ao Impetrante, porém numa extensão bem maior do que aquela por ele suscitada no writ. Nesse sentido, inexiste sentido ou validade em uma Audiência de Custódia que se realize por videoconferência, já que a sua ontológica razão de existir no ordenamento supralegal – enquanto norma a que se atribui hierarquia equivalente a de uma comando constitucional, porquanto derivada de convenções internacionais das quais o Brasil é signatário e já tendo sido formal e regularmente entronizada no cenário nacional próprio – é precisamente garantir que neste mínimo prazo possível após a flagrancial seja o convidado levado à presença de um Magistrado, ou, quando isto excepcionalmente não se fizer possível, que este venha a pessoalmente comparecer até onde aquele se encontra custodiado, cumprindo-se as imperativas e cogentes regulações contidas no caput e no §4º, do art. 1º, da Resolução n. 213 do CNJ. Outrossim e como foi muito bem detectado pelo Impetrante, inadmite-se a incidência à Audiência de Custódia, ainda que por analogia, das extraordinárias disposições contidas no inc. n. I, do §2º, do art. 185 do CPP e afetas ao interrogatório, por força da normatividade mencionada algumas linhas acima deste mesmo texto, ainda mais quando se pretendeu calcar isto em nova e diversa manifestação genérica, concernente à pretensamente efetiva necessidade de se adotar tal anômalo procedimento (documento 11/12, do anexo).

Como se não bastasse o crescente movimento de separação do juiz do jurisdicionado, com a utilização de variados malabarismos jurídicos para tanto, o acórdão em questão é quase um tapa na face, pedindo vénia para o uso de expressão coloquial – mas nenhuma outra melhor se adequa ao que se lerá em seguida:

Mas não é só, pois além de se constatar a superveniência, concessa maxima vénia, da equivocada Decisão denegatória de liminar em habeas corpus, em face do presente pleito mandamental, na qual se atribuiu a condição de mero erro material ao indisfarçavelmente consciente e convicto error in procedendo proferido, de modo a tentar justificar o que é verdadeiramente injustificável [...], ainda foi possível de se estabelecer, a partir de

consulta ao acompanhamento processual disponível no Sistema Informatizado deste Pretório, relativo ao processo de origem e vinculada à Decisão proferida no dia 06.06.2018, que não só o ato efetivamente culminou por se concretizar mediante a utilização de mecanismo de videoconferência, como a teratologia não se limitou a tudo o que já se viu antes, pois ainda alcançou particular incidente que ali teve lugar e consistente na determinação para que **“este juízo determinou que não fosse liberada a IMAGEM DA MAGISTRADA para a sala de videoconferência onde se encontrava o preso no complexo de Gericinó, SENDO LIBERADO PARA O PRESO SOMENTE O ÁUDIO DA AUDIÊNCIA, a fim de resguardar e GARANTIR A SEGURANÇA DESTA JUÍZA QUE SE COLOCARIA EM GRANDE RISCO COM A DIVULGAÇÃO DE SUA IMAGEM POR TRABALHAR EM LOCALIDADE BASTANTE VULNERÁVEL, ADENTRANDO E SAINDO DO PRESÍDIO JOSÉ FREDERICO MARCAS (SIC) DIARIAMENTE”**, na exata medida em que nenhum Magistrado é compulsoriamente obrigado a atuar na esfera criminal, nem, muito menos, compelido a realizar e a presidir Audiências de Custódia, mas se vem a se dispor a fazê-lo, por voluntária inscrição para tanto, certo é que então não se poderá, de forma alguma, admitir como legítima, regular e justificável, uma iniciativa desta natureza, **precisamente num ato que se distingue pelo contato direto, pessoal e visual, do Magistrado com o conduzido**, reciprocamente considerados, de modo que isto apenas veio a “coroar”, por extremo realce, a consequente invalidade e ineficácia, emprestadas ao ato pela direta e imprópria atuação judicial manifestada, em momento no qual veio a ser equivocadamente mantida, agora por outros fundamentos, uma prisão manifestamente ilegal, como já se viu acima. (Grifamos)

Muito embora possa a decisão acima causar espanto a quem não milite na seara criminal, infelizmente, magistrados têm justificado o afastamento de garantias inarredáveis do processo penal sob argumentos genéricos. Também infelizmente, não são costumeiras as decisões que as rechaçam, como a que apontamos acima, pois é preciso coragem para ser um garantidor de direitos nos dias atuais, predicado que nem todos os atores do sistema de Justiça – seja para postular, seja para deferir – têm. É cristalino e deflui da leitura dos dispositivos já mencionados nos tópicos anteriores que não são admissíveis os argumentos rotineiramente utilizados por juízes para determinar a realização da audiência de custódia por videoconferência, no sentido de serem elevados os gastos para o deslocamento dos presos, com combustível, carros e escolta,

afetando a já deficitária segurança pública. Ocorre que tais gastos são ínsitos à persecução penal, e o risco envolvido é decorrência natural do envolvimento de pessoas privadas de sua liberdade, que devem necessariamente permanecer sob a custódia do Estado, com a garantia da manutenção de todos os seus direitos que não forem afetados pela prisão.

4. A IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA À LUZ DOS JULGADOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Ao perscrutar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não é possível encontrar nenhum julgado que aborde especificamente a questão da videoconferência em audiência de custódia, dado que o recurso tecnológico em questão vem sendo utilizado há pouco tempo em um ato processual igualmente recente. No entanto, há casos em que se verifica, sem dificuldades, a inafastabilidade da presença daquele que é detido perante a autoridade judicial, coroando os argumentos expendidos nos tópicos anteriores. Repita-se, pela importância, que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é, nos termos da Resolução nº 213/2015 do CNJ,

[...] o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no artigo 5.2 da Convenção Americana de DH e no artigo 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradeantes.

Vejamos, assim, os excertos que guardam relação com o tema.

4.1 Caso Lopes Alvarez vs. Honduras

O caso em questão^[212] se refere ao Sr. Alfredo López Álvarez, em sentença datada de 1º.2.2006, segundo o qual o Sr. Alfredo teria sido apreendido por policiais em abril de 1997 na posse de dois pacotes com substância branca em seu interior. Levado ao setor de investigação criminal, foi-lhe exigido que tirasse a roupa, a fim de que fosse feita uma inspeção corporal. Ele não foi informado, no momento da sua detenção, de seus direitos, nem lhe foi informado o motivo pelo qual sua liberdade estava sendo tolhida. Inúmeras foram as agressões a direitos seus enquanto permaneceu detido, por exemplo, permanecer com

²¹² Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Capítulo 1.

al gemas apertadas, o que lhe provocou sangramento e inflamação nos punhos; foi coagido a declarar-se culpado dos fatos que lhe imputavam; não recebeu atendimento médico. Em novembro de 2000, López Álvarez foi condenado a uma pena de 15 anos, tendo a Corte de Apelações declarado nulo o processo em maio de 2001 pela existência de irregularidades processuais na obtenção de elementos probatórios. Em janeiro de 2003, foi proferida decisão absolutória, por não se ter a certeza de que a amostra enviada ao laboratório toxicológico que resultou positiva fosse efetivamente extraída da porção de pó branco apreendida com o acusado. O Ministério Público, no entanto, recorreu da sentença absolutória, que, no entanto, foi confirmada. López Álvarez permaneceu privado de sua liberdade por seis anos e quatro meses, em condições insalubres, como superpopulação carcerária e falta de higiene adequada. Após o processamento do caso, a Corte reconheceu que o direito à liberdade pessoal de López Álvarez foi violado, observando que ele não foi tratado com o devido respeito, especialmente no que tange à dignidade da pessoa humana, tendo o Estado sido negligente com seu dever de respeitar e garantir os direitos das pessoas privadas de liberdade, assentando, assim, violação aos arts. 5.1, 5.2 e 5.4 da CADH. Reconheceu a Corte também a violação à garantia do prazo razoável por responsabilidade exclusiva das autoridades judiciais, resultando nulidades com implicação direta na tramitação do processo.

No caso em questão, não foi reconhecida propriamente a violação ao art. 7º, item 5, da CADH, mas na sentença é expressamente mencionado o direito da pessoa detida de ser levada imediatamente a um juiz. Em suma, ficou demonstrado que, em 28 de abril de 1997, o Ministério Público pôs o Sr. López Álvarez à disposição do Juizado de Letras Seccional de Tela, e que, em 29 de abril de 1997, a suposta vítima prestou declaração preliminar perante a juíza do mencionado juizado, conforme aparece na respectiva ata (par. 54.17 supra), na qual constam as assinaturas da juíza Reina Isabel Najera, da secretaria do juizado, Sra. Adela E. Mejía Murillo e do Sr. Alfredo López Álvarez, sem que exista prova suficiente que desvirtue a existência ou autenticidade da assinatura da juíza ou a ausência desta na diligência judicial. Os trechos da sentença que interessam à demonstração da imprescindibilidade de se levar a pessoa detida à presença da autoridade judicial são os seguintes, no que tange tanto à presença física quanto à questão do prazo para tal apresentação:

87. Em conformidade com o artigo 7.5 da Convenção e com os princípios de controle judicial e imediação processual, a pessoa detida ou retida deve ser levada, sem demora, perante um juiz ou autoridade judicial competente. Isso é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e de outros direitos, como a vida e a integridade pessoal. **O simples conhecimento judicial de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia; o detido deve comparecer pessoalmente e prestar declaração perante o juiz ou autoridade competente.**

89. No presente caso, a Comissão e os representantes alegaram que o senhor López Álvarez não foi levado perante um juiz competente. A suposta vítima manifestou, durante a audiência pública realizada na Corte, que prestou sua declaração preliminar perante a secretaria do Juizado de Letras Seccional de Tela, a quem conhecia, e acrescentou que em nenhum momento, ao longo do processo, foi apresentado perante um juiz (par. 40.1.b supra).

29. Os fatos examinados na Sentença que agora comento representam transgressões ao prazo razoável da detenção (que se referem ao artigo 7.5) e no desenvolvimento do processo (que se referem ao artigo 8.1). Em relação a este último assunto, a Corte trouxe à tona, uma vez mais, a opinião que acolheu há tempo, tomada da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, para o exame sobre a razoabilidade do prazo --complexidade do assunto, atividade processual do interessado e conduta das autoridades judiciais--, sem perder de vista que não é possível desconhecer as particularidades que cada caso pode oferecer nem determinar “calendários” peremptórios para a solução universal de todos. Talvez fosse possível e aconselhável explorar um quarto elemento, como indico abaixo, a partir da violação atual que o procedimento representa para os direitos e deveres –ou seja, a situação jurídica-- do indivíduo. Também argui o Tribunal o dies a quo do prazo razoável em função do ato a partir do qual se deve apreciar o período transcorrido, que não é propriamente um prazo, porque este supõe ordinariamente a determinação de um tempo certo e/ou a fixação de períodos --com ponto de partida e ponto de chegada-- para a realização de determinada diligência ou a mudança de uma situação.

4.2 Caso Cabrera García vs. México

No caso em questão, o Estado mexicano foi internacionalmente responsabilizado, em sentença do dia 26 de novembro de 2010 por não ter cumprido seu dever de adotar disposições de direito interno no que tange ao direito à liberdade, à integridade física, às garantias judiciais e à proteção judicial de Teodoro Cabrera García e Rodolfo Montiel Flores.

No dia 2 de maio de 1999, Montiel Flores e Cabrera García se encontravam na comunidade de Pizotla, quando, por volta das nove e meia da manhã, 40 membros do 40º Batalhão de Infantaria do exército mexicano entraram na comunidade em uma operação. Cabrera e Montiel se esconderam durante horas entre arbustos e rochas, quando foram apreendidos, por volta das 16h30 do mesmo dia. Os dois senhores foram denunciados pelo suposto delito de porte de armas de fogo de uso exclusivo das forças armadas e condenados.

No que tange à liberdade pessoal dos acusados, contrariamente ao que prevê a jurisprudência da Corte, eles foram apresentados a um juiz somente cinco dias depois da detenção. A Corte afirma que, em zonas de grande presença militar, onde os membros da instituição militar assumem controle da segurança interna, o encaminhamento deve ser feito sem demora à autoridade judicial com o fim de minimizar qualquer tipo de violação. Nesse caso, a Corte declarou expressa violação do preceito contido no art. 7.5 da Convenção, *in verbis*:

En cuanto a la libertad personal, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal, la Corte reiteró “que los señores Cabrera y Montiel debieron ser llevados ante el juez lo más pronto posible y, en este caso, ello no ocurrió sino hasta casi 5 días después de su detención”. Al respecto, la Corte reiteró que en zonas de alta presencia militar, donde los miembros de la institución militar asumen control de la seguridad interna, la remisión sin demora ante las autoridades judiciales cobra mayor importancia con el fin de minimizar cualquier tipo de riesgo de violación a los derechos de la persona. En consecuencia, la Corte declaró la violación del artículo 7.5 de la Convención Americana. Además, consideró que dada la falta de remisión sin demora ante la autoridad competente, la detención se transformó en arbitraría en esos primeros días, lo cual violó el artículo 7.3 de la Convención Americana. También en dicho capítulo, la Corte concluyó que “en el expediente no consta que al efectuar la detención se haya informado a las víctimas sobre las razones en las que se fundamentó su detención”, razón por la cual se vulneró el artículo 7.4 de la Convención Americana.

CONCLUSÃO

O tímido porém inegável avanço gerado pela implementação das audiências de custódia no Brasil a partir do ano de 2015 demanda ainda sua plena incorporação no cotidiano da jurisdição criminal.

No estado do Rio de Janeiro, a despeito dos percalços – dentre os quais a utilização indevida da videoconferência (quase sempre acompanhada de uma análise perfuntória e generalizada dos casos que envolvem prisões coletivas) –, o paulatino esforço interinstitucional tem levado à consolidação da prática, caminhando na direção de sua interiorização (desde o final de 2017 todos os presos em flagrante do estado são apresentados à autoridade judicial) e, mais recentemente, de sua realização também aos finais de semana (desde meados do mês de setembro, a Central de Custódia da Capital tem funcionado nos fins de semana e feriados), pendendo a interiorização de tal rotina no interior do estado.

É preciso, contudo, ir adiante. Os presos por mandado (de prisão temporária ou preventiva) também devem ser apresentados à autoridade judicial como são os presos em flagrante, sendo certo que o feixe normativo que estabelece a realização das audiências de custódia não exclui esse tipo de prisão da garantia que pretendem materializar e que apenas os presos do colarinho branco têm tido tal privilégio.

Enquanto houver distinção entre presos privilegiados e presos anônimos, e enquanto houver prisões sem que os presos sejam apresentados à autoridade judicial, a sociedade perde como um todo. Uma garantia processual, mormente no plano criminal, deve ser observada a todas e a todos, indiscriminadamente, a fim de que se possa dizer – espera-se, num futuro próximo – que as audiências de custódia, são, enfim, em sua plenitude e extensão, uma realidade em todo o território nacional.

Nesse contexto, sem nenhuma sombra de dúvida, a realização do ato por videoconferência é um evidente obstáculo à consolidação da prática no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Henrique Silva. *As audiências de custódia por videoconferência e o jeitinho brasileiro*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/31/as-audiencias-de-custodia-e-o-jeitinho-brasileiro/>>. Acesso em: 19 set. 2018.

CINTRA Jr., Dyrceu Aguiar. Interrogatório por Videoconferência e Devido Processo Legal. *Revista de Direito e Política*, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP), v. 5, abril/junho de 2005.

DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, CAPÍTULO 1.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. *Caso Lopes Alvarez vs. Honduras*.

_____. *Caso Cabrera Garcia vs. México*.



SEÇÃO 04

TORTURA

IMPORTÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE INVESTIGAR OS RELATOS DE TORTURA POR AGENTES POLICIAIS NAS PRISÕES EM FLAGRANTE

Michele de Menezes Leite^[213]

Às vésperas de completar 30 anos, a Constituição Federal pode comemorar diversos avanços democráticos. A começar pela sua longevidade, vez que se trata do segundo documento constitucional com maior tempo de permanência na história republicana. Por outro lado, não se pode negar que alguns aspectos da sociedade brasileira ainda assustam pelas mazelas seculares que remetem às épocas autoritárias da nossa história.

Desde 1992, com os Decretos nº 592 e 678, que internalizaram, respectivamente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Brasil ostenta em seu ordenamento jurídico interno normas expressas que determinam a apresentação sem demora da pessoa presa à autoridade judicial ou outra autoridade que exerça funções judiciais.

Como já decidido pela Corte Interamericana de Direito Humanos, uma norma consuetudinária universalmente aceita prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas.^[214] A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições da Convenção para garantir os direitos nela consagrados.^[215] Esse dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno devem ser efetivas (princípio do *effet utile*). Isso significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o art. 2º da Convenção.^[216]

²¹³ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: micheledmleite@yahoo.com.br

²¹⁴ Cf. Caso Bulacio, § 140, nota 56 supra; Caso “Cinco Aposentados”, par. 164, nota 55 supra; e Caso Cantos, § 59, nota 59 supra.

²¹⁵ Cf. Caso Bulacio, par. 142, nota 56 supra; Caso “Cinco Aposentados”, § 164, nota 55 supra; e Caso Cantos, § 59, nota 59 supra.

²¹⁶ CORTE IDH. 1. Caso “Instituto de reeducação do menor” Vs. Paraguai. Sentença de 2 de setembro de 2004. § 205.

Entretanto, o percurso até a implementação das atualmente conhecidas audiências de custódias foi – e vem sendo – instável e tumultuado. Em que pese a previsão normativa, as audiências de custódias não obtiveram regulamentação legislativa ordinária, apesar de algumas tentativas frustradas (ANDRADE, 2016), passando então a ser regidas por resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos respectivos tribunais.

Essa carência de base normativa na padronização da regulamentação das audiências de apresentação não deixa de ser um fator que enfraquece a sua implementação como garantia fundamental, que, inclusive, a fez ser alvo de questionamentos em ação direta de inconstitucionalidade.^[217]

A título elucidativo, é possível mencionar que há pouco menos de um mês o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sequer realizava as audiências de custódia aos finais de semana, nada obstante a Medida Cautelar proferida na ADPF 347 pelo Supremo Tribunal Federal^[218] com efeito vinculante determinar que a apresentação da pessoa presa fosse realizada em, no máximo, 24 horas contadas da prisão.

Mais um exemplo é o fato de que apenas os presos em flagrante no estado do Rio de Janeiro são apresentados à autoridade judicial, os demais presos não submetidos à audiência de custódia. Essa limitação imposta pelo TJRJ vai de encontro ao estabelecido na Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça e ainda vulnera o cânones interpretativo da máxima efetividade, vez que as normas convencionais não apontam o dever de apresentação sem demora somente nos casos de prisões em flagrante.

Assim, está claro que hoje, 26 anos após a internalização da previsão da audiência de custódia no ordenamento brasileiro e três anos depois do Projeto Audiência de Custódia, lançando pelo CNJ em parceria com o Ministério da Justiça e com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ainda resta um longo caminho a percorrer até que se concretize de forma consistente a garantia de todas as pessoas privadas de liberdade serem apresentadas sem demora à autoridade judicial.

²¹⁷ ADI 5240, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

²¹⁸ STF, ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016. “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”. (Destaquei)

Entretanto, se por um lado a audiência de custódia como garantia fundamental ainda precisa percorrer um longo caminho para firmar suas bases de forma sólida no sistema de Justiça brasileiro, por outro, se mostra como uma realidade que exige atuação imediata.

Com todas as suas imperfeições, a formatação atual da audiência de custódia já apresenta avanços no campo dos direitos internacionais dos direitos humanos. Das suas três principais funções, quais sejam, analisar no caso concreto fundamentadamente (i) a legalidade do flagrante; (ii) a admissibilidade e necessidade de conversão em prisão preventiva ou de concessão de liberdade provisória; e (iii) a ocorrência de tortura, tratamentos degradantes, desumanos ou maus-tratos, é a terceira que traz maiores desafios e inovações. Isso porque as outras duas funções já eram anteriormente exercidas em oportunidades diversas no processo penal, tendo sido apenas deslocadas para a também chamada de audiência de apresentação, o que, sem dúvida, tornou mais célere sua apreciação.

No que toca aos relatos de violência policial no momento da apreensão durante a custódia das pessoas presas, é preciso ter em mente que a audiência de apresentação é um instrumento valiosíssimo no combate à violência estrutural e institucionalizada. Nesse sentido, a pesquisa recentemente publicada pela Conectas Direitos Humanos, *Tortura blindada: Como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia*, que traduz a triste realidade do país serve de alerta:

Os relatos das pessoas presas trazidos nas audiências assistidas, a porta de entrada para este relatório, são fundamentais para compreender, publicizar e problematizar a violência policial que ocorre no momento da prisão. Antes da audiência de custódia, a maior parte desta violência era invisibilizada devido à precariedade do acesso à justiça das pessoas presas e ao difícil acesso da sociedade às prisões e as(os) presos(as) no Brasil. [...]

As conclusões da pesquisa apontam que há uma linha tênue entre dois caminhos de certo modo opostos que podem ser seguidos pelas audiências, a depender, em grande parte, da forma como forem implementadas.

O primeiro deles seria servirem para **fortalecer a naturalização da violência policial que, como observado, ocorre tanto entre as vítimas quanto entre as instituições**. A partir dos relatos trazidos, notou-se que muitas pessoas presas entendem a violência como algo normal, a que sempre estiveram e sempre estarão submetidas. Nessa perspectiva, não haveria grandes incentivos para que o(a) acusado(a) se submetesse à exposição e

fizesse a comunicação da violência em uma audiência, ambiente com pessoas que lhe tratam de maneira hostil^[219], muitas vezes naturalizando determinadas violências que parecem entender como intrínsecas à lógica do sistema penal. [...]

Ambas as instituições, MP e Judiciário, se mostram, ainda, muito apegadas a lógica do que está no papel, mesmo que estejam diante delas pessoas narrando cotidianamente graves violações. **Apesar dos relatos constantes e muitas vezes semelhantes, mostrando que há um padrão na atuação da polícia, e que a violência permeia a sua atuação, ainda se entende a violência policial como algo pontual, excepcional, e justificado, por exemplo, pelo fato de conhecer ou já ter sido abordado pelos mesmos policiais.**

Espera-se, assim, que uma análise mais universal dos dados trazidos com a realização da audiência custódia possa chamar a atenção destas instituições para aquilo que parece estar diante delas, mas se recusam a ver: a violência policial é uma “política” institucionalizada e a partir dessa verdade é que devem lidar com as denúncias relatadas nas audiências. (Grifamos)

A audiência de custódia não pode ser mais uma forma de invisibilizar aqueles que já se encontram em situação de vulnerabilidade, que já têm um acesso à Justiça dificultado em virtude da sua condição de privação de liberdade.^[220] Pelo contrário! A atuação deve ser na contramão do estigma do “preso”, tendo inclusive o Conselho Nacional de Justiça editado como Protocolo II à Resolução nº 213 de 2015, sobre procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos crueis, desumanos ou degradantes.

Como é cediço, a relevância dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil que rechaçam a tortura é inegável, principalmente à luz do entendimento pacificado da jurisprudência da Suprema Corte, que reconheceu seu *status* normativo supralegal.^[221] Dessa forma, respaldar ou até mesmo se omitir diante da tortura praticada pelos agentes policiais é expor o Estado brasileiro à responsabilidade perante as cortes internacionais de direitos humanos.

²¹⁹ “A presença de policiais militares, as algemas, a baixa receptividade e acolhimento dos relatos de violência por parte de juízes(as) e promotores(as), que muitas vezes duvidam do relato trazido, e valorizam a palavra dos policiais, os possíveis agressores em detrimento das versões postas em audiência, contribuem com a hostilidade do ambiente da audiência de custódia.”

²²⁰ Item 22 das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade.

²²¹ RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

No Protocolo II da Resolução nº 213 de 2015 do CNJ, estão listados diversos indícios da ocorrência de prática de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes:

Poderão ser consideradas como indícios quanto à ocorrência de práticas de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes:

I. Quando a pessoa custodiada tiver sido mantida em um local de detenção não oficial ou secreto; II. Quando a pessoa custodiada tiver sido mantida incomunicável por qualquer período de tempo; III. Quando a pessoa custodiada tiver sido mantida em veículos oficiais ou de escolta policial por um período maior do que o necessário para o seu transporte direto entre instituições; IV. Quando os devidos registros de custódia não tiverem sido mantidos corretamente ou quando existirem discrepâncias significativas entre esses registros; V. Quando a pessoa custodiada não tiver sido informada corretamente sobre seus direitos no momento da detenção; VI. Quando houver informações de que o agente público ofereceu benefícios mediante favores ou pagamento de dinheiro por parte da pessoa custodiada; VII. Quando tiver sido negado à pessoa custodiada pronto acesso a um advogado ou defensor público; VIII. Quando tiver sido negado acesso consular a uma pessoa custodiada de nacionalidade estrangeira; IX. Quando a pessoa custodiada não tiver passado por exame médico imediato após a detenção ou quando o exame constatar agressão ou lesão; X. Quando os registros médicos não tiverem sido devidamente guardados ou tenha havido interferência inadequada ou falsificação; XI. Quando o(s) depoimento(s) tiverem sido tomados por autoridades de investigação sem a presença de um advogado ou de um defensor público; XII. Quando as circunstâncias nas quais os depoimentos foram tomados não tiverem sido devidamente registradas e os depoimentos em si não tiverem sido transcritos em sua totalidade na ocasião; XIII. Quando os depoimentos tiverem sido indevidamente alterados posteriormente; XIV. Quando a pessoa custodiada tiver sido vendada, encapuzada, amordaçada, algemada sem justificativa registrada por escrito ou sujeita a outro tipo de coibição física, ou tiver sido privada de suas próprias roupas, sem causa razoável, em qualquer momento durante a detenção; XV. Quando inspeções ou visitas independentes ao local de detenção por parte de instituições competentes, organizações de direitos humanos, programas de visitas pré-estabelecidos ou especialistas tiverem sido impedidas, postergadas ou sofrido qualquer interferência; XVI. Quando a pessoa tiver sido apresentada à autoridade judicial fora do prazo máximo estipulado para a realização da audiência de custódia ou sequer tiver sido apresentada; XVII. Quando outros relatos de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes em circunstâncias similares ou pelos mesmos agentes indicarem a verossimilhança das alegações.

Na incumbência de combater a tortura e os tratamentos degradantes, cruéis e desumanos, a primeira obrigação que surge é a de investigar. Sobre o assunto, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos ajuda a elucidar:

A respeito da obrigação de garantir o direito reconhecido no artigo 5 da Convenção Americana, a Corte indicou que este **implica o dever do Estado de investigar possíveis atos de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.**^[222] A obrigação de investigar se vê reforçada pelo disposto nos artigos 1, 6 e 8 da CIPST, de acordo com os quais o Estado se encontra obrigado a “tomar [...] medidas efetivas para prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição”, assim como a “prevenir e punir [...] outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”. Além disso, de acordo com o disposto no artigo 8 desta Convenção, “quando houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal.”^[223] (Grifamos)

Coerente com esse *standard* internacional, o CNJ estabeleceu, no art. 11 da Resolução nº 213 de 2015, a previsão expressa de que, quando a pessoa presa declarar que foi vítima de tortura e maus-tratos, será determinado o registro de tais informações, adotadas as providências cabíveis para investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial. Portanto, não há que se questionar, como tema prejudicial à abertura da investigação, se o relato é verossímil, se há prova pericial que a embase, qual é o delito indiciariamente imputado à vítima e a sua gravidade. Não se pode de antemão descartar as denúncias somente pela ausência de prova pericial, de testemunhas ou pela gravidade do crime imputado à pessoa privada de liberdade.

E aqui não se pode olvidar o fato de que o crime de tortura não se confunde com o crime de lesão corporal, podendo ser cometido mediante violência psicológica, moral, sexual, o que indica a necessidade de observância do Protocolo de Istambul – manual para a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes para que essa função da audiência de custódia venha a ser objeto de plena efetivação.

²²² Cf. Caso do Presídio Miguel Castro Castro, nota 14 supra, par. 344; Caso Vargas Areco, nota 14 supra, § 78 e Caso Ximenes Lopes, nota 16 supra, § 147.

²²³ CORTE IDH. Caso Bueno Alves vs. Argentina. Sentença 11 de maio de 2007. § 88.

Como advertência, desde 2013 e em julgado de 2017 condenando o Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou “necessário salientar que a ausência de sinais físicos não implica que não tenham ocorrido maus-tratos, já que é frequente que esses atos de violência contra as pessoas não deixem marcas ou cicatrizes permanentes [...].”^[224] A partir do relato da vítima, privada de liberdade, surge para o Estado a obrigação de averiguar as denúncias de tortura, tratamentos crueis, degradantes, desumanos ou maus-tratos.

Assim, cabe aos atores jurídicos atuantes na audiência de custódia fazerem valer as garantias daqueles que se encontram na situação mais vulnerável daquele ato, sendo imprescindível que apliquem não somente as normativas internas, como também os *standards* fixados pela Corte Interamericana, a fim de se evitar a responsabilidade do Estado brasileiro internacionalmente.

Além do dever de investigar, a violência policial no momento da prisão e/ou durante a custódia da pessoa presa acarreta claramente violação da ordem legal, violação de legalidade, um abuso de poder que não pode ser chancelado pela autoridade judicial. Ainda que a prisão tenha se procedido dentro das formalidades legais, o uso de violência injustificada, seja como abuso de poder, seja como tortura, macula de forma insanável a prisão.

Logo, a prisão deve ser relaxada, vez que não pode subsistir, conforme preceitua o inciso LXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.^[225] Como já decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, “todo uso da força que não seja estritamente necessário pelo próprio comportamento da pessoa detida constitui um atentado à dignidade humana, em violação do artigo 5 da Convenção Americana”.^[226] Sob esse prisma, é preciso retomar a primeira função das audiências de custódia, qual seja, a análise da legalidade da prisão.

Da mesma forma que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, não podem ser sancionadas, ratificadas, respaldadas as prisões realizadas por agentes policiais que empregam violência de forma injustificada e ultrapassam a barreira da legalidade. Se a pessoa que é alvo da prisão o é pela transgressão à ordem jurídica, como justificar e chancelar sua prisão por um agente da lei que viola essa mesma ordem jurídica? É um contrassenso! A título de combater a ilegalidade, não pode o Estado realizar outra.

As garantias processuais são um freio ao poder persecatório estatal e ao próprio monopólio da violência do Estado. Se essas garantias forem violadas, nada

²²⁴ CORTE IDH. Caso J. vs. Peru. Sentença de 27 de novembro de 2013, § 329. Caso Nova Brasília vs. Brasil. Sentença de 16 de fevereiro de 2017, § 249.

²²⁵ CF/88. Art. 5º. LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

²²⁶ CORTE IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Peru. Sentença de 17 de setembro de 1997, § 57; e Caso J. vs. Peru. Sentença de 27 de novembro de 2013, § 363.

restará entre a barbárie e a legalidade. Por essa razão, não se pode respaldar uma prisão quando houver indícios razoáveis de violência policial empregada na prisão ou ainda quando os direitos individuais das pessoas presas não forem minimamente respeitados.

A violência estrutural que ainda permanece nas forças policiais, resquício de um passado autoritário, de fato não desaparecerá somente com o fortalecimento e a consolidação do instituto das audiências de custódia, até porque exige mudanças sociais bastante complexas. Ainda assim, o manejo da audiência de custódia se mostra importante arma no combate à tortura policial, seja no seu sentido preventivo geral, seja no repressivo especial, assegurando a efetivação de um direito humano internacional, há muito previsto no ordenamento.

Por fim, não se pode esquecer que a audiência de apresentação também é a oportunidade de dar voz à vítima de violência que, muitas vezes, só teria contato pessoal com um defensor na audiência de instrução e julgamento, às vezes, até meses após o episódio de violência, tornando muito difícil ou quase impossível qualquer investigação exitosa.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Pacto San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Volume I. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NEWTON, Eduardo Januário. Audiência de custódia: avanços e desafios. Qual o papel a ser exercido pela defensoria pública? In SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. [Orgs.] *Audiência de custódia*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 207-238.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Volume I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2013.

O DEVER DE INVESTIGAR PRÁTICAS DE TORTURA: CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE DIRETRIZES CONSOLIDADAS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Roberta Fraenkel^[227]

Malu Stanchi^[228]

Nina Barrouin^[229]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado a partir dos estudos e discussões propostos pelo Grupo de Trabalho sobre Sistema Interamericano de Direitos Humanos (doravante SIDH ou Sistema Regional) da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DP/RJ). Ao longo de aproximadamente quatro meses, o grupo se encontrou para debater questões relativas ao SIDH, tendo como norteador desses esforços o trabalho desenvolvido pelo Núcleo. A partir desse processo de diálogo e construção de conhecimento e objetivando a defesa dos direitos humanos e o combate e prevenção à tortura, foi desenvolvido este artigo. As considerações aqui dispostas visam consolidar as discussões do grupo de trabalho e sistematizar o acúmulo de pesquisa teórica e doutrinária decorrentes dos questionamentos formulados coletivamente. Além disso, pretende-se articular internamente as possibilidades de aplicação das diretrizes do Sistema Regional nas controvérsias processuais em pauta nos juízos nacionais, contribuindo para a promoção da dignidade humana e do Estado democrático de direito.

1. O CONCEITO DE TORTURA NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Para localizar a discussão sobre o conceito de tortura no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), iniciaremos a investigação a partir de um breve apanhado histórico sobre o desenvolvimento do conceito

²²⁷ Defensora Pública e subcoordenadora do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: nudedh@gmail.com

²²⁸ Mulher de axé, pesquisadora de CRIOLA, graduanda em Direito pela PUC-Rio, estagiária do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e graduada em Artes Cênicas pela UNIRIO. E-mail: nudedh.est@gmail.com

²²⁹ Pesquisadora, graduanda em Direito pela PUC-Rio, colaboradora voluntária do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e do Mecanismo de Prevenção e Combate à Tortura do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: nudedh.est@gmail.com

de tortura no campo do direito internacional dos direitos humanos (DIDH), a partir das formulações propostas por dois autores: Nigel Rodley e Cristian De Vos.

O conceito de tortura é historicamente formulado a partir de distinções e aproximações de outro conceito: tratamento cruel, desumano ou degradante. Cabe alertar, contudo, que a discussão sobre a diferenciação entre ambos é inconclusa, sendo, por fim, o conceito de tortura um conceito em disputa no campo do DIDH. A sua aplicação ou não a um caso concreto decorre, muitas vezes, de forças políticas e condições históricas específicas do Estado envolvido.

Rodley (2002) indica três eixos para a análise do conceito de tortura: (i) a intensidade relativa à dor ou ao sofrimento infligido; (ii) o propósito da conduta; e (iii) o *status* do agente perpetrador. O quesito “intensidade relativa à dor” foi abordado pela primeira vez no Caso Grego, na Corte Europeia, em 1969, conforme aponta o autor. A Corte diferenciou as definições e descreveu tratamento desumano como um tratamento que provoca sofrimento severo, mental ou físico, sendo injustificável na situação particular. A tortura foi apresentada como uma forma agravada de tratamento desumano, perpetrada em função de um objetivo específico, o que já sinaliza o quesito “propósito da conduta” como algo necessário para a conceituação de tortura.

A Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradeantes, de acordo com De Vos (2007), também foi um marco na discussão terminológica. No documento, o conceito proposto abandona o entendimento de tortura como uma forma agravada de tratamento cruel, desumano ou degradante, como se verifica no art. 1º da Convenção:

Art. 1º: Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inherentes a tais sanções ou delas decorram. (ONU, 1984).

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura, por sua vez, conforma com a Convenção supracitada, ao passo que também interioriza um conceito de tortura que implica a relativização do quesito “gravidade da dor ou do sofrimento infligido” e mantém o critério “propósito da conduta”. A definição se encontra no art. 2º da Convenção:

Art. 2º: Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica”. (OEA, 1985)

O critério volitivo, também apresentado como “propósito da conduta” ou “intencionalidade”, portanto, é mantido enquanto fator necessário para a caracterização de uma prática como tortura no âmbito do SIDH. De acordo com Rodley (2002), o eixo “*status* do agente perpetrador” deve ser compreendido, no contexto do DIDH, como o agente de Estado ou qualquer outro que com ele coadune. Nesse ponto, cabe ressaltar que a normativa nacional está em desconformidade com o estabelecido no plano internacional, na medida em que o texto legal brasileiro não considera o critério “*status* do perpetrador”. Podemos compreender essa opção como fruto de processos políticos que marcaram a transição brasileira do regime ditatorial para o democrático e que tendem a diluir a responsabilização dos agentes estatais que violaram direitos humanos durante o período autoritário.

O conceito de tortura vigente no SIDH, disposto na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura, é desenvolvido a partir das jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH), onde se estabelecem parâmetros e limites para a sua aplicação. Rodley (2002) destaca a importante sentença da Corte IDH no caso Raquel Martin de Mejía vs. Peru, que julgou o estupro de Raquel Mejía como prática de tortura. A sentença informa que a violação do direito à integridade física e psicológica é uma categoria de violação que tem graduações, cabendo ser comprovado casuisticamente se a situação configura tortura ou algum outro tipo de tratamento cruel.

Desse modo, podemos postular que o conceito de tortura no SIDH obedece aos critérios de “intencionalidade” e “*status* do perpetrador” correntes no campo do DIDH, mas alinhados a uma compreensão ampla do que seria uma prática de tortura, analisando as singularidades da violência de acordo com cada caso.

2. O DEVER DE INVESTIGAR CASOS DE TORTURA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: DIRETRIZES AMPLAS E GERAIS E O DIREITO À VERDADE

A Corte Interamericana de Direitos Humanos pronuncia entendimento consolidado acerca do dever positivo dos Estados de investigar violações de direitos humanos. O dever do Estado de investigar violações de direitos humanos está inserido no âmbito de proteção das garantias judiciais dispostas nos arts. 8 e 25 combinados com o art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos^[230] (doravante CADH). Compreendem a tutela do acesso à Justiça e às garantias judiciais, inseridas na esfera de salvaguarda do direito à verdade – de primazia incontestável não somente nos períodos transicionais, mas igualmente importante no cerne de conjunturas democráticas consolidadas (GÓMEZ, 2012).

Em suas sentenças, o tribunal regional reitera que o dever de investigar está condicionado à eficácia dos procedimentos adotados internamente, não podendo ser uma simples formalidade, condenados de antemão a serem infrutíferos.^[231] De acordo com a jurisprudência da Corte IDH,^[232] tanto a adequação quanto a eficácia investigatória pressupõem que o procedimento i) seja instaurado e transcorra em um prazo razoável; ii) seja realizado a partir da articulação de todos os meios legais disponíveis; iii) seja executado com imparcialidade e colaboração dos agentes estatais para o esclarecimento dos atos ilícitos retratados; iv) contemple a colaboração das vítimas e familiares; e v) comprove a busca da verdade e a responsabilização dos autores intelectuais e materiais dos atos violadores.

²³⁰ OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José da Costa Rica, 1969.

²³¹ CORTE IDH. Caso *Cantoral Huamaní e García Santa Cruz Vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007, §. 131.

²³² CORTE IDH. Caso *Panel Blanca (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala*. Reparação e custas. Sentença de 8 de março de 1998, § 3.6, 199, 200; Caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 27 de novembro de 2003, § 126; Caso *Tibi Vs. Equador*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7 de setembro de 2004, § 159; Caso *Gutiérrez Soler Vs. Colômbia*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 12 de setembro de 2005, § 95; Caso *Blanco Romero e outros Vs. Venezuela*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 28 de novembro de 2005, § 94; Caso *Baldeón García Vs. Perú*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 6 de abril de 2006, § 120, 147, 201; Caso *Vargas Areco Vs. Paraguai*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, § 80; Caso do Presídio *Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25 de novembro de 2006, §§ 347, 377, 379, 383, 394, 397; Caso *Cantoral Huamaní e García Santa Cruz Vs. Perú*. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 10 de julho de 2007, § 130; Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 12 de agosto de 2008, § 123; Caso *Pollo Rivera e outros Vs. Peru*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 21 de outubro de 2016, § 151; Caso *Herrera Espinoza e outros Vs. Equador*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 10 de setembro de 2016, §§ 103, 105.

Portanto, os Estados são responsáveis pela elaboração e articulação, no âmbito de suas instituições, de elementos formais que sejam aplicados no caso concreto de forma efetiva. A mera consolidação de leis que estipulam os procedimentos investigativos, ou a existência de recursos materiais destinados à esfera dos órgãos responsáveis pela investigação, são insuficientes em face da não observância dos requisitos de devida diligência supracitados. A ausência desses requisitos durante o procedimento investigativo está intrinsecamente relacionada à falta de efetividade nas apurações de supostas violações de direitos humanos, podendo ocasionar a responsabilização internacional do Estado em decorrência do descumprimento das garantias judiciais consignadas na CADH.

Referente às violações que se configuram como proibições *ius cogens*, o Sistema Regional acentua as diretrizes para o devido cumprimento do dever de investigar. Como foi dito anteriormente, os atos de tortura conformam-se como proibições peremptórias no cenário internacional. À vista disso, a proibição à tortura caracteriza-se como norma imperativa de obrigatoriedade material, aplicável a todos os Estados, independentemente de adesão a quaisquer tratados.

No que concerne ao dever destacado de investigar os atos de tortura, o SIDH conforma, nos arts. 2º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura,^[233] as orientações basilares para a atuação dos Estados.

²³³ Artigo 1. Os Estados Partes obrigam-se a prevenir e a punir a tortura, nos termos desta Convenção.

Artigo 2. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.

[...]

Artigo 6. Em conformidade com o disposto no artigo I, os Estados Partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição.

Os Estados Partes assegurarão a todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade.

[...]

Artigo 8. Os Estados Partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.

Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial.

Quando houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal.

Uma vez esgotado o procedimento jurídico interno do Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado." OEA, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Cartagena, 1985.

Paralelamente, as diretrizes jurisprudenciais da Corte Interamericana reforçam os deveres dispostos na supracitada convenção, consolidando as obrigações basilares para a adequação e eficácia da investigação.

A Corte IDH^[234] dispõe que, em casos em que haja indícios de tortura, devem ser instauradas investigações de ofício para o esclarecimento dessas graves violações de direitos humanos. Dessa forma, é dispensável a provação da vítima ou de seus familiares para o termo inicial das diligências investigativas em contextos fáticos que permitam inferir que o Estado soubesse ou devesse saber das violações alegadas.

A evidência da existência de tortura nos limites da jurisdição estatal pode ser aferida a partir de simples elementos indicativos do ato violatório. Destarte, a instigação do Estado pela vítima e seus familiares torna-se apenas um dos meios de tomada de conhecimento. Portanto, cabe a qualquer órgão ou agente público o encaminhamento dos elementos fáticos que permitam presumir a existência de atos de tortura para as instituições competentes de investigação. Por conseguinte, é essencial a definição do momento em que o Estado tem ciência do indício das práticas de tortura. Esse marco temporal precisa a partir de que instante origina-se a obrigatoriedade investigativa do aparelho estatal.

Além disso, a Corte IDH afirma, desde o Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988) ao caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017), que:

[...] o dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como dever jurídico próprio e não como simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera, ou como mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas, de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios.^[235]

²³⁴ CORTE IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Mérito. Sentença de 18 de agosto de 2000, § 189; CORTE IDH. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Mérito, reparações e custas. Sentença de 27 de novembro de 2003, § 128; Caso dos Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Mérito, reparações e custas. Sentença de 8 de julho de 2004, § 154; Caso Gutiérrez Soler Vs. Colômbia. Mérito, reparações e custas. Sentença de 12 de setembro de 2005, § 54; Caso Baldeón García Vs. Perú. Mérito, reparações e custas. Sentença de 6 de abril de 2006, § 156; Caso Vargas Areco Vs. Paraguai. Mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, § 101; Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Perú. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25 de novembro de 2006, § 378; Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2015, §§ 162 e 163.

²³⁵ CORTE IDH. Caso Velásquez Rodriguez Vs. Honduras. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988, §. 177. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017, § 178.

Portanto, ainda que a Corte declare não ser resolução do caso fator inerente à atuação diligente do Estado no procedimento investigativo, ao aparelho público é atribuído o dever de atuar, valendo-se de desempenhos operativos sérios, imparciais e efetivos em busca de soluções que atendam as legítimas expectativas dos sujeitos vitimados pelas práticas de tortura.

Uma investigação configura-se como séria quando dotada de eficácia, superando a adequação formal de acesso aos recursos judiciais e contribuindo para a busca da verdade e esclarecimento dos fatos. Quanto à imparcialidade, segundo fator para a caracterização da devida diligência nas investigações, a Corte^[236] dispõe do entendimento de que é imprescindível a análise da atividade dos agentes estatais em relação ao procedimento investigativo e a participação ativa dos interessados. A atividade dos agentes estatais no tocante ao procedimento investigativo refere-se à conduta dos funcionários públicos envolvidos na investigação, agindo diligentemente ou obstando o esclarecimento dos fatos e a busca dos responsáveis. Quanto à participação ativa dos interessados, é necessário esclarecer que este não é um conceito absoluto, adaptando-se às nuances de cada circunstância relacionada aos casos concretos. Em linhas gerais, a Corte IDH afirma a necessidade de serem possibilitadas oportunidades de participação das partes interessadas na investigação, por meio, por exemplo, de oitivas e reconstituição dos fatos. Finalmente, no que diz respeito à efetividade, terceiro elemento da devida diligência investigatória, a Corte IDH^[237] entende que devem ser evitadas omissões na coleta de provas e no acompanhamento das linhas lógicas de investigação.

Outrossim, os procedimentos investigativos devem considerar a eventual complexidade de alguns contextos específicos, padrões sistemáticos, assim como as estruturas nas quais estão inseridas as pessoas envolvidas nos fatos alegados. Contemplando também as diretrizes do art. 24 c.c. o 1.1 da CADH,^[238] nenhuma forma de discriminação pode ser obstáculo ao alcance da efetividade investigatória, sendo responsabilidade estatal a satisfação da justa expectativa relacionada ao esclarecimento dos fatos, a busca pela verdade e a consequente não repetição dos atos violatórios por meio de ações diligentes, em cumprimento com as diretrizes estabelecidas pela Corte Interamericana.

²³⁶ CORTE IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000, § 221; Caso Massacre de Río Negro vs. Guatemala. Sentença de 4 de setembro de 2012, §§ 193 e 210.

²³⁷ É necessário enfatizar que, no âmbito internacional, o *onus probandi* é sempre do Estado.

²³⁸ Artigo 24. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.” OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. São José da Costa Rica, 1969.

3. PRAZO RAZOÁVEL DA INVESTIGAÇÃO DE CASOS COM EVIDÊNCIAS DE TORTURA

Segundo entendimento consolidado da Corte Interamericana de Direitos Humanos,^[239] a duração total da investigação é estabelecida desde a tomada de conhecimento dos fatos pelo Estado até o termo final indicado na sentença definitiva interna. A falta de resposta estatal, assim como a demora no procedimento investigativo e busca pela verdade, ajuizamento, reparação e eventual responsabilização pode configurar, em si, uma violação das garantias judiciais:^[240]

[...] a falta de diligência tem como consequência que, conforme o tempo vá transcorrendo, se prejudique indevidamente a possibilidade de obter e apresentar provas pertinentes que permitam esclarecer os fatos e determinar as responsabilidades respectivas, com o que o Estado contribui para a impunidade.

Dessa forma, o tempo de duração da investigação está relacionado à solução da controvérsia em prazo razoável e consequente possibilidade de acesso à Justiça. Os requisitos estabelecidos em jurisprudência da Corte^[241] para a análise da razoabilidade do tempo transcorrido na investigação são: i) a complexidade do assunto; ii) a atividade processual do interessado; iii) a conduta das autoridades judiciais; iv) o dano provocado na situação jurídica da pessoa envolvida no processo.

No que se refere à complexidade do assunto, a Corte IDH define como requisitos de análise: i) a complexidade da prova; ii) a pluralidade de sujeitos processuais ou o número de vítimas; iii) o tempo transcorrido desde a violação; iv) as características do recurso consagradas na legislação interna; e v) o contexto em que aconteceu a violação.

O segundo requisito de aferição da razoabilidade do tempo transcorrido durante as diligências investigativas concerne à atividade processual do interessado.

²³⁹ CORTE IDH. Caso *Suárez Rosero Vs. Equador*. Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997, § 71; e Caso *Andrade Salmón vs. Bolívia*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 1 de dezembro de 2016, § 157.

²⁴⁰ CORTE IDH. Caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 27 de novembro de 2003, § 96, 125; Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 12 de agosto de 2008, § 157; Caso *Quispialaya Vilcapoma Vs. Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2015, § 161.

²⁴¹ CORTE IDH. Caso *Massacre de Río Negro vs. Guatemala*. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 4 de setembro de 2012, § 230; Caso *Tibi Vs. Equador*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7 de setembro de 2004, § 175.

São analisados possíveis desempenhos da vítima, familiares e envolvidos que dificultem ou viabilizem o prosseguimento mais benéfico do procedimento investigativo. Segundo entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos,^[242] o Estado deve garantir que a família da suposta vítima participe durante todo o procedimento investigativo: i) aportando provas que achar convenientes; ii) fazendo planejamentos; iii) formulando alegações; iv) tendo tutelados, holisticamente, seus direitos para o esclarecimento da verdade e a justa reparação.^[243] Esse preceito é de importância capital, principalmente, no que se refere aos atos de tortura praticados na esfera íntima, entre a vítima e o perpetrador. Como exemplo, é possível referenciar as violações sexuais por agente estatal – que se configuram, imediatamente, como tortura perante a Corte IDH – e mesmo as agressões naturalizadas dentro do sistema prisional, local onde o Estado tem total ingerência sob o custodiado.

Por sua vez, quanto à conduta das autoridades judiciais, terceiro pressuposto para a consideração da razoabilidade do tempo de investigação, a Corte IDH analisa “a inatividade das autoridades, à concessão de prorrogações e à falta de cumprimento de diversas diligências ordenadas, tudo isso relacionado com a falta de atuação diligente e a falta de independência das autoridades encarregadas da investigação”.^[244] As autoridades estatais em geral, no âmbito de suas competências, devem colaborar, apoiar ou cooperar para o processo investigativo e, inclusive, auxiliar na obtenção de provas para alcançar os objetivos de uma investigação. Além disso, devem abster-se de realizar atos que obstruam o procedimento investigativo, procedendo de forma independente e imparcial, substanciando a idoneidade institucional. Ressalta-se a necessidade de independência no processo investigativo quando há fundadas suspeitas de envolvimento e participação de funcionários estatais nas violações. Essa independência refere-se não somente à autonomia institucional, mas também à autonomia prática no procedimento investigatório. Assim, a investigação nesses casos deve ser atribuída à “autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnicos em criminalística e pessoal administrativo, alheios ao órgão de segurança a que pertençam o possível acusado ou acusados”.^[245]

²⁴² CORTE IDH. Caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 27 de novembro de 2003, § 119; Caso dos *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 8 de julho de 2004, § 146; Caso *Baldeón García Vs. Perú*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 6 de abril de 2006, § 166.

²⁴³ CORTE IDH. Caso *Massacre de Río Negro vs. Guatemala*. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 4 de setembro 2012, § 193.

²⁴⁴ CORTE IDH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000, § 221; Caso *Massacre de Río Negro vs. Guatemala*. Sentença 04 de setembro de 2012, § 210; Caso *Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017, § 222.

²⁴⁵ CORTE IDH. Caso *Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017, § 187.

Quanto à atuação diligente dos agentes públicos, ainda é importante ressaltar que, perante o tribunal regional, a busca da verdade não depende da iniciativa processual da vítima, de seus familiares ou da aportação privada de elementos probatórios. Cabe ao Estado o ônus de conduzir efetivamente as investigações, objetivando esclarecer alegadas violações de direitos humanos, característica que exacerba a imprescindibilidade de boa conduta das autoridades estatais.

Por fim, no que diz respeito ao dano provocado na situação jurídica das pessoas envolvidas nos atos de tortura, quarto requisito, a Corte IDH^[246] analisa os impactos ocasionados aos direitos das vítimas em potencial, a tendência à repetição do ato de tortura na esfera individual e coletiva, assim como o caráter contínuo da violação às garantias judiciais resultante da ausência de investigação.

Em face do exposto e não obstante a incompetência da Corte para gerir assuntos investigativos internos, visto o Princípio da Soberania dos Estados, o Princípio da Quarta Instância e a autonomia de decisão,^[247] é evidente que o tribunal regional é dotado de amplos poderes para apontar irregularidades e lacunas nos procedimentos de investigação instaurados no âmbito interno dos Estados signatários. Em suma, a Corte IDH analisa se os procedimentos internos de investigação de práticas de tortura violaram ou não a obrigação contraída pelos Estados Partes em relação aos arts. 8º e 25 combinados com o art. 1.1 da CADH e arts. 2º, 6º e 8º da Convenção para Prevenir e Punir a Tortura, consolidando diretrizes que determinam a efetividade e os efeitos desses procedimentos, podendo implicar – em caso de descumprimento da instrução – responsabilidade interna e internacional dos Estados.

4. EFEITOS DA PROTELAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DE CASOS COM INDÍCIOS DE TORTURA

A falta de resposta estatal, assim como a demora no procedimento investigativo e na busca da verdade, ajuizamento, reparação e eventual responsabilização, pode configurar, em si, uma violação das garantias judiciais,^[248] conforme

²⁴⁶ CORTE IDH. Caso *Garibaldi Vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de setembro de 2009, § 138; e Caso *Quispialaya Vilcapoma Vs. Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2015, § 187.

²⁴⁷ Para mais informações sobre esses princípios do Direito Internacional Público, ver SHAW, Malcolm N. Direito Internacional. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁴⁸ CORTE IDH. Caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 27 de novembro de 2003, §§ 96 e 125; Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 12 de agosto de 2008, § 157; Caso *Quispialaya Vilcapoma Vs. Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2015, § 161.

explanado no ponto anterior. Cabe, agora, uma breve investigação sobre os efeitos da protelação da investigação nos casos com indícios de tortura, ao passo que tais efeitos fundamentam a configuração da demora como violação *per se*.

A ausência, ou demora injustificada na investigação, implica a caracterização da violação como crime permanente. A tortura, normalmente, é compreendida como um crime que ocorre em momento específico no espaço-tempo e que tem fim no momento em que é cessada a prática que infligiu dor e sofrimento, não obstante os efeitos da tortura infligirem danos permanentes nas vítimas. Contudo, o cenário se altera quando se trata de um caso que não foi investigado em tempo razoável, visto que os direitos à verdade, à justiça, à reparação e à responsabilização são violados, implicando a dilação da violação no tempo.

O crime não tem fim até que o caso seja investigado de forma diligente, o que o configura uma violação continuada. Importante lembrar que violações dessa categoria podem ser julgadas pela Corte IDH desde que o Estado tenha ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aceitado a competência da Corte IDH, mesmo que o tenha feito depois da violação ter sido iniciada, ao passo que se trata de um crime continuado, que se estende até o momento presente.

O dever de investigação deve ser reconhecido como medida necessária para a promoção de uma política de não repetição, tanto na esfera individual quanto no que diz respeito à coletividade. No âmbito individual, a investigação diligente e em prazo razoável garante a menor probabilidade de repetição das práticas, configurando-se como elemento central para impulsionar medidas que possibilitem a melhor satisfação das vítimas nos processos de reparação. Desse modo, impede a transformação da violação em crime continuado, protegendo os direitos da pessoa que foi vitimada pela prática de tortura.

Além disso, há de se considerar que uma vítima de grave violação de direitos humanos, nos casos em que não há devida diligência nas investigações, se encontra em estado de extrema vulnerabilidade. Isso significa que a pessoa está exposta a ser novamente vitimada, como forma de retaliação à sua denúncia, por exemplo. Cabe pontuar, também, que as jurisprudências da Corte IDH^[249] conformam que, para determinar a razoabilidade do prazo de investigação, devem-se ponderar os efeitos gerados pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa envolvida.

²⁴⁹ CORTE IDH. Caso *Garibaldi Vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. (Série C, nº 203, § 138); CORTE IDH. Caso *Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2015. § 187.

É fundamental pontuar que a ausência de investigação também implica danos aos familiares das vítimas. De acordo com o entendimento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos,^[250] a falta de diligência ou a morosidade injustificada da investigação ocasiona sofrimento e angústia adicionais aos parentes e correlatos, vítimas indiretas dos atos de tortura. Por conseguinte, a realização de investigação efetiva é elemento condicionante e fundamental para a proteção dos direitos afetados ou anulados pelos atos violatórios perpetrados contra a vítima direta e seus familiares.

No âmbito coletivo, a investigação diligente e em prazo razoável estrutura uma cultura de respeito e proteção dos direitos humanos. Por essa atuação, o Estado se mostra comprometido com o combate à tortura, ao passo que investiga e responsabiliza aqueles que perpetraram graves violações de direitos humanos. Nesse contexto, é criado o entendimento social de que violações dessa natureza não devem ser naturalizadas, nem relativizadas, como ocorre frequentemente com práticas sistemáticas de tortura, vide a falta de acesso satisfatório à água e à alimentação no sistema prisional fluminense. O cumprimento do devido procedimento investigativo corrobora, portanto, para a consolidação de medidas preventivas que, progressivamente, impulsionam a diminuição da perpetração de atos de tortura em âmbito nacional.

Desse modo, a sociedade passa a se organizar de forma mais vigilante para denunciar eventuais práticas de tortura, sejam elas pontuais ou estruturais. O Estado também é influenciado por essa práxis, tanto no que diz respeito à atuação dos funcionários que operam suas instituições quanto em função de pressões de agentes externos pela manutenção e fortalecimento de políticas de combate à tortura.

CONCLUSÕES

Ante o exposto, é nítida a necessidade de se aplicarem as diretrizes do Sistema Regional nas investigações e nos processos em curso no Brasil. Além de ser a conduta esperada de um país que ratificou documentos internacionais sobre prevenção e combate à tortura, trata-se de medidas que conformam e possibilitam a garantia do Estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana e da integridade física e psicológica das vítimas e de seus familiares. Contudo, a partir das considerações apresentadas, é inequívoco que,

²⁵⁰ CORTE IDH. Caso *Massacre de Rio Negro vs. Guatemala*. Sentença de 4 de setembro de 2012. § 240; Caso *Vargas Areco Vs. Paraguai*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. §§ 94, 95.

para a aplicação de tais parâmetros, será indispensável alterar as estruturas das instituições estatais responsáveis pela investigação e pelo processamento. Esses desafios devem ser discutidos amplamente pela sociedade, cabendo aos operadores do direito provocar o sistema jurídico de modo a se denunciar e pautar tais necessidades.

REFERÊNCIAS

ASSY, B. A. et al. (Orgs.). *Direitos humanos: justiça, verdade e memória*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. v. 1. 789p.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH. Caso *Velásquez Rodriguez Vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988.

_____. Caso *Suárez Rosero Vs. Equador*. Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997.

_____. Caso *Panel Blanca (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala*. Reparação e custas. Sentença de 8 de março de 1998.

_____. Caso *Cantoral Benavides Vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18 de agosto de 2000.

_____. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000.

_____. Caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2003.

_____. Caso dos *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de julho de 2004.

_____. Caso *Tibi Vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2004.

_____. Caso *Gutiérrez Soler Vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de setembro de 2005.

_____. Caso *Blanco Romero e outros Vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2005.

_____. Caso *Baldeón García Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de abril de 2006.

_____. Caso *Vargas Areco Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006.

_____. Caso do *Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006.

_____. Caso *Cantoral Huamán e García Santa Cruz Vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007.

_____. Caso *Cantoral Huamán e García Santa Cruz Vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007.

_____. Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008.

_____. Caso *Garibaldi Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009.

_____. Caso *Massacre de Río Negro vs. Guatemala*. Sentença de 4 de setembro de 2012.

_____. Caso *Quispialaya Vilcapoma Vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2015.

_____. Caso *Herrera Espinoza e outros Vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de setembro de 2016.

_____. Caso *Pollo Rivera e outros Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de outubro de 2016.

_____. Caso *Andrade Salmón vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de dezembro de 2016.

_____. Caso *Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017.

DE VOS, Christian M. *Mind the Gap: Purpose, Pain, and the Difference between Torture and Inhuman Treatment*. Humans Rights Brief website. Disponível em: <<https://www.wcl.american.edu/hrbrief/14/2devos.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José da Costa Rica, 1969.

_____. *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*. Cartagena, 1985.

RODLEY, Nigel. The definition(s) of torture in International Law. In: *Current Legal Problems*. Oxford University Press. 2002. p. 467-493. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tabcas/r08113.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2018.

SHAW. Malcolm N. *Direito internacional*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.



SEÇÃO 05

PEÇAS PROCESSUAIS

HABEAS CORPUS QUESTIONANDO A PRISÃO POR PROVA OBTIDA MEDIANTE TORTURA

Renata Tavares da Costa^[251]

Bruna Faro Martins^[252]

Juliana da Silva Batista^[253]

Nathalia Azevedo do Nascimento^[254]

Guilherme Couto dos Santos^[255]

**EXMO. SR. DR. MINISTRO PRESIDENTE DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA REPÚBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL**

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através do Defensor Público Titular da 1^a DP da 4^a Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias, matrícula nº 877.428-3, vem, com fundamento nos artigos 8º e 25º da Convenção Americana de Direitos Humanos, no inciso LXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, e nos artigos 647 e 648, inciso VI, do Código de Processo Penal, vem impetrar ordem de

HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR

em favor de **JONI HERBERT DE ALMEIRA SILVA**, brasileiro, solteiro, natural de Nova Iguaçu, filho de Jones Francisco da Silva e Ângela Neves

²⁵¹ Defensora Pública. Titular do Tribunal do Júri da Comarca de Duque de Caxias. Mestranda em Direitos Internacionais dos Direitos Humanos da Faculdade de Direito na Universidade de Buenos Aires. Pós-graduação em Actualidades y Tendencias de los Sistemas Penales pela Universidade de Buenos Aires – 100 Relgas de Brasilia y Sistema Interamericano de Derechos Humanos – pela Faculdade de Direito da Universidade do Chile e no Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos do Washington College of Law – American University. Ex- Conselheira do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: renata-tavares1976@hotmail.com

²⁵² Graduanda pela Universidade Unigranrio, colaboradora voluntária da 4^a Vara Criminal do Tribunal do Júri de Duque de Caxias. E-mail: drabrunafaro@hotmail.com

²⁵³ Graduanda pela Universidade Unigranrio, estagiária da 4^a Vara Criminal do Tribunal do Júri de Duque de Caxias. E-mail: julianasbatista1@outlook.com

²⁵⁴ Graduanda pela Universidade Unigranrio, colaboradora voluntária da 6^a Vara Cível de Duque de Caxias. E-mail: renascimento@outlook.com

²⁵⁵ Graduando pela Universidade Unigranrio, estagiário da 4^a Vara Criminal do Tribunal do Júri de Duque de Caxias. E-mail: santos.guilherme@hotmail.com

de Almeida, nascido em 15/03/1991, apontado como autoridade coatora o **EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, através da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, no Recurso em Sentido Estrito, deixou de reformar a **decisão de primeiro grau que pronunciou o acusado com base em provas ilícitas**, conforme os estandares do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

PRELIMINARMENTE: DA LITIGÂNCIA DE BOA-FÉ

A vista foi aberta para a Defensoria Pública no dia 26/10/2015 para atendimento dos familiares do acusado.

Só então esta Defensoria tomou ciência do RES que agora questiona.

Observe-se, que em razão da LC 80/1994 com as modificações introduzidas pela LC 132/2009, é defeso ao Defensor Público deixar de recorrer para instâncias superiores, tornando, especialmente no caso em concreto, a defesa mera formalidade legal.

DOS FATOS:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, no Recurso em Sentido Estrito nº 0047859-90.2013.8.19.0021, manteve a pronúncia do acusado que foi baseada da prova produzida por meio ilícito- qual seja, mediante tortura.

NULIDADE ABSOLUTA: PROVA OBTIDA MEDIANTE TORTURA. DIREITO ABSOLUTO A NÃO SER CONDENADO POR UMA PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A República Federativa do Brasil, **nação soberana** e em razão desta, através do Decreto 678/92, promulgou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos - Pacto São José da Costa Rica. De acordo com RAMOS, para o STF, os tratados internacionais de direitos humanos e que ainda não passaram pelo rito do § 3º do art. 5º da CF/88, introduzido pela EC 45/04, “*tem natureza suprallegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei*”.

Mas, segundo este mesmo autor, não basta a referência ao texto de lei, é preciso que o STF exercente o **controle de convencionalidade** aplicando a interpretação utilizada pelos órgãos de monitoramento.

Neste sentido, Vossas Excelências, é preciso lembrar que existem três direitos que são **absolutos**: o direito de não ser escravizado, o direito a não ser torturado e **o direito a não ser condenado com base em provas ilícitas**.

Em relação ao **direito a não ser torturado**, tal obrigação encontra repouso inicialmente na Convenção Interamericana para Punir e Prevenir a Tortura:

Artigo 8 Os Estados Partes assegurarão **a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura**, no âmbito de sua jurisdição, **o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial**. *Quando houver denúncia ou razão fundada* para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal. Uma vez esgotado o procedimento jurídico interno do Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado.

Artigo 10 *Nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como prova num processo*, salvo em processo instaurado contra a pessoa ou pessoas acusadas de havê-la obtido mediante atos de tortura e unicamente como prova de que, por esse meio, o acusado obteve tal declaração.

Segundo a jurisprudência da Corte Interamericana, em relação à tortura, os Estados têm a **obrigação de iniciar de ofício uma investigação independente e imparcial** assim que sejam informados.

Vejam bem, Vossas Excelências, no dizer a Corte Interamericana, a obrigação assumida, no uso de sua soberania, pelo Estado Brasileiro, é iniciar imediatamente uma investigação séria, independente e imparcial:

“55. Respecto de los derechos a “las garantías judiciales y [a] la protección judicial, así como la obligación de investigar la tortura a la que fueron sometidos Juan García Cruz y Santiago Sánchez Silvestre”, **México es responsable de la violación de los “artículos 8 y 25 de la Convención Americana** en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento y los artículos 1, 6, 8 y 10 de la Convención contra la Tortura”, debido a: **“la falta de una investigación seria, exhaustiva e imparcial de la denuncia de los presuntos actos de tortura”**, que los “**compelieron a declararse culpable[s] de los delitos y hechos imputados en relación con la portación de armas** de fuego de uso privativo del Ejército, homicidios, lesiones,

entre otros, mediante confesiones escritas, de las cuales posteriormente se retractaron”. (...) la violación al derecho de defensa, respecto de las garantías protegidas en el artículo 8.2.d, e y f de la Convención, debido a que durante las declaraciones que rindieron el 6 de junio de 1997 ante la Policía Judicial y el 8 de ese mes ante el Ministerio Público de la **Federación no contaron con la asistencia de un abogado defensor**, así como por la falta de una defensa adecuada derivada de las omisiones en que incurrió la defensa otorgada por el Estado en la causa penal en su contra por el delito de portación de arma de fuego reservada para uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea; la violación al principio de presunción de inocencia protegido en el artículo 8.2 de la Convención y a las garantías protegidas en el artículo 8.2.g y 8.3 de la misma, así como al artículo 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, como consecuencia de que “[los] tribunales en ambas causas penales otorgaron valor a las declaraciones ministeriales [rendidas los días 6 y 8 de junio de 1997, respectivamente, ante el Ministerio Público del Distrito Federal y ante el Ministerio Público de la Federación], para establecer la responsabilidad penal de los inculpados, indicando que no ha[bían] pruebas para demostrar la tortura”, “colocando la carga de la prueba en su contra” y “considerando[los] presuntos culpables”. Los tribunales no cumplieron con excluir totalmente “las declaraciones rendidas ante el Ministerio Público y la declaración judicial rendida el 8 de junio de 1997”, lo cual debieron hacer “por cuanto la existencia de tortura inhabilitaba el uso probatorio de dichas evidencias, de conformidad con los estándares internacionales”.

(...)

57. La Corte considera relevante destacar que el incumplimiento de la obligación de investigar los hechos de tortura en el presente caso proviene, fundamentalmente, **de la omisión de las autoridades estatales de iniciar una investigación penal para investigar esos hechos de forma independiente de los procesos penales seguidos contra las víctimas**.(..). Ante las alegaciones de los señores García Cruz y Sánchez Silvestre de haber sido torturados y las constancias en las actas de sus declaraciones y certificados de sus exámenes médicos de que presentaban lesiones físicas (*supra* párrs. 34 y 35), **correspondía al Estado iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva** de dichos alegatos de tortura conforme a los protocolos y estándares específicos. **Si los hechos eran constitutivos de un delito de tortura o de otros delitos, como lesiones, no era una determinación que correspondiera realizar a los jueces a cargo de los procesos penales contra los señores García Cruz y Sánchez Silvestre.**

58. Adicionalmente, el Tribunal reitera **su jurisprudencia sobre la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura**, tratos

cruel y coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona. Asimismo, la Corte ha indicado que aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona que la rinde o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo. En vista de lo que fue sostenido en la sentencia penal de 12 de febrero de 2002 (*supra* párr. 47), la Corte estima pertinente reiterar que los actos de tortura que pudieran haber ocurrido anteriormente a que el imputado efectúe su declaración pueden tener incidencia en el momento en que la rinde”.

Exatamente ao contrário do ocorrido no presente processo onde o acusado e seu irmão após serem torturados, *descreveram tudo para o juiz a quo* que não tomou nenhuma providência.

Se tivesse ao menos pedido o resultado do AEDC a que foi submetido o acusado, veria que havia um fundo de verdade do que estava dizendo: o AEDC com indícios tortura pois consta no Laudo de fls.207- realizado três dias depois do ocorrido, tumefação e ferida na mucosa.

Pior ainda fez o TJRJ que, através de sua 7^a Câmara se referiu aos supostos atos de tortura sofridos tanto pelo acusado quanto por seu irmão, como mera irregularidade, afirmando que:

não há porque negar credibilidade a esses agentes, na oportunidade em que vem a juízo informar o que ocorreu por ocasião do desempenho de suas atividades, o que possibilita a aplicação, por analogia, da súmula nº 70 deste tribunal

Por outro lado, e não menos importante, é o fato de ser direito absoluto de toda pessoa humana não ser condenado com base em provas ilícitas. O Sistema Interamericano, através da Corte Interamericana de Direitos Humanos, entendeu neste mesmo caso que a regra de exclusão de provas obtidas mediante tortura ou outro tratamento cruel ou desumano por ser reconhecida em vários tratados de direitos humanos tem caráter absoluto e inderrogável:

“165. Al respecto, la Corte observa que la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante la tortura o tratos crueles e inhumanos (en adelante “regla de exclusión”) ha sido reconocida por diversos tratados y órganos internacionales de protección de derechos humanos que han establecido que dicha regla es intrínseca a la prohibición de tales actos. **Al respecto, la Corte considera que esta regla ostenta un carácter absoluto e inderogable**

166. En este sentido, la Corte ha sostenido que la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las garantías judiciales. Además, el Tribunal considera necesario recalcar **que la regla de exclusión no se aplica sólo a casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles.** Al respecto, el artículo 8.3 de la Convención es claro al señalar **que “[l]a confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”**, es decir que no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción. En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción.”

Desta forma, totalmente procedente o pedido despronúncia feito pelo diligente Defensor que assina o RES para anular o processo e retirar a declaração do acusado em sede policial dos autos.

NULIDADE: BUSCA DOMICILIÁRIA SEM AUTORIZAÇÃO DO MORADOR DO IMÓVEL. APLICAÇÃO DA DECISÃO DA REPERCUSSÃO GERAL N° 280 DO STF.

Mais importante ainda é a discussão sobre a legalidade das buscas domiciliárias sem mandado. De acordo com o julgado no RE/603616, a busca domiciliária só é lícita quando justificada posteriormente:

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 280 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso e fixou tese nos seguintes termos: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, **quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito**, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”, vencido o Ministro Marco Aurélio quanto ao mérito e à tese. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármem Lúcia, participando como palestrante do XVI Encuentro de Magistradas de los más Altos Órganos de Justicia de Iberoamérica, em Havana, Cuba, e o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.11.2015.

Senhores julgadores, foi o próprio juiz que relaxou a prisão do acusado afirmando que:

O flagrante não foi legal, eis que não se amolda ao nos termos do art. 302 do CPP. (pág. 58).

Desta forma, toda a prova obtida a posteriori deve ser considerada fruto desta ilegalidade e, por consequência, retirada dos autos.

Mas não é só isso. Consta dos autos o depoimento feito em juízo do irmão do paciente afirmando que foi torturado pelos policiais e que **não autorizou a entrada destes policiais na sua casa.**

A Súmula 70 não tem aplicação aqui. A uma pois a prova não restringiu a prova oral feita pelos policiais e sim pelas vítimas; a duas pois diante da notícia de crime de tortura praticada por policiais, a autoridade judicial deveria, antes ao menos, de levar em consideração sua palavra, mandar iniciar uma investigação séria, independente e imparcial para tomar a devida decisão.

DO PEDIDO DE LIMINAR

Tendo sido o réu pronunciado e observado que todo esse material poderá influenciar o jurado leigo ant. A decisão já transitou em julgado. Os autos estão na primeira instância já aguardando marcar data para julgamento, solicita a Vossas Excelências a **concessão de medida liminar a fim de suspender o julgamento pelo plenário do Tribunal do Júri até decisão final deste Habeas Corpus.**

CONCLUSÃO

Desta forma, requeiro a Vossas Excelências o conhecimento e deferimento da Ordem para Anular a decisão nos autos do RESE nº 0047856-90.2013.8.19.0021,

E, que imediatamente, **seja concedida medida liminar para suspender a realização do plenário de julgamento até a decisão final deste habeas corpus.**

Duque de Caxias, 09 de novembro de 2015.

DO (DES)VALOR PROBATÓRIO DA CONFISSÃO OBTIDA MEDIANTE TORTURA

Mariana Castro de Matos^[256]

JUÍZO DA ____ VARA DA COMARCA DE _____ – ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº 0000000-00.20XX.8.19.00XX

XXXXXXX, já qualificado nos autos da ação penal em epígrafe, na qual o Ministério Público imputa-lhe a prática do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06, vem, por intermédio da Defensoria Pública, apresentar suas

ALEGAÇÕES FINAIS

na forma que se passa a expor.

I. DO (DES)VALOR PROBATÓRIO DA CONFISSÃO OBTIDA MEDIANTE TORTURA

Afirma-se, a fim de corroborar as imputações delitivas, que o réu teria confessado sua prática em sede policial, narrando pertencer a facção criminosa.

No entanto, tal afirmação – se é que existiu – não pode ser valorada, eis que configura prova nula, por se tratar de declaração obtida, como narra o acusado, mediante tortura praticada por agentes policiais.

É de conhecimento comum que a tortura configura prática proscrita no Brasil, a teor do art. 5º, III da Constituição, bem como do art. 5º, 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), do art. 2º da Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e do art. 1º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir

²⁵⁶ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

a Tortura, todas ratificadas pelo Brasil e internalizadas, respectivamente, pelos Decretos n. 678/1992, 40/1991 e 98.386/1989. A prática configura, ainda, crime, tipificado na Lei n. 9.455/1997.

Implicitamente, a vedação à tortura decorre também da proteção aos direitos à vida e à integridade psicofísica, tutelados pelo art. 5º da Constituição e pelo art. 5º da CADH.

O Estado brasileiro, então, assumiu, inclusive internacionalmente, a responsabilidade – decorrente de seu dever de, enquanto Estado, zelar pelo bem-estar dos indivíduos – de não permitir que ocorram torturas em seu território, eis que, por suas normas jurídicas, as proibiu.

Mais especificamente, consoante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, os Estados têm, na forma dos arts. 1º e 2º da CADH, deveres de respeito e de garantia dos direitos humanos em geral, e do direito de não ser submetido a torturas, em particular. Ligados a estes dois, há, ainda, o dever de não discriminação, para afirmar que os deveres não devem ser exercidos com discriminação a nenhum grupo.

O dever de respeito acarreta, para o Estado em geral e seus agentes em particular, o dever de não violar direitos humanos com seus atos, sejam eles administrativos, legislativos ou jurisdicionais. Reconhece-se, com isso, o limite que eles impõem à atuação e ao poder estatal – consoante já aludido, a soberania e o poder estatais existem para proteção dos indivíduos, e não do Estado *per se*, de modo que, se exercidos em prejuízo daqueles, são exercidos em desvio da função que legitimou sua existência. Resume a Corte:

Em relação ao dever de respeito, a Corte afirmou que a primeira obrigação assumida pelos Estados Partes, nos termos do citado artigo, é a de “respeitar os direitos e liberdades” reconhecidos na Convenção. Assim, na proteção dos direitos humanos, está necessariamente compreendida a noção da restrição ao exercício do poder estatal^{257]}.

Assim, por força do dever de respeito ao direito a não submissão a torturas em particular, o Estado se obriga a não adotar, por seus agentes, condutas que configurem tortura.

O dever de garantia, por outro lado, faz com que o Estado tenha de garantir que não haja violações a direitos humanos em seu território. Deve, assim,

²⁵⁷ Caso González e Outras Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009, par. 235.

adotar medidas para prevenir violações – incluindo revogar normas internas que as acarretem e criar normas e políticas públicas destinadas a evitar afrontas –, bem como investigar e sancionar responsáveis por violações, além de ordenar reparações para as vítimas. Novamente, leciona a Corte Interamericana:

Sobre a obrigação de garantia, a Corte estabeleceu que pode ser cumprida de diferentes maneiras, em função do direito específico que o Estado deva garantir e das necessidades de proteção particulares.^[258] Esta obrigação implica o dever dos Estados de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.^[259] Como parte desta obrigação, o Estado possui o dever jurídico de “prevenir, razoavelmente, as violações dos direitos humanos, de investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que tenham sido cometidas dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma correta reparação^[260]^[261]”.

Especificamente sobre os deveres de prevenção e investigação, que são os que terão maior relevo no caso em análise, juntamente ao dever de respeito, aduz a Corte:

A Corte estabeleceu que o dever de prevenção inclui todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a proteção dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar sanções para quem as cometa, bem como a obrigação de indenizar as vítimas por suas consequências prejudiciais.^[262]

A obrigação do Estado de investigar deve ser cumprida diligentemente para evitar a impunidade e para que este tipo de fatos não volte a se repetir. Nesse sentido, a Corte recorda que a impunidade fomenta a repetição das violações de direitos humanos.^[263] (...) À luz desse dever, uma vez que as autoridades estatais tenham conhecimento do fato,

²⁵⁸ Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005, par. 111 e 113; Caso Perozo Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009, par. 298; e Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de Setembro de 2009, par. 62.

²⁵⁹ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988 par. 166; Caso Anzualdo Castro Vs. Peru, par. 62.

²⁶⁰ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito, par. 174.

²⁶¹ Caso González e outras Vs. México, par. 236.

²⁶² Idem, par. 252.

²⁶³ Caso Anzualdo Castro Vs. Peru, par. 179; e Caso Garibaldi Vs. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009, par. 141.

devem iniciar ex officio e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à perseguição, captura, julgamento e eventual castigo de todos os autores dos fatos, em especial quando estão ou possam estar envolvidos agentes estatais.²⁶⁴

Assim, sabendo da existência de situação de risco a direitos humanos, o Estado deve atuar para evitar que ocorram. Analogamente, sabendo que determinados direitos estão sendo violados, tem de agir para impedir a continuação da afronta, e isto se faz mediante ações específicas, e também ao investigar a denúncia e sancionar os responsáveis, enviando a mensagem de que a conduta não é admissível.

Especificamente no que tange ao dever de garantia do direito a não submissão a torturas, então, o Estado deve adotar medidas para evitar que ocorram torturas em seu território – não fomentá-las, portanto –, e deve, recebendo denúncia de que, a despeito disso, ocorreram, agir imediatamente para investigá-las e sancionar os responsáveis, bem como conceder reparação às vítimas. O dever de investigação de denúncias de tortura, especificamente, é expressamente previsto no art. 8º da Convenção Interamericana e no art. 12 da Convenção da ONU.

Tais obrigações de respeito e garantia do direito à não submissão a tortura, ainda conforme a Corte, subsistem em *quaisquer* circunstâncias. Assim, ainda que houvesse guerra declarada – o que não é sequer o caso do Brasil –, o Estado brasileiro seria obrigado a respeitar o direito dos indivíduos a não submissão a tortura, e a garantir que este direito não fosse objeto de violações em seu território. Afirma a Corte:

A Corte reitera sua jurisprudência no sentido de que a tortura e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes estão estritamente proibidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. A proibição absoluta da tortura, tanto física como psicológica, pertence hoje em dia ao domínio do jus cogens internacional. Esta proibição subsiste ainda nas circunstâncias mais difíceis, tais como guerra, ameaça de guerra, luta contra o terrorismo e quaisquer outros delitos, estado de sítio ou de emergência, comoção ou conflito interno, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna ou outras emergências ou calamidades públicas. (...) Os tratados de alcance

²⁶⁴ Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia, Mérito, Reparações, Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2006, par. 143; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações, Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008, par. 144; e Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008, par. 101.

universal e regional consagram esta proibição e o direito inderrogável de não ser torturado. Igualmente, vários instrumentos internacionais consagram esse direito e reiteram a mesma proibição, inclusive o Direito Internacional humanitário.^[265]

Infelizmente, no entanto, é sabido que tais diretrizes não são sempre seguidas pelas forças policiais brasileiras – segundo constatou a própria Corte, “de acordo com informações de órgãos estatais, a violência policial representa um problema de direitos humanos no Brasil, em especial no Rio de Janeiro”^[266].

De fato, não são raros os relatos de agressões, torturas e mesmo homicídios cometidos pela polícia brasileira, sobretudo em operações realizadas em comunidades carentes. Em tais localidades, as operações seguem uma lógica de guerra, sendo *todos* vistos como criminosos – e, portanto, inimigos – em potencial, cujos direitos fundamentais e humanos não precisam, ao ver das forças policiais, ser respeitados, em descompasso com o que leciona a Corte, no sentido de que, ainda que houvesse cenário de guerra declarada, tais condutas não seriam admissíveis. Observa a Corte:

Entre as vítimas fatais de violência policial, estima-se uma predominância de jovens, negros, pobres e desarmados. Segundo dados oficiais, os homicídios são hoje a principal causa de morte de jovens de 15 a 29 anos no Brasil, e atingem especialmente jovens negros do sexo masculino, moradores das periferias e áreas metropolitanas dos centros urbanos. (...) Na cidade do Rio de Janeiro, aproximadamente 65% das pessoas que morreram em 2015 são negras (negros e mulatos). No Estado do Rio de Janeiro, estudos mostram que a oportunidade de um jovem negro de morrer por ação da polícia é quase 2,5 vezes maior do que a de um jovem branco.^[267]

No caso ora em comento, foi claramente seguido este padrão pelas forças policiais que efetuaram a abordagem e a prisão do acusado.

De fato, narrou ele, durante sua audiência de custódia, diante do Magistrado, do Promotor de Justiça e do Defensor Público, que sofreu agressões e ameaças pelos policiais por ocasião de sua prisão. Tal conduta foi praticada com o objetivo de obter dele informações ou, mesmo, confissões sobre seu envolvimento em atividades criminosas. Tal conduta, então, configura tortura. Afirma a Corte:

²⁶⁵ Caso Bueno Alves Vs Argentina. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007, par. 76-77. No mesmo sentido, Caso González e Outras Vs. México, par. 244.

²⁶⁶ Caso Favela Nova Brasília Vs Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017, par. 102.

²⁶⁷ Caso Favela Nova Brasília Vs Brasil, par. 103.

No caso Cantoral Benavides Vs. Peru, a Corte sublinhou que entre os elementos constitutivos da tortura está incluída “a intervenção de uma vontade deliberadamente dirigida a obter certos fins, como obter informação de uma pessoa, ou intimidá-la ou castigá-la” (Cf. Caso Cantoral Benavides. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C Nº 69, par. 97). (...) No caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala a Corte assinalou que “entre os elementos da noção de tortura estabelecidos no artigo 2 da Convenção Interamericana contra a Tortura se incluem métodos para anular a vontade da vítima com o objetivo de obter certos fins, como informação de uma pessoa, ou intimidação ou castigo, o que pode ser perpetrado mediante violência física, ou através de atos que produzam na vítima um sofrimento psíquico ou moral agudo.” (...) (Cf. Caso Maritza Urrutia. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C Nº 103, pars. 91 e 93).

Ainda sem as agressões e ameaças, o depoimento já seria inválido, porque obtido em afronta ao direito ao silêncio e ao direito a entrevista prévia e reservada com um defensor ou advogado. Explica a Corte Interamericana:

Por outro lado, [a Corte] estabeleceu que ‘o direito à defesa deve poder exercer-se desde que se aponta uma pessoa como possível autor ou participante de um fato punível, e só se encerra quando finalizado o processo. (...) O direito à defesa obriga o Estado a tratar o indivíduo, a todo momento, como um verdadeiro sujeito do processo, no mais amplo sentido deste conceito, e não simplesmente como um objeto do mesmo’²⁶⁸. Da mesma forma, também determinou este Tribunal que “impedir que a pessoa exerça seu direito de defesa desde que se inicia a investigação contra si e a autoridade determina ou executa atos que implicam a afetação de direitos seus significa potencializar os poderes investigativos do Estado em prejuízo dos direitos fundamentais da pessoa investigada”²⁶⁹. Analogamente, a Corte expressou que o artigo 8.2.b da CADH se aplica inclusive antes de ser formulada uma “acusação” em sentido estrito. Para que o aludido artigo satisfaça os fins que lhe são inherentes, é necessário que a notificação ocorra previamente a que o acusado dê sua primeira declaração²⁷⁰ perante qualquer autoridade pública²⁷¹.

²⁶⁸ Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2009, par. 29; Caso J. Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2013, par. 194.

²⁶⁹ Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, par. 29; e Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010, par.154.

²⁷⁰ Caso Tibi Vs. Ecuador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2004, par. 187, e Caso J. Vs. Peru, par. 195.

²⁷¹ Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, par. 30, e Caso J. Vs. Peru, par. 195.

Dessa forma, mesmo que não houvesse ainda o processo, no momento em que foi abordado pelos policiais, o ora réu já tinha direito à defesa, e deveria ter sido alertado de que não era obrigado a prestar quaisquer declarações, nem fazê-lo sem um advogado ou defensor público presente – isto não seria admissível num processo penal instaurado, e não deve sé-lo na fase pré-processual, em que não há, ainda, acusação formal, mas já há, de todo modo, acusação de prática de crime.

Assim, mesmo sem as ameaças e agressões narradas pelo réu, seu depoimento supostamente dado aos policiais já seria nulo, pois tomado sem estas formalidades – que, longe de serem meros formalismos, visam assegurar os direitos fundamentais do acusado. Com as agressões e ameaças narradas, porém, é nulo também porque obtido mediante tortura.

Não obsta o reconhecimento da tortura o fato de o auto de exame de corpo de delito apontar a inexistência de lesões – são também comuns, lamentavelmente, os relatos de presos no sentido de que não foram efetiva ou, ao menos, detidamente examinados pelos peritos, que, frequentemente, se limitavam a indagar sobre se teriam sofrido agressões. Temerosos em afirmar que sim, por ainda estarem frequentemente sob custódia dos agressores, não o faziam, e era elaborado auto de exame negativo sem maiores análises. Trata-se, de fato, de cenário comum, sobretudo em países coniventes com a agressão policial – como o Brasil, consoante já observado acima^[272].

São, ainda, comuns os relatos de agressões de formas que não deixam marcas visíveis, de modo que não podem ser constatadas em perícia.

Por tudo isso, afirma a Corte:

A falta de realização de um exame médico de uma pessoa que se encontrava sob custódia do Estado, ou sua realização sem cumprimento dos standards aplicáveis, não pode ser usado para questionar a veracidade das alegações de maus-tratos da suposta vítima^[273]. Igualmente, a ausência de marcas físicas não implica que não tenham sido produzidos maus-tratos, já que é frequente que estes atos de violência contra as pessoas não deixem marcas nem cicatrizes permanentes^[274].^[275]

²⁷² Especificamente sobre a impossibilidade de o exame ser realizado na presença de autoridades policiais – o que, frequentemente, não é seguido no país –, manifesta-se a Corte Interamericana no Caso Espinoza Gonzales Vs Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014, par. 251.

²⁷³ Caso J. Vs. Perú, par. 333; Em sentido similar, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Tekin Vs. Turquia*, No. 41556/98, Sentença de 9 de junho de 1998, par. 41; *Türkan Vs. Turquia*, No. 33086/04, Sentença de 18 de setembro de 2008, par. 43; e *Korobov Vs. Ucrânia*, No. 39598/03, Sentença de 21 de julho de 2011, par. 68.

²⁷⁴ Caso J. Vs. Perú, par. 329, e Protocolo de Istambul, par. 161.

²⁷⁵ Caso Espinoza González Vs Peru, par. 152.

Mais precisamente,

É claro que no caso de torturas causadas em pessoas detidas, geralmente os responsáveis costumam recorrer a práticas orientadas a não deixar nenhuma marca no corpo da vítima, e se for o caso a justificar sua atuação por meio da simulação de atestados médicos, os quais, por regra geral, sem cumprir nenhum parâmetro metodológico, resumem-se em afirmar que a pessoa examinada se encontrava “sem lesões”²⁷⁶.²⁷⁷

Assim, o fato de as denúncias de tortura não serem corroboradas por exame de corpo de delito positivo não pode fazer com que sejam ignoradas. Por todo o exposto – ausência de exame minucioso; exame realizado na presença de autoridades policiais, que incutem temor ao preso; agressões que não deixam marcas visíveis –, a palavra da vítima ganha especial relevo aqui.

Por razões similares, não pode também ser usado para desqualificar seu depoimento o fato de não ter a denúncia de tortura sido apresentada pelo preso na delegacia, e sim apenas em juízo. Leciona a Corte:

A respeito, sobre as declarações prestadas pelas supostas vítimas, a Corte observa que elas frequentemente se abstêm, por temor, de denunciar atos de tortura ou maus-tratos, sobretudo se se encontram detidas no mesmo recinto onde ocorreram, e que não é razoável exigir que as vítimas de tortura manifestem todos os supostos maus-tratos que tenham sofrido em cada oportunidade em que prestam declarações²⁷⁸.

O que se verifica, em verdade, na prática forense, é uma tendência a desqualificar as denúncias de tortura formuladas por réus criminais, como se tivessem eles de comprovar terem sido torturados. No entanto, trata-se de uma inversão indevida – no momento em que uma pessoa relata ter sido vítima de tortura, está denunciando a prática de uma violação de direitos humanos e de um ilícito penal por parte de agente estatal. Tem o Estado, então, como decorrência de seu dever de garantia dos direitos humanos, de levar a denúncia a sério – como levaria a sério qualquer denúncia de violação de direitos humanos e de crime – e ele próprio investiga-la e adotar medidas que indiquem que ele não corrobora as práticas. É neste sentido, novamente, o entendimento da Corte Interamericana:

Este tribunal assinalou que “o dever de investigar é uma obrigação de meio e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera, ou como uma mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares, ou da colheita privada de elementos probatórios”²⁷⁹.

²⁷⁶ CNDH, Relatório Especial, folhas 2228 e 2229.

²⁷⁷ Caso González e Outras Vs México, par. 343.

²⁷⁸ Caso Espinoza González Vs Peru, par. 149.

²⁷⁹ Caso Galindo Cárdenas e Outros Vs Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de outubro de 2015, par. 259.

Mais especificamente,

A Corte assinalou que corresponde à parte demandante, em princípio, a carga probatória dos fatos em que se fundam suas alegações; não obstante, destacou que, diversamente do Direito Penal interno, nos processos sobre violações de Direitos Humanos, a defesa do Estado não pode descansar sobre a impossibilidade de o demandante produzir provas, quando é o Estado quem tem controle sobre os meios para esclarecer os fatos ocorridos em seu território.^[280]

A verdade, porém, é que as denúncias são desqualificadas por se entender que as vítimas – pessoas acusadas do cometimento de crimes – possuem valor inferior, e seus direitos são menos dignos de tutela. Por suas (supostas) condutas, seria justificada a violação de seus direitos^[281], e não condenável.

Trata-se, precisamente, de hierarquização de pessoas similar à que fundamentou o nazi-fascismo. O direito é violado por se entender que a vítima tem menor valor, a denúncia não é investigada pelo mesmo motivo, não são adotadas condutas que indicam que o Estado as rechaça – pelo contrário –, e os perpetradores, então, têm a certeza de que o comportamento é aceito, o que propicia sua reiteração. Forma-se, assim, um ciclo de violação de direitos humanos e fundamentais por parte do Estado, fomentado por sua própria postura de não condená-las. Viola-se o dever de respeito e, após, o dever de garantia, o que retroalimenta a afronta ao primeiro.

A Corte se pronunciou sobre o tema em caso que envolvia violência contra mulheres, mas, em verdade, as lições se estendem a quaisquer casos análogos, em que se reputa que a vítima tem menor valor – como violências cometidas contra pessoas acusadas de cometer crimes:

A impunidade dos crimes cometidos envia a mensagem de que a violência contra a mulher é tolerada, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança nas mulheres, bem como uma persistente desconfiança destas no sistema de administração de justiça. A esse respeito, o Tribunal ressalta o afirmado pela Comissão Interamericana em seu relatório temático sobre “Acesso à Justiça para Mulheres Vítimas de Violência” no sentido de que “[a] influência de padrões socioculturais discriminatórios pode ter como resultado uma desqualificação da credibilidade da vítima durante o processo penal em casos de violência e uma assunção tácita de responsabilidade dela pelos fatos (...), o que se traduz em inação por parte dos promotores, policiais e juízes frente a denúncias de fatos violentos. Esta influência também pode afetar de forma negativa a investigação dos casos e a apreciação da prova subsequente”^[282].

²⁸⁰ Caso Espinoza González Vs Peru, par. 261.

²⁸¹ Sobre o tema, ver, por todos, na Corte Interamericana, o Caso González e Outras Vs México, par. 202-208.

²⁸² Caso González e Outras Vs México, par. 400.

Além de deficiências na investigação, não se adotam quaisquer medidas que indiquem que o Estado rechaça a conduta violatória. Notadamente, o mínimo que o Estado poderia fazer seria desqualificar absolutamente o depoimento que, segundo o próprio depoente, teria sido proferido mediante tortura.

Perceba-se – dever-se-ia desqualificar não *a denúncia* de tortura, mas sim desqualificar *o depoimento* que teria sido prestado mediante tortura, não lhe atribuindo nenhum valor, por ter sido obtido em afronta a direitos fundamentais e humanos. É o que indicam o art. 15 da Convenção da ONU e o art. 10 da Convenção Interamericana:

Artigo 15: Cada Estado Parte assegurará que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada.

Artigo 10: Nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como prova num processo, salvo em processo instaurado contra a pessoa ou pessoas acusadas de havê-la obtido mediante atos de tortura e unicamente como prova de que, por esse meio, o acusado obteve tal declaração.

A postura contrária – atribuindo algum valor jurídico ao depoimento, para considerar verídicas as afirmações nele contidas, a despeito da forma pela qual foi obtido – acaba por enviar aos perpetradores da tortura a mensagem de que sua conduta é válida, e, mesmo, necessária à persecução penal; afinal, a confissão obtida foi empregada em processo para incriminar o réu torturado. A finalidade que motivou a prática da tortura – incriminar a vítima dos maus-tratos – foi atingida.

Com isso, viola o Estado brasileiro, como já observado, não apenas o dever de respeito ao direito de não ser torturado e o dever de investigar denúncias de tortura, mas também o dever de prevenir violações deste direito. Assevera a Corte:

A Comissão [Interamericana de Direitos Humanos] concluiu que, dado que a violação faz parte de um “padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado”, não somente havia sido violada a obrigação de processar e condenar, mas também a de prevenir estas práticas degradantes.^{[283][284]}

²⁸³ CIDH, Caso Maria Da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil, Relatório de 4 de abril de 2001, par. 56.

²⁸⁴ Caso González e Outras Vs México, par. 255.

É precisamente o caso do Brasil – foi constatado, como afirmado acima, que a violência policial no Brasil constitui grave caso de violação de direitos humanos. Assim, a conduta de dar algum valor a depoimentos prestados em virtude de tal afronta constitui, também, violação do dever do Estado de prevenir tais agressões – como dito, a situação retroalimenta a prática de tortura.

A situação importa, dessa forma, violação, pelo Estado, dos deveres de respeito – eis que a tortura é praticada por agentes estatais – e de garantia do direito à não submissão à tortura (especificamente, do dever de prevenção e do dever de investigação), bem como do dever de não discriminação, vez que as obrigações estatais são desrespeitadas com relação a um grupo específico – os acusados de prática de outros crimes. O descumprimento dos deveres estatais se dá por se discriminar este grupo, atribuindo-lhe menor valor como pessoas.

A polícia suspeita que o indivíduo possa ter praticado crime, então, o encara como inimigo, consequentemente, como subumano, e o tortura para obter informações que corroborem a acusação. O Estado, através do Poder Judiciário, não rechaça esta conduta, atribuindo valor ao depoimento, como se fosse válido, e não providencia investigação da denúncia de tortura, ignorando-a e desqualificando-a. O perpetrador da tortura tem a certeza de que agiu corretamente, e tornará a fazê-lo, em casos análogos. A ilicitude e a violação de direitos, assim, se perpetuam, com beneplácito do Poder Judiciário.

A conduta não violatória de direitos, ao revés, é, no mínimo, considerar que o depoimento versado nos presentes autos foi obtido de maneira ilícita, porque em afronta a normas internacionais e internas de proteção aos direitos humanos em geral e, em particular, do direito a não ser submetido a torturas. Como depoimento com origem ilícita, não pode ter nenhum valor processual penal, a teor da Constituição Federal:

Art. 5º: (...)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Noutros termos, tendo o depoimento do acusado sido obtido após tortura sofrida por ele, não pode ser considerado como prova válida contra o réu, sob pena de afronta à Constituição, à dignidade humana e às convenções internacionais de que o Brasil é signatário – afronta a elas poderia, mesmo, ensejar denúncia contra o país em âmbito internacional, porque, com isto, o Estado descumpria, como demonstrado, seus deveres de respeito ao direito a não submissão a torturas, bem como de garantia deste direito, e o dever de não discriminação.

Não se trata, mesmo, de evidência fiável – não são raros os casos em que indivíduos afirmam qualquer coisa, mesmo que não correspondam à realidade, com o fim de se verem livres da tortura sofrida.

Assim, é um depoimento obtido de maneira ilícita, e que nem sequer é confiável. Não se pode, seriamente, embasar uma persecução penal e mesmo uma condenação criminal em evidência tão frágil. Resume a Corte, versando sobre a situação verificada em Ciudad Juárez, no México, mas que se reproduz, integralmente, no Rio de Janeiro:

Um Relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) sobre sua missão a Ciudad Juárez analisou o Caso Campo Algodeiro e outros casos. Este Escritório verificou que vários juízes invertiam indevidamente o ônus da prova, rechaçavam as alegações de tortura subestimando a veracidade das retratações e indicavam que não estavam suficientemente provadas sem uma avaliação médico-pericial das lesões e sem que houvesse sido iniciada uma investigação prévia a esse respeito. O relatório concluiu que: “[e]m todos os procedimentos examinados, se reproduz o mesmo padrão: [...] uma parte significativa dos [acusados] confessa os crimes de que são acusados no momento de prestar declaração na fase pré-processual ou na investigação prévia [...] e não ratificam esta declaração em presença judicial, [...] denunciando tratamentos desumanos e degradantes, e [...] crimes de tortura, por meio dos quais aqueles teriam obtido sua confissão. Invariavelmente, tais alegações são rechaçadas pelos Juízes intervenientes, pelas sucessivas decisões por eles proferidas, com argumentos mais ou menos abstratos, ou com terminologia técnico-jurídica diversa, mas sem ordenar investigações ou diligências dirigidas a esclarecer se as denúncias de torturas têm ou não fundamento. Isto ocorre, apesar de que, em vários casos, tais denúncias são extremamente detalhadas, reproduzem nos distintos procedimentos examinados os métodos supostamente utilizados pela Polícia Judiciária (descargas eléctricas ou ‘cigarras’, cobertores empapados de água, asfixia com sacolas de plástico etc) e aparecem confirmadas por relatórios inequívocos emitidos por médicos particulares e/ou de instituições oficiais que comprovam as marcas físicas de maus-tratos incompatíveis com as hipóteses de autolesão, bem como por fotografias e outros meios de prova. [...] As denúncias de privações ilegítimas de liberdade e de torturas, seguidas da não investigação das mesmas pelo Ministério Público e pelos Juízes, têm como resultado, também sistemático, a aceitação por parte dos operadores jurídicos das declarações de acusados e testemunhas em tais condições como provas de acusação válidas para, com base nelas, construir e sustentar a acusação. Em Chihuahua, os processos se constroem, [...] fundamentalmente, sobre a autoacusação dos processados, e sobre a acusação de coprocessados e testemunhas.”^{285]}

²⁸⁵ Caso González e Outras Vs México, par. 344.

Lamentavelmente, é a situação encontrada no país, e neste caso em particular – a imputação se baseia no fato de policiais afirmarem que o acusado teria confessado prática de atividades criminosas, confissão esta que, no entanto, teria sido, segundo o réu, obtida mediante tortura.

A evidência é absolutamente ilícita, como demonstrado, e pouco fiável. A não rechaça-la, envia-se a mensagem de que pouco importa. Noutros termos, pouco importa se o réu efetivamente praticou os delitos a ele imputados ou não. Fabrica-se um culpado. Alguém tem de ser punido, pois “a sociedade precisa de uma resposta”.

Esta conduta, porém, em vez de trazer segurança, como se parece pretender, gera, na verdade, consequências nefastas para a sociedade. Afirma a Corte:

Isso afeta a capacidade do Poder Judiciário para identificar e perseguir os responsáveis e alcançar a sanção que corresponda, o que torna inefetivo o acesso à justiça. No presente caso, estas irregularidades geraram o reinício da investigação quatro anos depois de ocorridos os fatos, o qual gerou um impacto grave na eficácia da mesma, mais ainda pelo tipo de crime cometido, onde a apreciação de evidências é ainda mais difícil com o transcurso do tempo.²⁸⁶

Noutros termos, se processa e prende um indivíduo que não praticou crime algum, enquanto o real autor do delito imputado ao ora acusado permanece em liberdade, e com identidade ignorada. Não é investigado, não se evita que torne a delinquir. Uma pessoa inocente, por outro lado, é encarcerada, sob o falacioso argumento de ser necessário “dar uma resposta à sociedade”.

A sociedade, porém, não pode se contentar com qualquer resposta. Não pode se contentar com ilícitudes e mentiras. A cada vez que se ignora denúncia de tortura, e se considera válido um depoimento obtido mediante tortura, se vulnera o direito à justiça, se retroalimenta a prática ilícita, e se revitimiza a pessoa que sofreu a tortura. Explica a Corte:

Com efeito, a Comissão argumentou que “o dano psicológico causado pelas torturas se viu exacerbado pela rejeição de suas denúncias perante o Poder Judiciário.” (...) Em vista disso, a Corte considera que a falta de resposta judicial afetou a integridade pessoal do senhor Bueno Alves, o que torna o Estado responsável pela violação do direito contemplado no artigo 5.1 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento da vítima.²⁸⁷

²⁸⁶ Idem, par. 346.

²⁸⁷ Caso Bueno Alves Vs Argentina, par. 92-95.

A sociedade, sobretudo em comunidades carentes, sabe que o indivíduo preso não necessariamente tem envolvimento com atividades ilícitas, mas sabe também que basta a palavra de policiais afirmando que ele teria confessado para que seja condenado. Sabe, assim, que a lei penal não age sempre contra os autores de crime e, portanto, que é possível ser autor de crime e jamais ser pego. A lei penal não cumpre sua função preventiva geral. Cresce, ainda, um sentimento de revolta entre estes indivíduos, que veem inocentes serem presos e condenados como forma de chancelar atuações ilícitas dos policiais nestes locais. Perde-se, assim, a confiança na Justiça.

Não se pode admitir a perpetuação de tal situação. Por todo o exposto, não pode o depoimento supostamente prestado pelo acusado aos policiais que o prenderam ser valorado em prejuízo dele, por ter sido obtido mediante tortura.

Tem o Estado brasileiro, aqui pelo Poder Judiciário, o dever de rechaçar tal depoimento, pois, com isso, se rechaça a própria prática de tortura, eis que não “valerá a pena” praticá-la. A prova é imprestável.

Do contrário, o Estado brasileiro afronta seu dever de respeito ao direito a não ser submetido a tortura, bem como seu dever de garantia deste direito – violando seus deveres de prevenção da tortura e de investigação de denúncias de tortura –, fabrica culpados, não garante a justiça e revitimiza quem sofreu a tortura.

A prova é manifestamente ilícita, como se pode ver. Deve, então, ser desconsiderada.

Resumindo-se a prova contra o réu ao depoimento dos policiais militares que o prenderam, que afirmam que ele teria lhes dito integrar facção criminosa – afirmação esta que o acusado afirma ter sido proferida mediante tortura –, certo é que não há evidências válidas contra o réu. Deve ele, então, ser absolvido.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, requer a Vossa Excelência seja reconhecido o desvalor probatório de depoimento obtido mediante tortura, para, então, declarar a inexistência de provas válidas de que o acusado tenha se associado para fins de prática de tráfico e, consequentemente, absolve-lo da imputação contida na exordial acusatória.

Termos em que

Aguarda Provimento.

Local, data.

Defensor Público

HABEAS CORPUS QUESTIONANDO A PRISÃO NA HIPÓTESE DE RELATO DE TORTURA/MAUS TRATOS PELO CUSTODIADO

Michele de Menezes Leite^[288]

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR
SEGUNDO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Paciente: XXXXXXXXXXXX

Autoridade Coatora: Juízo da XXXXXXXXXXXXXXXXX

Processo de origem: XXXXXXXXXXXXXXXXX

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através da Defensora Pública abaixo assinada, no uso de suas atribuições legais, com fundamento no artigo 5º, LXV e LXVIII, da CRFB/88 e artigo 648, I, do CPP, vem, por meio desta, impetrar ordem de

HABEAS CORPUS

(COM EXPRESSO PEDIDO DE CONCESSÃO LIMINAR DA ORDEM)

em favor de XXXXXXXXXXXX, brasileiro, portador da identidade nº XXXXXXXXX, filho de XXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXX, nascido em XX/XX/XXXX, com endereço à XXXXXXXXXXXXXXXXX, RJ, apontando como autoridade coatora o **Juízo da XXXXXXXXXXXXX da Comarca XXXXXXXX**, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

I. DA INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO DE CLASSE ESPECIAL

Inicialmente, a Impetrante pugna pela intimação pessoal do Defensor Público de Classe Especial em exercício junto a esta Egrégia Câmara Criminal de todos os atos deste processo, sobretudo da inclusão em pauta para julgamento deste *writ*, nos termos do art. 128, I, da Lei Complementar nº 80/1994.

²⁸⁸ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: micheledmleite@yahoo.com.br

II. DO BREVE HISTÓRICO

O paciente foi preso em flagrante delito em xx dexxxxxxxxx de 2018, pela suposta prática dos delitos previstos no art.xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Na audiência de custódia, realizada em xx dexxxxxxxxx de 2018, a Defensoria Pública requereu o relaxamento da prisão em flagrante, bem como a liberdade provisória, considerando que não se encontram presentes, no caso em tela, os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum in libertatis*.

Nada obstante, a autoridade coatora proferiu a seguinte decisão:

(...)

xx
xx.

Destarte, não restou alternativa à defesa senão o ajuizamento do presente *writ*, a fim de resguardar os direitos do paciente que foram inofismavelmente violados com a decisão acima referida, como será demonstrado a seguir.

III. DO DIREITO

1. DO RELATO DE TORTURA POR AGENTES POLICIAIS NO MOMENTO DA PRISÃO. DA CARÊNCIA DO FUMUS COMISSI DELICTI.

Compulsando os autos, verifica-se que não existem nos autos elementos de informações idôneos a justificar a prisão em flagrante e, por consequência, a prisão preventiva do indiciado.

Vale apontar que, para além das declarações *idênticas* dos policiais militares no Auto de Prisão em Flagrante, não há mais nada que indique qualquer conduta reconhecida pela legislação nacional como delito imputada ao indiciado.

Note-se que, em que pese o conteúdo da Súmula nº 70 do TJRJ, há que se atentar, no caso em tela, que o investigado alega ter sido vítima

de agressões e sofrimentos físicos e/ou psíquicos infligidos por estes agentes da lei responsáveis pela sua prisão.

Nesse ponto, é preciso destacar que os *standards* internacionais estabelecem que “*todo uso da força que não seja estritamente necessário pelo próprio comportamento da pessoa detida constitui um atentado à dignidade humana, em violação do artigo 5 da Convenção Americana*”.

{QUANDO HOUVER FOTOS OU LAUDO DEMONSTRANDO A VIOLÊNCIA}

Nada obstante o depoimento dos policiais de que o indiciado teria resistido à prisão, não é necessário conhecimento aprofundado em Medicina Legal para se constatar que a violência utilizada contra o investigado no momento da prisão em nada se coaduna com a suposta resistência à prisão mencionada pelos agentes.

Da mesma forma, as lesões que o indiciado ostenta (vide fotos) são suficientes para, pelo menos, se questionar a higidez das declarações policiais e, principalmente, a sua suficiência a amparar o pressuposto do *fumus comissi delicti*, necessário à decretação da prisão.

[INCLUIR FOTOS]

XXXXXXX

XXXXXXX

XXXXXXX}

{QUANDO NÃO TIVER FOTOS OU LAUDO PERICIAL}

Não se pode desprezar as alegações do investigado sobre os abusos que sofreu no momento de sua prisão somente em virtude de sua condição de privado de liberdade. Pelo contrário.

A privação de liberdade lhe atribuiu automaticamente a condição de vulnerável, vez que lhe dificulta o exercício com plenitude dos demais direitos perante o sistema de justiça, conforme item 22 das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade.

Por esse exato motivo, desde 2013 e também em julgado de 2017 condenando o Brasil, a Corte de Interamericana de Direitos Humanos, julgou “necessário salientar que a ausência de sinais físicos

não implica que não tenham ocorrido maus-tratos, já que é frequente que esses atos de violência contra as pessoas não deixem marcas ou cicatrizes permanentes (...)" .}

Com efeito, o Sistema de Justiça, diante da sua preponderância na repreensão de condutas ilegais, deve ser a barreira que impede as atuações policiais enquadradas na tipificação legal do crime de tortura.

Não apenas porque o Poder Judiciário é o guardião das garantias do cidadão, mas também porque a própria lei determina que *"aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos"* (art. 1º, §2º, da Lei 9.455/97, que define os crimes de tortura e dá outras providências).

Nessa esteira, verifica-se que a atuação dos agentes militares que efetuaram a abordagem e aprisão em flagrante do ora paciente encontra-se irremediavelmente viciada, sendo inegável a coação ilegal imposta pela r. decisão combatida, que decidiu pela inexistência de ilegalidade da prisão flagrancial do ora paciente, validando a atuação reprovável dos agentes policiais.

A Constituição da República, em 1988, trouxe previsão expressa de vedação à tortura e demais tratamentos desumanos ou degradantes, no art. 5º, inciso III, como garantia fundamental do cidadão, escudada sob o manto de cláusula pétrea. No mesmo sentido, foi ratificada pelo Brasil em 28/09/1989, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, da ONU, que foi promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. A seguir, foi promulgada a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, através do Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989.

Outrossim, o Estado Brasileiro, em 06/07/1992, promulgou através do Decreto 592/1992, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que traz vedação expressa ao crime de tortura no artigo 7.

No sentido de atender à obrigação geral de garantia dos direitos constitucionalmente instituídos e daquelas ratificados e promulgados, o Poder Legislativo brasileiro publicou a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que define a conduta tipificada como crime de tortura:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos. (...)

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público; (...)

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

Demonstrando este mesmo objetivo, também aderiu ao Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, através do Decreto nº 6.085/2007, que submeteu o Estado Brasileiro ao monitoramento do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes do Comitê contra a Tortura.

Diante disso, verifica-se que o Estado Brasileiro assumiu diversos compromissos, tanto no âmbito nacional como internacional, no claro intuito de combater a abominável prática do crime de tortura, razão pela qual os atores do sistema penal não podem se omitir em atuar nessas hipóteses, inclusive sob pena de incidir nas penalidades administrativas, disciplinares, civis e penais.

Nesse contexto, é inegável a relevância dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, principalmente à luz do entendimento pacificado da jurisprudência da Suprema Corte, que reconheceu seu status normativo supralegal.

Desta feita, respaldar ou até mesmo se omitir diante da tortura praticada pelos agentes policiais, é expor o Estado brasileiro à responsabilidade perante as Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

A título elucidativo, colaciona-se o conceito trazido pela redação do art. 1º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, que engloba a prática de ato praticado por autoridade policial com o fim de obter informação e/ou de castigar:

ARTIGO 1º

1. Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

2. O presente Artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

No caso em tela, em sede de audiência de custódia, foi apresentado o paciente que relatou de forma firme a violência e os abusos policiais.

Com efeito, ficou ostensivamente indiciado que, na data de ocorrência da abordagem policial, o paciente foi vítima de sofrimento físico e/ou psíquico decorrente de violência perpetrada por agentes da lei.

Tal fato, por si só, se não macula de nulidade a prisão do paciente, no mínimo deve servir para que não se considere a palavra destes policiais suficiente para se decretar uma prisão preventiva!

Reforçando a necessidade de se reprimir tais abusos, mormente aqueles que configurem o crime de tortura, vale citar o Decreto de Indulto de 2015, Decreto nº 8.615/15, que traz no art. 1º, inciso XIX, a possibilidade de concessão de indulto às pessoas “condenadas a pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2015, tenham sido vítimas de tortura, nos termos da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, com decisão transitada em julgado, praticada por agente público ou investido em função pública no curso do cumprimento da sua privação de liberdade”.

Assim, se a própria legislação pátria prevê a hipótese de indulto, instituto do poder absoluto de clemência do soberano, previsto no Código Penal, como causa de extinção de punibilidade (vide art. 107, II, do CP), nos casos de tortura, com muito mais razão deve ser reconhecida a ilegalidade da prisão, da apreensão de material e da extração de confissão extraoficial, realizada por policiais através de **TORTURA**.

Consentâneo com o tema, colaciona-se trecho da conclusão da pesquisa recentemente publicada pela CONECTAS DIREITOS HUMANOS, “*Tortura blindada: Como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia*”, que traduz a triste realidade do país:

Os relatos das pessoas presas trazidos nas audiências assistidas, a porta de entrada para este relatório, são fundamentais para compreender, publicizar e problematizar a violência policial que ocorre no momento da prisão. Antes da audiência de custódia, a maior parte desta violência era invisibilizada devido à precariedade do acesso à justiça das pessoas presas e ao difícil acesso da sociedade às prisões e as(os) presos(as) no Brasil. (...)

As conclusões da pesquisa apontam que há uma linha tênue entre dois caminhos de certo modo opostos que podem ser seguidos pelas audiências, a depender, em grande parte, da forma como forem implementadas.

O primeiro deles seria servirem para fortalecer a naturalização da violência policial que, como observado, ocorre tanto entre as vítimas quanto entre as instituições. A partir dos relatos trazidos, notou-se que muitas pessoas presas entendem a violência como algo normal, a que sempre estiveram e sempre estarão submetidas. Nessa perspectiva, não haveria grandes incentivos para que o(a) acusado(a) se submetesse à exposição e fizesse a comunicação da violência em uma audiência, ambiente com pessoas que lhe tratam de maneira hostil, muitas vezes naturalizando determinadas violências que parecem entender como intrínsecas à lógica do sistema penal. (...)

Ambas as instituições, MP e Judiciário, se mostram, ainda, muito apegadas a lógica do que está no papel, mesmo que estejam diante delas pessoas narrando cotidianamente graves violações. Apesar dos relatos constantes e muitas vezes semelhantes, mostrando que há um padrão na atuação da polícia, e que a violência permeia a sua atuação, ainda se entende a violência policial como algo pontual, excepcional, e justificado, por exemplo, pelo fato de conhecer ou já ter sido abordado pelos mesmos policiais.

Espera-se, assim, que uma análise mais universal dos dados trazidos com a realização da audiência custódia possa chamar a atenção destas instituições para aquilo que parece estar diante delas, mas se recusam a ver: a violência policial é uma “política” institucionalizada e a partir dessa verdade é que devem lidar com as denúncias relatadas nas audiências.”

Ante o exposto, sob qualquer prisma que se observe a questão, há de se reconhecer a prática de tortura [maus tratos/tratamentos cruéis / desumanos/ degradantes] narrada pelo indiciado no momento da prisão, indica a necessidade de cautela na análise dos depoimentos prestados em sede policial e acrescenta ainda a exigência de que o *fumus comissi delicti* seja amparado em elementos adicionais.

Assim, resta evidenciado que não há elementos de informação idôneos na investigação que apontem a existência dos delitos imputados, muito menos elementos suficientes para embasar uma prisão cautelar, razão pela qual esta deve ser revogada.

Por todo exposto, sob qualquer prisma que se observe a questão, há de se reconhecer o inegável constrangimento ilegal, seja pela nulidade da prisão em flagrante maculada de vício insanável pelo uso de força policial (aplicação de sofrimento físico/psíquico) desnecessária contra o paciente, seja pela ausência de elementos idôneos que sustentem o *fumus comissi delicti* de forma suficiente, impondo-se o restabelecimento da liberdade do paciente.

IV. DA MEDIDA LIMINAR

Uma vez evidenciado o constrangimento ilegal a que vem sendo submetido o paciente (*fumus boni iuris*), e tendo em conta os danos irreparáveis acarretados pelo cárcere à sua integridade física e psicológica (*periculum in mora*), deve ser concedida ordem liminar para a imediata correção do estado de coação que paira sob o paciente.

V. DO PEDIDO

Diante do exposto, requer a V. Ex.^a:

- a) a concessão de **ordem liminar**, independentemente de pedido de informações, para restabelecer de imediato a liberdade da paciente até o julgamento do mérito deste *writ*;
- b) a intimação pessoal da Defensoria Pública acerca da data da realização do julgamento, bem como de todos os atos processuais, permitindo-se, caso haja interesse, a sustentação oral no dia designado;
- c) ao final, a concessão da presente ordem de *habeas corpus* para relaxar ou, subsidiariamente, revogar a prisão do paciente, expedindo-se o alvará de soltura ou ainda, subsidiariamente, revogar a prisão do paciente, aplicando-se uma das medidas cautelares diversas da prisão, insculpidas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Nesses termos,
Pede deferimento.

Rio de Janeiro, xx de xxxxxxxx de 2018.

MICHELE D. M. LEITE

Defensora Pública

Mat. 3089.582-5

PETIÇÃO DE RELAXAMENTO E REVOGAÇÃO DA PRISÃO QUANDO HÁ INFORME DE TORTURA PELO CUSTODIADO POR OCASIÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Michele de Menezes Leite^[289]

AO MM. JUÍZO DA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE XXXXX - RJ

Autos nº XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXX, já devidamente qualificado nestes autos, vem, por intermédio da Defensoria Pública, requerer o **RELAXAMENTO E A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**, pelos fatos aduzidos abaixo.

**DO RELAXAMENTO DA PRISÃO EM VIRTUDE DA VIOLENCIA
SOFRIDIDA NO MOMENTO DA PRISÃO. DA REVOCAGÃO DA PRISÃO
PREVENTIVA PELA CARÊNCIA DE *FUMUS COMISSI DELICTI*.**

O sistema constitucional pátrio reconheceu, no art. 5º, incisos LVII, LXI e LXVI, da CRFB/88, o princípio da presunção de inocência, de modo que o cerceamento ao direito fundamental à liberdade através da prisão só é admissível dentro dos estritos limites da juridicidade e, como regra, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Tal dado constitui um consectário basilar do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual foi consagrado no art. 1º, III, da CRFB/88, e que, no contexto do atual Estado Constitucional de Direito, representa a pauta axiológica máxima a informar todo o ordenamento jurídico.

Na esteira dos princípios constitucionais da inocência e da dignidade da pessoa humana, merece destaque a edição da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que conferiu nova redação aos arts. 283, 310 e 321, do Código de Processo Penal, restando cristalina a excepcionalidade da medida extrema da prisão preventiva.

²⁸⁹ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: micheledmleite@yahoo.com.br

Portanto, a prisão preventiva só está autorizada em caráter de exceção, quando, uma vez satisfeitas as hipóteses de admissibilidade do art. 313 do CPP, se encontrem presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, observado o princípio da razoabilidade/ proporcionalidade e demonstrada a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

Compulsando os autos, verifica-se que não existem nos autos elementos de informações idôneos a justificar a prisão em flagrante e, por consequência, a prisão preventiva do indiciado.

Vale apontar que, para além das declarações *idênticas* dos policiais militares no Auto de Prisão em Flagrante, não há mais nada que indique qualquer conduta reconhecida pela legislação nacional como delito imputada ao indiciado.

Note-se que, em que pese o conteúdo da Súmula nº 70 do TJRJ, há que se atentar, no caso em tela, que o indiciado alega ter sido vítima de agressões e sofrimentos físicos e/ou psíquicos infligidos por estes agentes da lei, responsáveis pela sua prisão.

Nesse ponto, é preciso destacar que os *standards* internacionais estabelecem que “*todo uso da força que não seja estritamente necessário pelo próprio comportamento da pessoa detida constitui um atentado à dignidade humana, em violação do artigo 5 da Convenção Americana*”.

**{QUANDO HOUVER FOTOS OU LAUDO DEMONSTRANDO A
VIOLENCIA}**

Nada obstante o depoimento dos policiais de que o indiciado teria resistido à prisão, não é necessário conhecimento aprofundado em Medicina Legal para se constatar que a violência utilizada contra o investigado no momento da prisão em nada se coaduna com a suposta resistência à prisão mencionada pelos agentes.

Da mesma forma, as lesões que o indiciado ostenta (vide fotos) são suficientes para, pelo menos, se questionar a higidez das declarações policiais e, principalmente, a sua suficiência a amparar o pressuposto do *fumus comissi delicti*, necessário à decretação da prisão.

[INCLUIR FOTOS]

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX}

Não se pode desprezar as alegações do investigado sobre os abusos que sofreu no momento de sua prisão somente em virtude de sua condição de privado de liberdade. Pelo contrário.

A privação de liberdade lhe atribuiu automaticamente a condição de vulnerável, vez que lhe dificulta o exercício com plenitude dos demais direitos perante o sistema de justiça, conforme item 22 das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade.

Por esse exato motivo, desde 2013 e também em julgado de 2017 condenando o Brasil, a Corte de Interamericana de Direitos Humanos, julgou *“necessário salientar que a ausência de sinais físicos não implica que não tenham ocorrido maus-tratos, já que é frequente que esses atos de violência contra as pessoas não deixem marcas ou cicatrizes permanentes (...)”*.

Com efeito, o Sistema de Justiça, diante da sua preponderância na repreensão de condutas ilegais, deve ser a barreira que impede as atuações policiais enquadradas na tipificação legal do crime de tortura.

Não apenas porque o Poder Judiciário é o guardião das garantias do cidadão, mas também porque a própria lei determina que *“aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos”* (art. 1º, §2º, da Lei 9.455/97, que define os crimes de tortura e dá outras providências).

Nessa esteira, verifica-se que a atuação dos agentes militares que efetuaram a abordagem e a prisão em flagrante do ora paciente encontra-se irremediavelmente viciada, sendo inegável a coação ilegal imposta pela r. decisão combatida, que *“decidiu pela inexistência de ilegalidade da prisão flagrancial do indiciado, validando a atuação reprovável dos agentes policiais”*.

A Constituição da República, em 1988, trouxe previsão expressa de vedação à tortura e demais tratamentos desumanos ou degradantes, no art. 5º, inciso III, como garantia fundamental do cidadão, escudada sob o manto de cláusula pétrea. No mesmo sentido, foi ratificada pelo Brasil em 28/09/1989, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, da ONU, que foi promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. A seguir, foi promulgada a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, através do Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989.

Outrossim, o Estado Brasileiro, em 06/07/1992, promulgou através do Decreto 592/1992, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que traz vedação expressa ao crime de tortura no artigo 7.

No sentido de atender à obrigação geral de garantia dos direitos constitucionalmente instituídos e daquelas ratificados e promulgados, o Poder Legislativo brasileiro publicou a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que define a conduta tipificada como crime de tortura:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos. (...)

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público; (...)

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

Demonstrando este mesmo objetivo, também aderiu ao Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, através do Decreto nº 6.085/2007, que submeteu o Estado Brasileiro ao monitoramento do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes do Comitê contra a Tortura.

Diante disso, verifica-se que o Estado Brasileiro assumiu diversos compromissos, tanto no âmbito nacional como internacional, no claro intuito de combater a abominável prática do crime de tortura [maus tratos/tratamentos cruéis / desumanos/ degradantes], razão pela qual os atores do sistema penal não podem se omitir em atuar nessas hipóteses, inclusive sob pena de incidir nas penalidades administrativas, disciplinares, civis e penais.

Nesse contexto, é inegável a relevância dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, principalmente à luz do entendimento pacificado da jurisprudência da Suprema Corte, que reconheceu seu status normativo supralegal.

Desta feita, respaldar ou até mesmo se omitir diante da tortura praticada pelos agentes policiais, é expor o Estado brasileiro à responsabilidade perante as Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

Em recentíssima sentença condenatória em face do Estado Brasileiro, no Caso Favela Nova Brasília, a Corte Interamericana de Direito Humanos entendeu que:

é indispensável que o Estado atue com diligência para evitar atos de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, levando em conta, por outro parte, que a vítima costuma abster-se, por medo, de denunciar os fatos, sobretudo quando se encontra privada da liberdade sob a custódia do Estado. Às autoridades judiciais também compete o dever de garantir os direitos da pessoa privada da liberdade, o que implica a obtenção e a salvaguarda de toda prova que possa validar os alegados atos de tortura.

Nesse sentido, a Corte Interamericana condenou o Estado Brasileiro a realizar: uma investigação imparcial, efetiva e em prazo razoável a respeito das violações de direitos humanos ocorridas no âmbito do presente caso, inclusive o padrão de uso excessivo da força letal por parte da polícia, com vistas a determinar a verdade e punir os responsáveis”, bem como adotar “regulamentações administrativas, procedimentos e planos operacionais, a fim de erradicar a impunidade da violência policial e modernizar e profissionalizar as forças policiais; a instituição de sistemas de controle e prestação de contas internos e externos para tornar efetivo o dever de investigar, (...), o fortalecimento da capacidade institucional de órgãos independentes de supervisão, inclusive os órgãos forenses, para enfrentar o padrão de impunidade dos casos de execuções extrajudiciais por parte da polícia; e o treinamento adequado do pessoal policial sobre como tratar de maneira efetiva e eficiente as pessoas provenientes dos setores mais vulneráveis da sociedade.

Pende, portanto, sobre todos os Poderes do Estado brasileiro, não somente ao Poder Executivo, a obrigação de cumprir as determinações da sentença condenatória internacional.

A título elucidativo, colaciona-se o conceito trazido pela redação do art. 1º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, que engloba a prática de ato praticado por autoridade policial com o fim de obter informação e/ou de castigar:

ARTIGO 1º

1. Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.
2. O presente Artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

No caso em tela, em sede de audiência de custódia, foi apresentado o indiciado que relatou de forma firme a violência e abusos policiais.

Com efeito, ficou ostensivamente evidenciado que, na data de ocorrência da abordagem policial, o paciente foi vítima de sofrimento físico e/ou psíquico decorrente de violência dos agentes da lei.

Tal fato, por si só, se não macula de nulidade a prisão, no mínimo deve servir para que não se considere a palavra destes policiais suficiente para se decretar uma prisão preventiva!

Reforçando a necessidade de se reprimir tais abusos, mormente aqueles que configurem o crime de tortura, vale citar o Decreto de Indulto de 2015, Decreto nº 8.615/15, que traz no art. 1º, inciso XIX, a possibilidade de concessão de indulto às pessoas condenadas à pena de privativa de liberdade que até 25 de dezembro de 2015 tenham sido vítimas de tortura. Vejamos:

Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:
XIX - condenadas a pena privativa de liberdade que, até 25 de

dezembro de 2015, tenham sido vítimas de tortura, nos termos da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, com decisão transitada em julgado, praticada por agente público ou investido em função pública no curso do cumprimento da sua privação de liberdade.

Assim, se a própria legislação pátria prevê a hipótese de indulto, instituto do poder absoluto de clemência do soberano, previsto no Código Penal, como causa de extinção de punibilidade (vide art. 107, II, do CP), nos casos de tortura, com muito mais razão deve ser reconhecida a ilegalidade da prisão, da apreensão de material e da extração de confissão extraoficial, realizada por policiais através de **TORTURA**.

Consentâneo com o tema, colaciona-se trecho da conclusão da pesquisa recentemente publicada pela CONECTAS DIREITOS HUMANOS, “*Tortura blindada: Como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia*”, que traduz a triste realidade do país:

Os relatos das pessoas presas trazidos nas audiências assistidas, a porta de entrada para este relatório, são fundamentais para compreender, publicizar e problematizar a violência policial que ocorre no momento da prisão. Antes da audiência de custódia, a maior parte desta violência era invisibilizada devido à precariedade do acesso à justiça das pessoas presas e ao difícil acesso da sociedade às prisões e as(os) presos(as) no Brasil. (...)

As conclusões da pesquisa apontam que há uma linha tênue entre dois caminhos de certo modo opostos que podem ser seguidos pelas audiências, a depender, em grande parte, da forma como forem implementadas.

O primeiro deles seria servirem para fortalecer a naturalização da violência policial que, como observado, ocorre tanto entre as vítimas quanto entre as instituições. A partir dos relatos trazidos, notou-se que muitas pessoas presas entendem a violência como algo normal, a que sempre estiveram e sempre estarão submetidas. Nessa perspectiva, não haveria grandes incentivos para que o(a) acusado(a) se submetesse à exposição e fizesse a comunicação da violência em uma audiência, ambiente com pessoas que lhe tratam de maneira hostil, muitas vezes naturalizando determinadas violências que parecem entender como intrínsecas à lógica do sistema penal. (...)

Ambas as instituições, MP e Judiciário, se mostram, ainda, muito apegadas a lógica do que está no papel, mesmo que estejam diante delas pessoas narrando cotidianamente graves violações. Apesar dos relatos constantes e muitas vezes semelhantes, mostrando que há um padrão na atuação da polícia, e que a violência permeia a sua atuação, ainda se entende a violência policial como algo pontual, excepcional, e justificado, por exemplo, pelo fato de conhecer ou já ter sido abordado pelos mesmos policiais.

Espera-se, assim, que uma análise mais universal dos dados trazidos com a realização da audiência custódia possa chamar a atenção destas instituições para aquilo que parece estar diante delas, mas se recusam a ver: a violência policial é uma “política” institucionalizada e a partir dessa verdade é que devem lidar com as denúncias relatadas nas audiências.”

Ante o exposto, sob qualquer prisma que se observe a questão, há de se reconhecer a **prática de tortura** narrada pelo indiciado no momento da prisão, indica a necessidade de cautela na análise dos depoimentos prestados em sede policial e acrescenta ainda a exigência de que o *fumus comissi delicti* seja amparado em elementos adicionais.

Assim, resta evidenciado que não há elementos de informação idôneos na investigação até o momento que apontem a existência do crime imputado, muito menos elementos suficientes para embasar uma prisão cautelar, razão pela qual esta deve ser revogada.

No que toca especificamente ao requisito do *periculum libertatis*, saliente-se que, do princípio constitucional da inocência, decorre que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, observado o *due process of law*. Assim, impõe-se a conclusão de que a decretação de **toda e qualquer custódia provisória deve estar arrimada no requisito da cautelaridade, sob pena de se caracterizar uma odiosa antecipação da sanção penal.**

Inclusive, conforme é sabido, foi exatamente essa a motivação da reforma penal de 2008, que supriu a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão resultante de pronúncia, tendo em vista a nova redação dos arts. 387, p. único, e 413, § 3º, do CPP, conferida pelas Leis nº 11.719/08 e 11.689/08, respectivamente. Destarte, enquanto não transitada em julgado sentença penal condenatória, a prisão só se justifica se apresentar caráter cautelar. No mesmo sentido, aponte-se a decisão do Pleno do STF, no bojo do HC 84078 / MG (Relator: Min. Eros Grau, Julgamento: 05/02/2009), que reconheceu a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, albergada no art. 637 do CPP, por afrontar os princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, de acordo com os arts. 312, 1ª parte, e 282, I, do CPP, a prisão preventiva só é admissível quando ABSOLUTAMENTE NECESSÁRIA, ou seja, quando satisfeito o requisito do *periculum libertatis*. **No presente caso, todavia, não existem evidências concretas de que o indiciado, em liberdade, irá causar embaraços ao regular transcurso da instrução criminal, se furtar à aplicação da lei penal, ou reiterar a prática criminosa em detrimento da ordem pública.**

Ressalte-se que os fatos imputados ao indiciado não exorbitam a gravidade inerente ao próprio crime, já valorada pelo legislador quando da elaboração do tipo penal. Inclusive, a inadmissibilidade da utilização da gravidade em abstrato do delito em desfavor do acusado em geral já foi sumulada pela Suprema Corte nos enunciados 718 e 719, que se aplicam *mutatis mutandis* ao caso.

Forçoso concluir, portanto, que não há, nos autos, qualquer elemento objetivo e concreto que evidencie o alegado risco à ordem pública ou à paz social.

Outrossim, inexiste notícia de que o acusado estaria ameaçando testemunhas ou adulterando provas, de forma a restar incôlume a segurança da instrução processual, até mesmo porque as únicas testemunhas arroladas pela acusação são os próprios agentes da lei que efetuaram a prisão em flagrante [até porque as testemunhas arroladas pela acusação são pessoas desconhecidas do acusado, que não pertencem ao seu convívio social].

Portanto, considerando que inexiste qualquer dado concreto que demonstre o requisito da cautelaridade, certo é que eventual manutenção da custódia preventiva importaria em inaceitável execução antecipada da pena, em total desrespeito aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Inclusive, no sentido de que a prisão cautelar deve estar fundada concretamente em elementos vinculados à realidade, e não em meras conjecturas ou apelos teóricos à gravidade em abstrata do delito, à ordem pública, à paz social, à segurança e à tranquilidade das pessoas, é firme a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e dos Tribunais Superiores.

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA PELO JUÍZO PROCESSANTE. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. COLEGIADO DE ORIGEM QUE DECRETOU A CUSTÓDIA ACAUTELATÓRIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, cabendo ao Julgador interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 da Lei Processual Adjetiva.

II. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente e a sua personalidade supostamente perigosa não constituem fundamentação idônea a autorizar

a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto.

III. O risco de reiteração delitiva, sem que haja elemento concreto a indicar que a sua soltura ensejaria a prática de novo crime, não se presta a fundamentar a medida acautelatória, notadamente por se tratar de réu primário e de bons antecedentes.

IV. A simples menção aos requisitos legais da custódia preventiva, assim como à necessidade de manter a credibilidade da justiça e de coibir a prática de delitos graves, o clamor público e a tranquilidade e insegurança que a soltura poderia causar à comunidade, sem embasamento concreto, não se prestam a embasar a segregação acautelatória (Precedentes).

V. Nos termos do reconhecido pelo Juízo processante, no que tange à suposta ameaça exercida pelo réu contra as vítimas e seus familiares, tal argumento encontra-se superado, diante do encerramento da instrução criminal, uma vez que os depoimentos já foram devidamente colhidos.

VI. Magistrado processante que ao revogar a prisão preventiva do réu, determinou que este não deveria manter qualquer comunicação com a vítima, devendo, ainda, permanecer a pelo menos 250 metros de distância de sua filha.

VII. Hipótese na qual não se verifica motivação concreta que se mostre adequada à comprovação dos requisitos do art. 312 do CPP.

VIII. As condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência definida, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas quando não demonstrada a presença dos requisitos que justificam a medida constitutiva excepcional.

IX. Deve ser cassado o acórdão a quo para restabelecer o decisum proferido pelo Juízo de 1º grau, que revogou a custódia preventiva do paciente, sem prejuízo de que esta venha a ser novamente decretada, com esteio em motivação concreta.

(STJ, 5ª Turma, HC 244778 / ES, Ministro GILSON DIPP, DJe 05/09/2012)

Finalmente, é imperioso destacar que as alterações impostas pela Lei 12.403/2011 no Código de Processo Penal almejaram EVITAR A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PROVISÓRIA, ao estabelecer as medidas previstas no artigo 319 do CPP. A razão da alteração legislativa, evidentemente, foi pôr fim à odiosa prática, infelizmente compactuada por muitos magistrados, de se prender qualquer pessoa que respondesse a processo criminal, o que, flagrantemente, viola o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, inciso LVII, CRFB/88.

Assim, não mais basta que o magistrado fundamente a decretação da prisão preventiva na presença dos requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, mas também é imprescindível que demonstre – concretamente – que as medidas cautelares diversas da prisão não se adéquam ao caso.

No presente, contudo, especialmente à vista dos argumentos despendidos acima, constata-se que as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP são suficientes para garantir a efetividade do processo, além de se revelarem consentâneas com o princípio constitucional da proporcionalidade.

A par de todo o exposto, deve também ser observada a Resolução 66/2009 do Conselho Nacional de Justiça, que visa o melhor acompanhamento e disciplina dos presos provisórios, devendo ser evitadas prisões cautelares inúteis, que somente assoberbarão o sistema prisional já caótico.

Neste sentido também foi a medida cautelar concedida no bojo da **ADPF 347**, na qual o Supremo Tribunal Federal deferiu a liminar para determinar, em caráter *erga omnes*, aos juízes e tribunais, que, em caso de determinação ou manutenção de prisão provisória, lançassem **motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319, do CPP, por considerar a situação a situação do sistema penitenciário brasileiro um “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”.**

Nesse sentido, fere o requisito da homogeneidade que o indiciado esteja preso preventivamente, o que acaba por equivaler o regime fechado de cumprimento de pena, se, ao final do processo, em remoto caso de condenação, ele não será submetido à constrição de liberdade tão gravosa, possibilitando, inclusive, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em síntese, sob qualquer prisma que se observe a questão, há de se reconhecer que a custódia cautelar se mostra ilegal, desnecessária e desproporcional, seja pela nulidade da prisão em flagrante maculada de vício insanável pelo uso de força policial (aplicação de sofrimento físico/psíquico) desnecessária contra o acusado, seja pela ausência de elementos idôneos que sustentem o *fumus comissi delicti* de forma suficiente, impondo-se o restabelecimento da liberdade do paciente.

Nesses termos,
Pede deferimento.
Rio de Janeiro, xx de xxxxxxxx de 2018.

MICHELE D. M. LEITE
Defensora Pública
Mat. 3089.582-5

HABEAS CORPUS SOBRE A EXIGÊNCIA DESPROPORCIONAL DA COMPROVAÇÃO DE RESIDÊNCIA PARA ACESSO A ATOS – LIBERDADE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Isabel Silva Izidoro da Fonseca^[290]

Mariana Castro de Matos^[291]

**EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR 2º VICE-PRESIDENTE DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO/RJ.**

Processo nº: ...

DEFENSOR PÚBLICO, matrícula xxxxxxx-x, no uso de suas atribuições, com fulcro no art. 5º, LXVIII da Constituição da República e 647 e seguintes do Código de Processo Penal, vem impetrar a presente ordem de

HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR

em favor de **PACIENTE**, portador do RG de n. XXXXXX, atualmente em prisão preventiva, apontando como autoridade coatora o **XXXXXXXX**, pelos fatos e fundamentos que se seguem.

I. HISTÓRICO PROCESSUAL

O paciente é acusado de ter incorrido no tipo do art. 155, §1º do Código Penal.

Apresentado em audiência de custódia, teve concedida liberdade provisória, desde que recolhida fiança arbitrada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), por não possuir residência fixa.

Contudo, no presente caso é ilegal a manutenção deste valor para que o acusado possa ser posto em liberdade, como se passará a demonstrar.

²⁹⁰ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Políticas Públicas pelo IE/UFRJ. Graduada em Direito pela UFRJ

²⁹¹ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

II. DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL – NÃO CABIMENTO DE PRISÃO PREVENTIVA POR NÃO PAGAMENTO DE FIANÇA

A autoridade coatora, como já observado, concedeu a liberdade provisória ao réu, mas desde que pagasse fiança no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). A fiança foi fixada com o objetivo de assegurar o comparecimento do réu aos atos processuais, eis que responderia a outros processos e não teria sido encontrado, neles, para ser citado, pois seria morador de rua.

Contudo, neste caso em particular, andou mal a autoridade coatora ao fazê-lo.

De fato, o paciente informou, na entrevista realizada na própria audiência – e um dos objetivos da audiência de custódia é justamente conhecer as condições pessoais do preso –, ter 47 (quarenta e sete) anos, ser desempregado e ganhar a vida fazendo “biscates” quando surge oportunidade. Em razão de sua situação de miserabilidade, mora nas ruas, tendo narrado, inclusive, que, muitas vezes, dorme nas próprias obras em que, durante o dia, ajuda a realizar como servente de pedreiro. Perdeu o contato com sua família, que vive em outro estado. Possui, ainda, baixíssima instrução, tendo também narrado que estudou apenas até a 1ª série do Ensino Fundamental.

Na gravação da audiência, é possível perceber que se trata de pessoa extremamente humilde, de poucas luzes e em situação de intensa miserabilidade social.

Em casos tais, deveria, então, a autoridade coatora ter atentado para o teor do art. 350 do Código de Processo Penal, que assim prevê:

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.

Noutros termos, se o preso estiver em condição de miserabilidade tal que não possa pagar a fiança, deve ter sua liberdade concedida independentemente do pagamento de qualquer valor. Não pode permanecer preso apenas por ser pobre.

A fixação de valor não é necessária, ao contrário do que entendeu a autoridade coatora, para garantir que o paciente compareça aos atos processuais – o próprio art. 350 indica que, mesmo dispensado o pagamento de algum valor, persiste a obrigação de comparecimento aos atos do processo, prevista no art. 327 do Código de Processo Penal.

Assim, o fundamento invocado pela autoridade coatora para sujeitar a liberdade ao pagamento de fiança, em verdade, não é amparado pela própria legislação, que prevê expressamente que a dispensa do pagamento de algum valor não isenta o réu da obrigação de comparecer aos atos do processo, obrigação esta que, caso descumprida, pode mesmo ensejar a prisão, na forma prevista no parágrafo único do art. 350.

A razão que levou a autoridade coatora a exigir o pagamento dos R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de fiança, então, não é amparada pela legislação, ao que se soma o fato de o acusado, em situação de intensa miserabilidade, não poder arcar com ele. Está preso, portanto, por ser pobre, e sem qualquer fundamento legal para a exigência do pagamento.

Inclusive, em casos tais, em que, se o acusado tivesse recursos, teria pago o valor da fiança e se visto livre, entende o Supremo Tribunal Federal que a manutenção da prisão configura prisão por dívida, não admitida à luz da ordem constitucional vigente salvo em caso de débito alimentar:

PRISÃO PREVENTIVA – FIANÇA – IMPOSSIBILIDADE DE SATISFAÇÃO. A impossibilidade de satisfação da fiança arbitrada, considerada a situação econômica do preso, implica o implemento da liberdade provisória, a teor do artigo 350 do Código de Processo Penal, sob pena de configuração da prisão civil. (HC 130402, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 01-06-2017 PUBLIC 02-06-2017)

Em seu voto, observa o Ministro Marco Aurélio:

“Se o paciente tivesse recursos para satisfazer a fiança, no que definida em três salários mínimos, responderia ao processo em liberdade. Mas, pobre, assistido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, está preso”.

É precisamente o caso em análise – se o paciente tivesse recursos para satisfazer a fiança, fixada aqui em pouco mais de 2 (dois) salários mínimos, responderia ao processo em liberdade. Pobre, porém, assistido pela Defensoria Pública, tão miserável que sequer tem onde morar, é mantido preso.

É absurdo que se exija que pessoa que não possui sequer onde morar possa reunir R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para pagamento de fiança, e cabe comentar que o acusado, ao saber que teria de pagar este valor para ver-se livre, perguntou a esta Defensora se não poderia pagar com serviços, demonstrando, assim, sua intenção de não se furtar às suas obrigações.

Há, mesmo, na hipótese, violação ao art. 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – que tem, conforme o Supremo Tribunal Federal, status de norma supralegal –, e que veda que indivíduos sejam discriminados por sua posição socioeconômica:

Artigo 1: Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

O princípio da igualdade, sob o prisma da igualdade como não discriminação – inserto também no art. 3º, inciso IV, da Constituição da República –, determina que todos devem ser tratados igualmente, sem que suas condições pessoais importem em prejuízo para si. Tal não significa que o tratamento deve ser exatamente o mesmo e sim que todos devem receber o tratamento igual e adequado considerando os destinatários em concreto, o que admite o tratamento diferenciado, desde que devidamente justificada a distinção (igualdade material).

Do reconhecimento do princípio igualdade como uma obrigação de respeito por parte do Estado, tem-se que o Estado deve se abster de realizar ações que, de qualquer maneira criem, direta ou indiretamente, discriminação, devendo, ainda, adotar medidas para reverter situações discriminatórias existentes na sociedade, sendo certo que o descumprimento dessas obrigações enseja a responsabilidade internacional do Estado.

É de fácil reconhecimento a violação direta do princípio da igualdade. Há violação direta quando uma norma, prática ou comportamento social implicam, intencionalmente, em tratamento desfavorável ou excluente de um grupo em razão de critérios cuja utilização é vedada pela ordem constitucional.

Entretanto, a violação do princípio da igualdade também pode se dar indiretamente. É o que ocorre quando uma norma ou prática genérica, sem aparente intenção discriminatória, produz efeitos substancialmente nocivos a determinados grupos sociais já marcados pela vulnerabilidade, tolhindo-lhes do exercício pleno de seus direitos.

A exigência de residência fixa para concessão da liberdade provisória, embora aparentemente neutra, constitui forma de discriminação indireta, vez que causa impacto desproporcional sobre a população em situação de

rua, na medida em que, por não poder comprovar residência fixa, tem suas possibilidades de concessão de alvará de soltura eliminadas.

Deve-se destacar, aqui, que a discriminação indireta encontra fundamento constitucional no Direito brasileiro. É que, para além dos artigos 3º, IV e do art. 5º, caput da Constituição, a Convenção sobre Direitos de Pessoas Com Deficiência (CDPD) – internalizada no Brasil com força de norma constitucional, atendendo ao art. 5º, §3º da Constituição – trouxe, em seu artigo 2º, a definição de discriminação por motivos de deficiência, que abarca tanto o conceito de discriminação direta quanto o de discriminação indireta. Veja-se:

“Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

Outrossim, o conceito de discriminação indireta já foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946/DF, que tinha por objeto a (in)constitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/88. Neste julgamento, a Corte Constitucional entendeu que a norma impugnada, que tratava do teto para benefícios da previdência social, inclusive licença maternidade, embora fosse de caráter aparentemente neutro, propiciava a discriminação em relação às mulheres no mercado de trabalho, na medida em que aos empregadores seria mais vantajoso, do ponto de vista financeiro, contratar homens ou limitar o salário das mulheres ao teto dos benefícios da Previdência Social para que não fossem obrigados a complementar o restante do salário durante o período de licença da empregada.

Para a caracterização da discriminação indireta, o jurista Wallace Corbo elenca três elementos, a seguir especificados:

O primeiro elemento consiste na existência de um ato ou de uma prática, públicos ou privados, que condicione o desfrute ou exercício de direitos com base em critérios aparentemente neutros. Significa dizer que (i) a discriminação indireta não é necessariamente produzida por atos, podendo decorrer, por exemplo, de omissões ou de situações de fato, como a ausência de rampas de acesso a instalações; (ii) a discriminação indireta pode ser praticada tanto pelo Poder Público quanto por entidades privadas; e (iii) só se pode falar em

discriminação indireta quando não se esteja diante de uma prática que expressamente se valha de critérios de classificação proibidos (gênero, sexualidade, raça etc) ou cujo intuito discriminatório seja evidente (do contrário, falamos em discriminação direta).

O segundo elemento diz respeito à demonstração de que a norma ou prática referida produz efeitos adversos (tradicionalmente referidos como “impacto desproporcional”) contra grupos sociais historicamente marginalizados ou vulnerabilizados. Como na discriminação indireta não é possível falar no uso de critérios proibidos, nem a intenção discriminatória é evidente, torna-se essencial demonstrar que o ato ou prática produz efeitos discriminatórios.

Ocorre que nem toda discriminação indireta vai produzir efeitos sistêmicos sobre um grande número de pessoas. Pelo contrário, alguns atos ou práticas podem produzir efeitos sobre grupos muito pequenos de pessoas – às vezes, apenas sobre indivíduos. Quando se fala em efeito discriminatório, portanto, o que se exige é que o intérprete analise a situação daquele indivíduo ou grupo que alega ser discriminado em comparação com aquele que não seria discriminado pela norma, de modo a averiguar se incide, de fato, alguma restrição de direitos ou exclusão substancial daquele em comparação com este.

O terceiro elemento da discriminação indireta diz respeito à existência de um grupo constitucionalmente protegido. Como já afirmado, a discriminação como fenômeno relevante, do ponto de vista constitucional, é aquela praticada contra grupos historicamente marginalizados e vulnerabilizados. Assim, a discriminação indireta estará caracterizada quando o ato produza seus efeitos discriminatórios contra esses grupos. Alguns desses grupos estão exemplificados no texto constitucional (minorias de gênero, sexuais, raciais, étnicas, religiosas, pessoas com deficiência), o que não exclui o reconhecimento de outros grupos que possam ser reconhecidos como protegidos pelo princípio da igualdade – especialmente considerando que a invisibilidade e marginalização que marcam minorias sociais impede, por vezes, que o constituinte antevisse todos estes grupos na Constituição, como é, em especial, a população em situação de rua.

No caso ora em análise, verifica-se que a exigência de residência fixa para concessão de liberdade provisória sem fiança constitui discriminação indireta – trata-se de regra aparentemente neutra, que visa apenas garantir que o Estado-persecutor penal saiba onde encontrar o acusado de um crime, para que possa responder ao processo e ser intimado dos atos processuais.

Contudo, tal exigência gera discriminação indireta – produz impacto desproporcional sobre grupo marginalizado, consistente nas pessoas em situação de rua, que, por não possuir residência fixa nem muito menos comprovante de

tal residência, tem impedida a concessão da liberdade provisória. A maioria das pessoas simplesmente apresentará um comprovante de residência e se verá livre. Uma pessoa em situação de rua, por não poder fazê-lo, permanecerá presa.

É nítido que, se tivesse comprovante de residência e/ou pudesse arcar com o valor fixado a título de fiança, já estaria solto; ninguém opta por permanecer preso, quando poderia ver-se em liberdade. Sem ter onde morar e sem poder pagar, permanecerá preso, quando a própria autoridade coatora reconheceu não haver *periculum in libertatis* que o justifique.

No entender da Corte Interamericana de Direitos Humanos, há um vínculo indissolúvel entre a proteção aos direitos humanos e o princípio da igualdade e da não discriminação, como expõe o julgamento do Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs Paraguai. Noutros termos, não há verdadeira observância dos direitos humanos se eles são violados para um grupo. O Estado Democrático de Direito não admite que os direitos não valham para todos igualmente.

No mesmo sentido, a Corte editou a Opinião Consultiva nº 18/03, que impõe aos Estados a observância da obrigação de respeito ao princípio da igualdade e, portanto, obsta ações que criem, direta ou indiretamente, discriminações de direito ou fato.

Analogamente, no Caso Yatama Vs Nicarágua, a Corte entendeu que, consoante os princípios mencionados, o Estado seria obrigado a não tolerar práticas ou normas que pudessem ter um efeito discriminatório. Assim sendo, a igualdade perante o Pacto encontrar-se-ia garantida somente quando todos os indivíduos pudessem exercer em igual medida os direitos humanos resguardados pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

O termo discriminação indireta foi adotado pela jurisprudência da Corte. Desta feita, não somente as práticas deliberadamente discriminatórias estão proibidas, e sim quaisquer ações (distinções, exclusão, restrições ou preferências) baseadas em critérios suspeitos cujo impacto sobre determinadas categorias de pessoas seja discriminatório, independente da prova de intenção.

É precisamente o caso em comento – ao se exigir a residência fixa para concessão da liberdade provisória sem fiança, obstaculiza-se o exercício do direito à liberdade para pessoas em situação de rua e que não podem arcar com o valor da fiança. Trata-se de imposição aparentemente neutra, que produz, porém, impacto desproporcional e, portanto, discriminatório sobre determinado grupo vulnerável.

Como afirma Juarez Tavares,

O que não se pode aceitar é que se lhe imponha a prisão preventiva pelo fato simples de ser morador de rua, do que, por si só, se concluiria, a encampar o entendimento exarado no acórdão, pela necessidade de uma atitude de desconfiança em relação ao indivíduo, como se sua condição fosse produto de uma opção racional, fazendo-se vista grossa aos encaminhamentos derivados da própria estrutura socioeconômica vigente. Nem todos os brasileiros possuem residência fixa, não obstante a todos seja assegurado constitucionalmente o direito à moradia. Se existem os limites do financeiramente possível, não pode o Estado, por outro lado, do resultado de sua inação, pretender extraír argumentos legítimos para a intervenção antecipada do status libertatis do indivíduo.

Na mesma linha, consta do próprio Guia de Atuação Ministerial sobre Direitos de Pessoas em Situação de Rua, editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), no item 4.2, que os promotores de justiça devem:

III - Zelar pela inocorrência de prisões arbitrárias ou medidas de restrição de liberdade baseadas em estigmas negativos e preconceitos sociais, tais como as prisões para averiguações;

IV - Adotar medidas judiciais, inclusive a eventual impetração de ação de habeas corpus, para fazer cessar restrição à liberdade decorrente de prisão provisória que se mostre abusiva ou que evidencie intenção de criminalização da pobreza ou de movimentos sociais, promovendo a apuração da responsabilidade pelo abuso de autoridade, nos termos do artigo 653 do Código de Processo Penal.

Frise-se, ademais, que não há relação lógica entre a exigência de comprovante de residência e a garantia de aplicação da lei penal ou a proteção da ordem pública, eis que um acusado, mesmo não possuindo residência fixa pode acompanhar todos os atos processuais, ao passo que um acusado com residência fixa pode simplesmente se ocultar do Poder Judiciário. Não se pode sequer dizer que a exigência atinge seu objetivo, sendo, portanto, ineficaz também à luz do princípio da proporcionalidade.

O Estado brasileiro – aqui, pelo Poder Judiciário – não pode compactuar com tal situação, por todo o exposto. Tem a obrigação de respeitar o direito à igualdade e à não discriminação e não produzir situações discriminatórias.

Assim, impõe-se, no caso, o deferimento da liberdade ao paciente, mas agora sendo dispensado o pagamento da fiança fixado pela autoridade coatora, independentemente da apresentação de comprovante de residência fixa – do contrário, perpetuar-se-á a discriminação.

III. NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR

A concessão de liminar em habeas corpus exige a presença de plausibilidade jurídica do pedido e risco na demora em sua apreciação.

O pedido de dispensa do pagamento de fiança possui largo amparo jurídico, já explicitado – o art. 350 do Código de Processo Penal expressamente autoriza a dispensa do pagamento, caso o preso não possa arcar com ele, sem que isto implique sua isenção do dever de comparecer aos atos processuais, como pareceu erroneamente supor a autoridade coatora. Não podendo o paciente arcar com a quantia, encontra-se, assim, privado de liberdade apenas por não possuir recursos, o que equivale, consoante reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, a prisão por dívida, não amparada neste caso pela ordem constitucional vigente.

O risco na demora, por outro lado, é evidenciado pelo fato de o acusado encontrar-se preso – cada minuto em que um indivíduo permanece recluso nas masmorras que são as prisões do Estado, e indevidamente, o expõe a estado de coisas inconstitucional, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Torna-o, ainda, vulnerável ao poder dos integrantes de organizações criminosas reclusos em tais estabelecimentos e, em troca de proteção, podem fazer um indivíduo parte da organização criminosa, que até então não integrava. Mais seguro não apenas para o indivíduo, mas para a própria sociedade é que ele aguarde sua sentença em liberdade, cumprindo ou não cautelares alternativas à prisão.

Dessa forma, pelo exposto, deve ser concedida medida liminar para que o réu aguarde o julgamento final do presente writ em liberdade, sem que tenha de recolher fiança alguma para tanto.

IV. CONCLUSÃO

Em face do exposto, requer, liminarmente e sem prévia oitiva da autoridade coatora, consubstanciado o constrangimento ilegal e a urgência manifesta, seja o acusado posto em liberdade, dispensando-o do pagamento da fiança, mantendo-se apenas as obrigações dos arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal, na forma do art. 350 do mesmo diploma legal.

No mérito, pugna seja confirmada a medida liminar pleiteada e seja reconhecido ao réu o direito de aguardar em liberdade a prolação da sentença sem ter de recolher valor algum a título de fiança.

P. deferimento.

Local, data.

Defensor Público

Mat. xxxxxxxx-x

HABEAS CORPUS SOBRE A GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI - ANÁLISE DE PROVA - RECURSO SOMENTE ADMISSÍVEL QUANDO MANEJADO PELA DEFESA - EFETIVIDADE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Emanuel Queiroz Rangel^[292]

Ricardo André de Souza^[293]

Tiago Abud da Fonseca^[294]

Pedro Paulo Lourival Carriello^[295]

Denis Sampaio^[296]

**EXCELENTESSIMO DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

PROCESSO PENAL. JÚRI. QUESITO OBRIGATÓRIO, ABSOLVIÇÃO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. ACÓRDÃO QUE DÁ PROVIMENTO AO APELO ACUSATÓRIO PARA SUBMETER O PACIENTE A NOVO JÚRI, ANULANDO A SESSÃO PLENÁRIA. FUNDAMENTO EXCLUSIVO NO ART. 593, III, d) DO CPP SEM QUE AS RAZÕES ABORDEM O CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONCRETO OU MESMO A EVENTUAL CONTRADIÇÃO ENTRE OS QUESITOS (CPP, ART. 490). NEGATIVA DE EFICÁCIA AO

²⁹² Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Coordenador de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: coordenacaocriminal.dpge@gmail.com

²⁹³ Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Subcoordenador de Defesa Criminal da DPRJ. Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). E-mail: ricardoandrehh@hotmail.com

²⁹⁴ Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pelo Uniflu-Faculdade de Direito de Campos. Professor do Curso de Pós Graduação Lato Sensu em Processo Penal e Direito Penal do Uniflu-Faculdade de Direito de Campos. E-mail: tiago_abud@ig.com.br

²⁹⁵ Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. no exercício do Órgão de Representação nos Tribunais Superiores. Pós Graduação em Administração pela UFF. E-mail: pedrocarriello@gmail.com

²⁹⁶ Defensor Público Titular do II Tribunal do Rio de Janeiro. Doutorando em Ciências Jurídico Criminais na Faculdade de Lisboa/PT; Visiting Student pela Universidade de Bologna/IT; Mestre em Ciências Criminais pela Universidade de Cândido Mendes/RJ. Membro da Comissão Criminal do IAB. Professor de Direito Processual Penal. E-mail: denissampaio00@gmail.com

ART. 483, §2º DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO POR APERTADA MAIORIA NA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. ILEGALIDADE E CONSTRANGIMENTO PATENTES. OFENSA DIRETA À SOBERANIA DOS VEREDITOS. CLEMÊNCIA.

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através dos Defensores Públicos abaixo assinados, no uso de suas atribuições legais, com fundamento no artigo 5º, LXV e LXVIII, da CR/88 e artigo 648, II, do CPP, vem, por meio desta, impetrar ordem de

HABEAS CORPUS
COM PEDIDO DE LIMINAR

em favor de **MARCELO GAMA BICACO**, brasileiro, convivente, motorista, portador do RG nº 10951521-3 IFP/RJ, residente e domiciliado na Rua Primeira, 1021, Santa Cruz, Rio de Janeiro, RJ, **apontando como autoridade coatora a 3ª SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (HC 313.251/RJ)**, pelos fatos e fundamentos que passa a expor.

I. SÍNTESE DO PROCESSO:

1. O paciente foi denunciado e pronunciado (Processo nº 0104581-15.2010.8.19.0001) pela suposta prática do crime previsto nos art. 121, §2º, II, do Código Penal.

2. O fato imputado foi assim descrito na denúncia:

“No dia 20 de março de 2010, por volta das 20 horas, na Rua Projetada A, n.º 22, São Sebastião, Santa Cruz, nesta cidade, o denunciado, livre e *conscientemente, com animus necandi, por motivo fútil, desferiu socos e chutes em Marcos André Carvalho dos Santos, causando-lhe os ferimentos que foram a causa eficiente de sua morte, conforme o laudo de exame de necropsia acostado as fls. 50/51.*

“Consta do incluso procedimento que no dia dos fatos, após discussão banal o denunciado agrediu a vítima com socos e pontapés, inclusive depois que esta já estava ao chão”.

3. Do material probatório colhido nos autos, restou **INCONTROVERSO** que os fatos se deram **num domingo à noite, na porta da residência do Paciente**, o qual foi procurado pela vítima e seu amigo João Luis Santos de Souza, que pretendiam receber por serviços prestados.

4. INCONTROVERSO, também, que o Paciente realizou o pagamento de serviços prestados por João Luis Santos de Souza e não o fez em relação à vítima, alegando que a mesma estava **embriagada**.

5. INCONTROVERSO, ainda, que a vítima proferiu uma série de xingamentos contra o Paciente, razão pela qual se iniciou uma discussão, com troca de socos.

6. Por fim, **INCONTROVERSO** que o Paciente solicitou socorro médico através do serviço público – SAMU -, tendo permanecido no local, comparecendo, depois, espontaneamente a Delegacia de Polícia.

7. Consta da **ata da sessão de julgamento** pelo órgão constitucionalmente competente para análise do caso – **Tribunal do Júri** – que a acusação pública pugnou pela **DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA LESÕES CORPORAIS**, enquanto a defesa, corroborando a tese ministerial, afirmou ter ocorrido **injusta provação da vítima, ocasionando-lhe a sua morte accidentalmente, pugnando pela absolvição**.

8. Extrai-se da leitura do termo de votação que o **Conselho de Sentença respondeu afirmativamente aos quesitos relativos à materialidade e à autoria, e, na ocasião da votação do quesito obrigatório (CPP, art. 483, §2º - “O jurado absolve o réu?”) deliberou positivamente**, tornando os demais prejudicados. Com isso, veio a absolver o Paciente.

9. Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação com fundamento no art. 593, III, alínea *d*, do Código de Processo Penal. A Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento ao apelo acusatório em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO MINISTERIAL PLEITEANDO QUE O APELADO SEJA SUBMETIDO A NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JURI – PARA ANULAÇÃO DO JULGAMENTO COM FULCRO NO ART. 593, III, “D”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, A DECISÃO DOS JURADOS PRECISA ESTAR COMPLETAMENTE DISSOCIADA DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS, NÃO ENCONTRANDO AMPARO EM NENHUMA DAS VERSÕES RESULTANTES DAS PROVAS. NO CASO DOS AUTOS DÚVIDA NENHUMA RESTOU DE QUE O APELADO COMETEU O DELITO DE LESÃO CORPORAL, SEM ESTAR AMPARADO POR QUALQUER

EXCLUDENTE DE TIPICIDADE, ILCITUDE OU CULPABILIDADE – RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA ANULAR A DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA SUBMETENDO O RÉU A NOVO JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DO JURI.

10. Impetrou-se, então, ordem de *habeas corpus* contra a decisão do Tribunal Estadual, a qual foi inicialmente distribuída para a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A ação mandamental restou afetada à Terceira Seção da citada Corte, a qual, embora não conhecendo do *habeas corpus*, analisou a questão de fundo e, *por apertada maioria*, manteve o *decisum* supra. **Concediam a ordem de ofício**, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri, os Ministros REYNALDO SOARES DA FONSECA, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, RIBEIRO DANTAS e ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO. A maioria acompanhou o Ministro relator, JOSÉ ILAN PACIORNICK. O acórdão do Tribunal da Cidadania restou assim ementado (grifos no original):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PROVIDA. ART. 593, III, D, DO CPP. SUBMISSÃO DO RÉU A NOVO JULGAMENTO. O JUÍZO ABSOLUTÓRIO PREVISTO NO ART. 483, III, DO CPP NÃO É ABSOLUTO. POSSIBILIDADE DE CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL DE APELAÇÃO. EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS PRESERVADA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE EM HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. As decisões proferidas pelo conselho de sentença não são irrecorríveis ou imutáveis, podendo o Tribunal ad quem, nos termos do art. 593, III, d, do CPP, quando verificar a existência de decisão manifestamente contrária às provas dos autos, cassar a decisão proferida, uma única vez, determinando a realização de novo julgamento, sendo vedada, todavia, a análise do mérito da demanda.

3. A absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda

que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassar tal decisão quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário. Assim, resta plenamente possível o controle excepcional da decisão absolutória do Júri, com o fim de evitar arbitrariedades e em observância ao duplo grau de jurisdição. Entender em sentido contrário exigiria a aceitação de que o conselho de sentença disporia de poder absoluto e pereemptório quanto à absolvição do acusado, o que, ao meu ver não foi o objetivo do legislador ao introduzir a obrigatoriedade do quesito absolutório genérico, previsto no art. 483, III, do CPP.

4. O Tribunal de Justiça local, eximindo-se de emitir qualquer juízo de valor quanto ao mérito da acusação, demonstrou a existência de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos amparado por depoimento de testemunha e exame de corpo de delito. Verifica-se que a decisão do conselho de sentença foi cassada, com fundamento de que as provas dos autos não deram respaldo para a absolvição, ante a inexistência de causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, não prevalecendo, a tese defensiva da accidentalidade, tendo em vista a demonstração de que o acusado continuou a desferir golpes à vítima já caída ao chão, sendo a causa da sua morte, traumatismos no crânio, pescoço e tórax.

5. Havendo o acórdão impugnado afirmado, com base em elementos concretos demonstrados nos autos, que a decisão dos jurados proferida em primeiro julgamento encontra-se manifestamente contrária à prova dos autos, é defeso a esta Corte Superior manifestar-se de forma diversa, sob pena de proceder indevido revolvimento fático-probatório, incabível na via estreita do writ.

Habeas corpus não conhecido.

11. Importante salientar que do julgamento não participara o Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, notadamente porque exercia a Presidência da Terceira Seção. Seu posicionamento acerca do tema, porém, fora externado em lapidar voto, proferido no HC 350.895 - RJ, ocasião na qual a concessão da ordem fez maioria (Sexta Turma). Nesta ordem de ideias, a rigor, ***tem-se um Superior Tribunal de Justiça absolutamente dividido, com cinco votos a favor da tese adiante desenvolvida e cinco votos contrários.***

II. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

12. A questão que se coloca guarda estreita relação com a reforma do processo penal no tocante ao procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do Júri. Com efeito, ***a Lei nº 11.689/08 revela as preocupações do legislador com a influência de ânimo dos jurados, que julgam determinados pela própria consciência (íntima convicção),*** conforme exortação de que trata o art. 472 do Código de Processo Penal.

13. Além disso, a competência do Tribunal do Júri é fixada pela Constituição da República (CR, art. 5º, XXXVIII, alínea *d*), que estatui e eleva a *soberania dos veredictos* ao *status* de cláusula pétreia (CR, art. 5º, XXXVIII, *c*), garantia fundamental do cidadão brasileiro. Nesta exata medida, diante da nova estrutura ritualística dos processos afetos à competência do Tribunal do Júri, urge que o Supremo Tribunal Federal enfrente a questão com a usual excelência.

14. Portanto, trata-se de saber **se**, diante da configuração procedural introduzida pela Lei 11.689/08 **haveria possibilidade de apelação com fincas no art. 593, III, *d* do *codex***, quando o Conselho de Sentença vier a absolver o acusado pela afirmação do quesito *obrigatório* estatuído no art. 483, § 2º do CPP (O jurado absolve o acusado?). **Trata-se ainda**, de saber se a decisão absolutória nestes termos, representa contradição entre as respostas dos jurados.

15. Parece claro que as respostas às indagações que se colocam são negativas. Descabe confrontar a decisão tomada nesses moldes com a prova dos autos, sendo certo que não há contradição em série de quesitos que venham a absolver o acusado pela afirmação do quesito obrigatório. Aliás, qualquer conclusão em sentido contrário assumiria a violação da *regra* de soberania dos veredictos.

16. Não se olvida que o art. 593, §3º, *in fine* do CPP veda “segunda apelação” pelo mesmo motivo (“decisão dos jurados manifestamente contraria à prova dos autos”). Todavia, **sob a vigência da Constituição de 1988, a introdução de um quesito obrigatório (cujos pressupostos são a afirmação prévia de materialidade e autoria) encaminha o intérprete para a inadmissibilidade de uma apelação acusatória que pretenda contrapor a decisão (imotivada e insondável) dos jurados à prova dos autos.** Nenhuma apelação acusatória tem amparo *legal* nesta hipótese e, do ponto de vista *constitucional*, a soberania dos veredictos representa óbice a qualquer pretensão recursal acusatória formulada nestes moldes.

17. O questionamento do veredicto dos jurados a partir da prova produzida (CPP, art. 593, III, *d*) só é admissível quando o quesito sobre cuja resposta recai a irresignação acusatória envolve elementos concretos, perscrutáveis. A um quesito que se formula de modo absolutamente genérico (O jurado absolve o acusado?) nenhuma baliza hermenêutica calcada na prova dos autos se mostra possível; adentra-se em terreno metajurídico, inerente à subjetividade do jurado, à sua consciência e íntima convicção. **Ademais, do jurado leigo, sem expertise em Direito, não se pode exigir que julgue de acordo com a lei, mas tão somente de acordo com sua consciência, do contrário tal julgamento deveria ser afeto aos magistrados togados.** Não é por outra razão

que o cidadão jurado presta o seguinte compromisso antes de assumir a cadeira de julgador, *in verbis*:

Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: **“Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com vossa consciência e os ditames da justiça”.**

18. Dito de outro modo, o jurado é chamado em nome da lei, todavia **promete** julgar de acordo com sua consciência e os ditames da Justiça (e não com base na lei ou nas provas, no que se refere ao juízo de mérito acerca da culpa ou não do réu – aqui empregado o termo culpa em sentido lato, genérico e profano).

19. Querer que o leigo julgue de acordo com a meticulosa análise probatória e legal, equivale a forçá-lo a quebrar a promessa feita quando foi admitido como Jurado!

20. Não é que o art. 593, III, d do *codex* tenha deixado de ser recepcionado. Todavia, *do ponto de vista acusatório*, o confronto entre a prova produzida e a decisão dos jurados só pode ter lugar diante da possibilidade *concreta* de confrontar o quesito à resposta dada pelos jurados diante de algum paradigma probatório aferível. Quando o veredito se extrai de *quesito (legal) cuja essência é justamente sua generalidade*, a confrontação com a prova dos autos é inviável. Uma apelação nestes termos, *mutatis mutandis*, repristina o protesto por um novo Júri (por via transversa, já que aviado aqui pela acusação, ao passo que o recurso finado era exclusivo da defesa), cuja causa de pedir não é meramente a dose da reprimenda aplicada (providência jurisdicional regular a cargo do juiz togado – aplicação *fundamentada* da pena), mas a afirmação de um dos quesitos postos à apreciação do jurado (providência jurisdicional regular a cargo do juiz de fato – veredito *soberano* acerca da culpabilidade). **A afirmação do quesito obrigatório de mérito é a tradução legislativa (organização do júri) da determinação constitucional relativa à soberania dos veredictos; é a sua cristalização no concreto.**

21. Assim, por outro lado, deve ter ficado claro que **a mesma hermenêutica, isto é, o mesmo óbice ao apelo não cabe no tocante ao apelo defensivo** na medida em que **(a) ao acusado é garantido o duplo grau de jurisdição**, seja com supedâneo no texto constitucional (CR, art. 5º, LV – *e recursos a ela inerentes*), seja com fincas na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8. 2. b), sendo certo que a alínea *d*) do art. 593, III do CPP demarca a única possibilidade

de recurso *defensivo* relacionado ao mérito ante a uma negativa dos jurados ao quesito obrigatório no qual steja contida a tese defensiva desenvolvida em Plenário – seja qual for essa tese; **(b)** é perfeitamente possível o confronto entre a não absolvição e o panorama probatório – a redação do §2º do art. 483 *não questiona* se “O jurado *condena* o acusado?”, mas se o jurado *absolve* o acusado; **(c)** a soberania dos veredictos esbarra no *direito fundamental do indivíduo contra o Estado*, de modo que uma garantia constitucional de tal jaez não pode se voltar *contra* o seu destinatário e, por fim, **(d)** do contrário, não restaria à defesa recurso de mérito relacionado às suas teses, volvendo-se à efetivação da garantia mencionada no item (a). Trata-se, nesta ordem de ideias, de um *limite constitucional ao poder de punir do Estado*, dado que a soberania dos veredictos conforma o rol de direitos e garantias fundamentais, como dito no item (c).

22. Na exata medida em que o *veredicto* é soberano, do jurado não se exige fundamentação. Já a *decisão judicial* (tomada pelo juiz togado) impende seja fundamentada, e de maneira idônea (CR, art. 93, IX). Ao contrapor o acervo probatório ao *insondável* veredicto dos jurados, o intérprete passa *admitir* (juízo de admissibilidade) a flexibilização do texto constitucional. Eis o que o legislador pretendeu evitar com a introdução do quesito obrigatório (CPP, art. 483, §2º); pretendeu evitar que o veredicto dos jurados pudesse ser tratado de modo análogo ao tratamento dispensado às decisões judiciais, sobre a qual o recurso é pleno, mesmo no Júri (CPP, art. 593, III, alíneas *b* e *c*) ou sobre as quais seja possível verificar a sintonia com o acervo probatório.

23. Conforme ventilado no item 12, **analisada de modo sistêmico, a Lei nº 11.689/08 acentua a preocupação do legislador em preservar o jurado de quaisquer interferências externas** aos elementos de convicção carreados pelas partes, *amparem-se estes na prova dos autos ou não*. Isto se infere, por exemplo, da regra de **proibição do uso de algemas** em Plenário (CPP, art. 474, §3º), bem como da **vedação a referências ao conteúdo da decisão de pronúncia e outras** que possam ser utilizadas como argumento de autoridade (CPP, art. 478, I); da **proibição a que se faça referência ao silêncio do acusado** (CPP, art. 478, II) e até mesmo quando se determina o **encerramento da votação com a resposta “de mais de 3 (três) jurados aos quesitos”** (CPP, art. 483, §1º). Tudo a demonstrar que o legislador pretendeu garantir a imparcialidade do jurado, e também sua independência, a fim de que possa extrair veredicto conforme sua consciência, livre de quaisquer influências. São disposições que materializam os ditames constitucionais e dão contornos concretos à dimensão processual do seu texto – CR, art. 5º, XXXVIII, *caput*: é reconhecida a instituição do júri, *com a organização que a lei lhe der*, assegurados... a soberania dos veredictos.

24. Nesta ordem, também a *plenitude* – que não pode ser tomada como *frivolidade* ou *platitude redacional* do constituinte originário – de defesa só constituirá um *plus* (face a *ampla* defesa) se o legislador processual der à instituição do Júri organização capaz de torná-la efetiva. Evidente, neste sentido, que a referência defensiva, *verbi gratia*, a razões de ordem social, emocional ou de política criminal se inserem no arco dessa *plenitude*, que não encontra limites *jurídicos* à sua consecução. Por óbvio, o magistrado que preside a Sessão Plenária pode intervir em caso de excesso de linguagem (CPP, art. 497, III) e até mesmo declarar o réu indefeso (CPP, art. 497, V) se o exercício do direito de defesa se revelar completamente inadequado ao caso. Trata-se de tempero inerente à organização da instituição do júri.

25. Neste sentido, a concentração das teses defensivas num único quesito (O jurado absolve o acusado?) vai ao encontro da *ratio essendi* das alterações promovidas pela Lei 11.689/08, produzida após intensos debates por toda a comunidade jurídica e em harmonia ao texto constitucional. Na lição de MENDONÇA,

“Vale destacar que a existência deste quesito genérico, segundo pensamos, potencializou o sistema da íntima convicção, pois o jurado poderá absolver o acusado por qualquer causa imaginária, mesmo que não alegada pelas partes (clemência, por exemplo). Na antiga sistemática, as possibilidades de absolvição eram limitadas pelas teses apresentadas pela defesa, o que mitigava, de certa forma, a possibilidade de o jurado absolver com base na íntima convicção: A partir da reforma, não há nenhum limite.”

26. Ora, vindo a Lei nº 11.689/08 a dar contornos concretos aos marcos constitucionais de 1988, descabe confrontar a prova dos autos com o veredito que responde afirmativamente ao *quesito obrigatório* (CPP, art. 483, §2º). Em outras palavras, quando o Conselho de Sentença *absolve o acusado* nestes moldes, a inteligência do art. 593, III, d soçobra. Sua higidez cinge-se às hipóteses em que a decisão dos jurados fora manifestamente contraria à prova dos autos no que for passível de confrontação com qualquer quesito (negado ou afirmado) no qual estejam imbricados elementos concretos; circunstâncias *sub judice* relacionadas à dinâmica dos fatos, porque perscrutáveis, inclusive pelas instâncias revisoras.

27. Ademais, não é da nossa tradição jurídica a preocupação com a adequação global da legislação infraconstitucional ante o advento de uma nova norma fundamental. O Código de Processo Penal, de 1941, sobrevive às Constituições de 1946, 1967, 1969 (Emenda) e 1988. Nada obstante, ao menos no que tange ao procedimento do Júri, a Lei nº 11.689/08 cumpriu a tarefa de harmonização do rito ao projeto constitucional, organizando-o a partir de seus vetores, tarefa imprescindível num âmbito onde a *forma processual* é garantia individual face à aplicação da lei penal (*nulla poena et nulla culpa sine iudicio*).

28. Impende, portanto, a pacificação do tema quando, não raro, a irresignação acusatória pretende esvaziar a *ratio essendi* do quesito que materializa eficazmente a soberania dos veredictos (CPP, art. 483, §2º) ao advogar a *contradição entre as respostas* do Conselho de Sentença quando este afirma materialidade (CPP, art. 483, I) e autoria (CPP, art. 483, II) e, também, absolve o acusado (CPP, art. 483, III e §2º). Conquanto uma tripla afirmação desse tipo não se afaste em nada da previsão legal, pelo contrário – é justamente com a afirmação de materialidade e autoria que se perfazem as condições de questionar se o jurado absolve o acusado –, o raciocínio acusatório pressupõe que o único modo de não haver contradição seria responder negativamente ao quesito obrigatório. Em verdade, o fato de a acusação não se satisfazer com a decisão do Conselho de Sentença, especialmente nos casos em que a defesa invoca a clemência, equivale a dizer que ela não existe ou que ela não está agasalhada como resposta do quesito obrigatório, quando reconhecidas autoria e materialidade. **O jogo democrático impõe que os derrotados se curvem aos vencedores, sobretudo quando o juiz leigo tem, a favor de seu veredicto, a soberania.**

29. A afirmação dos quesitos relacionados à materialidade e à autoria perfaz, pois, um *prius logico* em relação ao quesito obrigatório.

30. Resta evidente que não há qualquer contradição aí. **Pertine fundamentalmente a este writ a confrontação de seu art. 593, III, d com o disposto no art. 5º, XXXVIII, c da Constituição da República, notadamente diante de um veredicto que absolva o acusado pela afirmação do quesito de que trata o seu art. 483, §2º, incluído pela Lei 11.689/08.**

31. Aliás, sobre a tema em debate a doutrina está afinada com as considerações ora expostas, como aponta o artigo de Guilherme Madi Rezende, cujo trecho transcreve-se:

“Com efeito, o terceiro quesito não diz necessariamente com os fatos. Diz com a sensibilidade do jurado ao analisar o caso que lhe é apresentado. O jurado pode absolver por clemência, piedade, compaixão ou qualquer sentimento que lhe move a tomar tal decisão. É livre para tanto. A diferença marcante aqui é que a decisão absolutória tirada por votação ao terceiro quesito, por não ser necessariamente um quesito de fato, não permite que se afira se a decisão tem amparo ou não na prova dos autos. Ao tornar obrigatória a formulação desse quesito – ainda quando a única tese defensiva seja a negativa de autoria, já reconhecida em quesito antecedente – o legislador garante ao jurado o direito de absolver por suas próprias razões, mesmo que elas não encontrem amparo na prova objetivamente produzida nos autos. Ora, nenhum sentido há em garantir ao jurado esse direito e depois cassar a decisão que dele decorra. Assim, a decisão dos jurados que, ao votarem o terceiro quesito, entendem por absolver o acusado não é passível de recurso da acusação com base no artigo 593, inciso, III, alínea “a” do Código de Processo Penal. Não há decisão absolutória calcada no terceiro quesito que seja manifestamente contrária à prova dos autos, já que ela não reflete a resposta a um quesito de fato, mas reflete a vontade livre dos jurados, vontade essa que foi, por expressa disposição de lei, desvinculada da prova dos autos. Nada há de teratológico nisso na medida em que a instituição do júri, insculpida na Constituição no capítulo destinado às garantias e direitos fundamentais, visa a ser uma instituição que se preste a garantir ainda mais o *jus libertatis*, cumprindo, destarte, sua função ao permitir que os jurados, como representantes da sociedade, de forma soberana decidam pela absolvição do acusado. Por tudo isso, não cabe recurso da acusação, com fundamento no artigo 593, inciso III, alínea “a” do Código de Processo Penal, quando a decisão absolutória dos jurados estiver calcada no terceiro quesito, isso é, quando os jurados, de forma livre, soberana e imotivada, responderem “sim” ao quesito ‘o jurado absolve o acusado?’”.

32. No mesmo sentido, confira-se o entendimento de Eliete Costa Silva Jardim:

“A absolvição, através do quesito genérico (isto é, sempre após o reconhecimento da materialidade e da autoria ou participação), jamais poderá ser taxada de contrária à prova dos autos, justamente porque ninguém jamais saberá se os jurados julgaram com base nas provas (acolhendo uma tese de legítima defesa, por exemplo) ou se a decisão foi fundada em causas supralegais, razões humanitárias, clemência ou uma infinidade de possibilidades que podem permear a mente do julgador. Como, então, se admitir um recurso que tem como fundamento

a manifesta contrariedade da decisão à prova se a decisão atacada não se vincula à prova? Para que o órgão jurisdicional ad quem pudesse analisar o mérito recursal e decidir, com convicção, que a decisão do Conselho de Sentença afrontou a prova, necessário seria indagar dos jurados os motivos que os levaram a adotar tal decisum. Nesta toada, se tivessem sido motivados por fatos, o recurso mereceria provimento; se por razões outras, o recurso deveria ser improvido. Por óbvio, tal possibilidade inexiste, diante do sistema da íntima convicção. Ademais, nada impede que cada um dos sete jurados profira seu voto por uma razão diferente, sendo, portanto, a decisão final a aglutinação de fatores diversos que conduzem ao resultado absolutório”.

33. Sobre o tema, importante registrar que cinco Ministros que compõe a 3^a Seção do Superior Tribunal de Justiça já proferiram votos no sentido do texto: Ministro Rogério Schietti Cruz (HC 350.895-RJ), Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (HC 323.406-RJ), Ministro Sebastião Reis (HC 254.568-PB), Ministro Antônio Saldanha Palheiro (HC 350.895-RJ) e Ministro Ribeiro Dantas (HC 313.215-RJ).

34. No Supremo Tribunal Federal, três Ministros tem decisões que tratam do tema, alinhadas a tese sustentada: Ministro Marco Aurélio (HC 143.595-SP), Ministro Celso de Mello (RHC 117.076-SP) e Ministro Gilmar Mendes (RE 982.162-SP).

III. ANÁLISE EMPÍRICA DE JULGADOS

35. Denis Sampaio e Igor Damous analisaram, quantitativa e qualitativamente, os julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em casos de apelação fundada em julgamento manifestamente contrário à prova dos autos.

36. Tal estudo acabou por *“evidenciar dúvidas sobre a efetividade da isonomia em relação à apreciação sobre a garantia da soberania dos veredictos e a forma como o órgão revisor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro considera o mesmo”*.

37. Foram analisados os processos oriundos do III e IV Tribunais do Júri da Capital do Estado do Rio de Janeiro no período de 2010 a 2017, sendo que os resultados são inquietantes.

38. Dos 92 (noventa e dois) recursos defensivos fundados no art. 593, inciso III, alínea *d*, do *Codex*, SOMENTE UM FOI PROVADO, ao passo que os recursos da acusação, que totalizaram 31 (trinta e um) casos, foram providos em 13 (treze) ocasiões. Enquanto o êxito defensivo é de 1% (um por cento), o acusatório é de 42% (quarenta e dois por cento).

39. O citado estudo, acostado a presente ação mandamental, denota que as decisões absolutórias não são respeitadas pela Corte Estadual em questão, corroborando a necessidade enfrentamento da questão posta nesse *mandamus* pela Corte máxima do país, pretendendo-se que se garanta, de uma vez por todas, a **SOBERANIA DOS VEREDICTOS**.

40. Inegável, pois, que as questões jurídicas envolvidas no caso em apreço têm impacto concreto na prática judicial, fato demonstrado pelo estudo citado, merecendo ser enfrentada por essa Corte, guardiã da Constituição que é.

CONCLUSÃO E PEDIDO

41. Vê-se que o *thema decidendum* é atravessado por três questões centrais e entrelaçadas: **a)** a soberania dos veredictos (**CR, art. 5º, XXXVIII, alínea *c***); **b)** a introdução da *clemência* no ordenamento jurídico a partir da Lei 11.689/08 (**CPP, art. 483, §2º**), que nada mais fez do que adequar a redação original do CPP (1941) à Constituição da República, prestigiando exatamente a soberania dos veredictos e; **c)** a impossibilidade jurídica de confrontação da decisão absolutória com a prova dos autos (inadmissibilidade de apelo acusatório com fincas no **art. 593, III, alínea *d* do Código de Processo Penal**).

42. À conta dos fundamentos aqui lançados, bem como de outros que certamente Vossas Excelências trarão à baila, requer o impetrante seja **concedida a ordem** no presente *habeas corpus*, inicialmente sob a forma de **LIMINAR**, para SUSTAR o julgamento em Sessão Plenária eventualmente aprazado do processo nº 0104581-15.2010.8.19.0001 até o julgamento final de mérito.

43. Ao final, **em julgamento de mérito, requer a CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR** anteriormente concedida, **mantendo a decisão para CONCEDER A ORDEM** a fim de prestigiar a soberania do veredicto ao qual chegaram os jurados no mencionado processo, **MANTENDO-SE A ABSOLVIÇÃO** do paciente, dando-se interpretação conforme ao artigo **593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal**, reconhecendo-o como recurso exclusivo da defesa, quando buscar se insurgir contra à decisão tomada com base no julgamento do quesito obrigatorio (“o jurado absolve o réu?”).

44. Por fim, sob pena de nulidade, requer-se a intimação pessoal da representação da Defensoria Pública junto a este Supremo Tribunal Federal de todos os atos e termos praticados no bojo desta ação constitucional, **inclusive da data da sessão de julgamento, a fim de viabilizar eventual sustentação oral**, com fundamento no art. 128, I, da LC nº 80/94.

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 27 de setembro de 2018.

EMANUEL QUEIROZ RANGEL
Defensor Público

RICARDO ANDRÉ DE SOUZA
Defensor Público

TIAGO ABUD DA FONSECA
Defensor Público

PEDRO PAULO LOURIVAL CARRIELLO
Defensor Público

DENIS SAMPAIO
Defensor Público

CADERNOS ESTRATÉGICOS

ANÁLISE ESTRATÉGICA DOS JULGADOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Esta publicação traz o resultado das pesquisas desenvolvidas pelo GRUPO DE TRABALHO SOBRE ANÁLISE ESTRATÉGICA DE JULGADOS DA CORTE INTERAMERICANA, criado pela Resolução DPGE nº 927, de 3 de maio de 2018, e formado por defensoras e defensores públicos, estagiárias e estagiários da DPRJ. A obra é dividida em seções temáticas que correspondem aos subgrupos: Defesa Criminal, Não Discriminação, Garantias Judiciais e Acesso à Justiça e tortura, além de seção contendo peças processuais.

Boa leitura!

REALIZAÇÃO



COORDENAÇÃO GERAL DE
PROGRAMAS INSTITUCIONAIS



APOIO

