

O Poder Judiciário e os Direitos Humanos

(2)

Juiz Pedro Luiz Ricardo Gagliardi

Presidente do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

I. Introdução

Agradeço ao convite do Desembargador Manoel Carpena Amorim, DD. Diretor Geral da EMERJ, para falar sobre o tema: “O PODER JUDICIÁRIO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS HUMANOS”.

É um prazer muito grande poder formular para os colegas algumas questões sobre a jurisdição e os direitos humanos no nosso sistema, em continuação à 1ª Semana Jurídica do MERCOSUL realizada na cidade do Guarujá, em São Paulo, em setembro de 1996; a 2ª Semana realizada no mês de maio de 1997, na cidade de Garibaldi, no Rio Grande do Sul, e a 3ª Semana realizada, no mês de novembro de 1997, na cidade de Florianópolis, em Santa Catarina, sob a orientação e coordenação dos Desembargadores Cristovan Daiello Moreira, do RGS, e Alberto Costa, de SC, e do Juiz Antonio Rulli Junior, de SP.

Estas atividades representam um esforço permanente das Escolas Superiores da Magistratura Brasileira e das Associações no intuito de criar uma educação permanente entre os Juízes, criando motivação necessária para o aperfeiçoamento das Instituições e da própria sociedade.

Este ano, no dia 10 de dezembro, comemoramos o Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217-A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em

10/12/1948 e assinada pelo Brasil, na mesma data¹, na ordem dos considerandos estatui que *o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade da justiça e da paz no mundo*.

A garantia dos direitos fundamentais é a própria jurisdição, atividade por excelência para a solução dos conflitos. A minha abordagem se prende à questão da extradição, ao Pacto de San José da Costa Rica (Declaração Americana dos Direitos Humanos) e à questão indígena, aproveitando as lições do Caro Colega Rulli Júnior, em sua obra intitulada *Universalidade da Jurisdição*.

II. Direitos Humanos e Extradição

Tem-se entendido que a expressão direitos humanos é de maior extensão que a expressão direitos fundamentais². Estes direitos devem ser tratados igualmente na ordem externa e interna dos Estados.

A partir do movimento democrático de 1985, consolidado na Constituição Federal de 1988, levou o Brasil à ratificação de tratados e à efetiva proteção dos direitos humanos. O avanço significativo é o reconhecimento das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos por parte do Estado brasileiro³.

Em julgado de 28 de agosto de 1996, do Supremo Tribunal Federal (**Extradição nº 633-9**, República Popular da China, **Relator Ministro Celso de Mello**), entendeu-se que a correlação entre extradição e respeito aos direitos humanos decorre da essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns que, entretanto, **não exonera** o Estado brasileiro - e, em particular, o Supremo Tribunal Federal - **de velar pelo respeito aos direitos fundamentais** do súdito estrangeiro que venha a sofrer em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro.

¹ *Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado, Série Documentos, nº14, São Paulo, dezembro 1996, p.49.

² Enrique Ricardo Lewandowski, *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

³ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996.

Entende o Ministro Celso de Mello que “A possibilidade de privação, em juízo penal, do **due process of law**, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado - **garantia** de ampla defesa, **garantia** do contraditório, **igualdade** entre as partes perante o juiz natural e **garantia** de imparcialidade do magistrado processante - **impede** o válido deferimento do pedido extradicional” (RTJ 134-56-57).

O desrespeito ao fundamento ético da jurisdição impede um julgamento justo exigido pela consciência histórica de proteção aos direitos humanos. É consignado, no acórdão do referido pedido de extradição, as profundas restrições impostas pelo ordenamento positivo chinês ao regime das liberdades públicas, “...tanto que o Relatório Anual do Departamento de Estado norte-americano, divulgado em março de 1996, **após** destacar que a República Popular da China é ‘um Estado autoritário no qual o Partido Comunista Chinês constitui a fonte mais importante de poder’, revela a existência, naquele País, de inúmeros abusos cometidos por autoridades governamentais contra direitos básicos das pessoas, **relacionando**, dentre várias outras, as seguintes situações de flagrante anormalidade: **detenções** arbitrárias; **regime** de incomunicabilidade por períodos muito prolongados; confissões obtidas mediante violência; **prática** de tortura; **execuções** extrajudiciais; **desaparecimento** de pessoas; **tratamento** cruel e degradante dispensado pela polícia e por outros agentes da repressão; **dificuldade** de acesso dos indiciados presos a seu advogado; **impossibilidade de organizações humanitárias internacionais**, como a Cruz Vermelha Internacional e instituições congêneres, terem acesso ao universo concentracionário chinês; **concessão** de fiança criminal sujeita ao poder discricionário das autoridades incumbidas da segurança pública; **utilização** do processo penal e da decretação de prisão como instrumentos de pressão sobre disputas meramente comerciais, valendo destacar, no ponto, os casos Cui Peeyan e Troy Mac Bride; **prática** de seqüestro; **prática** de seqüestro, com o objetivo de introduzir em território chinês réu domiciliado em área sujeita à soberania de Estado estrangeiro (refiro-me ao caso de James Peng, seqüestrado em 1994 por autoridade policiais chinesas em Macau, que ainda se acha sob domínio português e levado para a República Popular da China para julgamento), de que resultou longa condenação penal; **recusa** de julgamento público e justo.”

O caso, ora tratado, diz respeito à extradição de Qiang Hong acusado de defraudação (Artigo 152, do Código Penal Chinês) e que corresponde à

figura do estelionato (artigo 171) do Código Penal Brasileiro, mero crime patrimonial, punido com pena de morte naquele País. Houve o compromisso de comutação da pena de morte em pena privativa da liberdade (artigo 91, III, da Lei nº 6815/80, Estatuto do Estrangeiro). O nosso sistema extradicional qualifica-se como de controle limitado (**RTJ 140/436**), com predominância da atividade jurisdicional, permitindo ao Supremo Tribunal Federal exercer fiscalização concernente à legalidade extrínseca do pedido de extradição formulado pelo Estado estrangeiro. Não autoriza que se renove na extradição passiva o litígio penal que lhe deu origem, nem que se promova o reexame ou rediscussão do mérito.

Entretanto, excepcionalmente, são analisados aspectos materiais concernentes à própria natureza da imputação penal,⁴ circunstância indispensável à solução de eventual controvérsia sobre a ocorrência da prescrição penal, observância do princípio da dupla tipicidade e, ainda, configuração eventualmente política tanto ao delito imputado ao extraditando quanto das razões que levaram uma soberania a requerer a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro.

Os direitos humanos exigem atividade jurisdicional capaz de assegurar julgamento honesto através de juiz independente e imparcial, exigência maior para aqueles Países que insistem em retrocesso injustificável na aplicação de pena de morte (decapitação, enforcamento, fuzilamento, tiro na nuca, injeção letal, câmara de gás, cadeira elétrica, garrote, fogueira, lapidação, entre outras), de prisão perpétua (*ad aeternum*, sem qualquer preocupação com a pessoa do sentenciado ou sua eventual recuperação) ou de penas cruéis (amputação de membros ou partes destes, inclusive com uso de técnica anestésica, chicote, palmatória, vara, cobaias humanas, tortura, entre outras), penas incompatíveis com a atual evolução ética da sociedade que as vem reverberando de forma permanente e de constante desaprovação.

A África do Sul sofreu boicote, em razão de discriminação racial, acelerando o processo de aplicação global dos direitos humanos, formando consciência universal de repúdio a qualquer forma de desrespeito à observância dos direitos fundamentais. E mais recentemente o desrespeito aos direitos humanos no Timor Leste e sua autodeterminação e na ex-Iugoslávia com perseguição étnica ou a perseguição dada aos curdos.

⁴ Supremo Tribunal Federal, Extradições - *Julgamentos e Legislação*, Brasília, 1976 e 1979, Iº e IIº Volumes.

Proposição:

Deve ser negado pedido de extradição para países que desrespeitem os direitos humanos ou apliquem penas cruéis, prisão perpétua e pena de morte e não se comprometam à comutação de referidas penas em relação ao réu objeto do pedido de extradição.

III. Direitos Humanos e o Pacto de San José

Outro exemplo de respeito aos direitos humanos na ordem interna relaciona-se à aplicação do Pacto de São José.

Em julgado de 18 de dezembro de 1995, do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* nº 73.151-1, Rio de Janeiro, Relator o Eminente Ministro MOREIRA ALVES), envolvendo aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), entendeu-se que a Convenção não assegura, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade, ressalvando o disposto na Constituição e nas leis dos Estados -Partes: “Convém explicitar que a ordem de prisão, nesses casos, além de compatível com o princípio de presunção de inocência (Constituição Federal - artigo 5º, LVII), não afronta a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), como demonstra o despacho exarado pelo eminente Ministro Celso de Mello, no *HABEAS CORPUS* nº 73.295-MG - (Medida Liminar). Não se alegue, de outro lado, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) - já formalmente incorporada ao direito positivo interno do Brasil (Decreto nº 678-92) - impediria a privação antecipada da liberdade individual do réu ainda sujeito à decisão penal condenatória recorrível. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre esse específico aspecto da questão, enfatizou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade (*HABEAS CORPUS* 72.366 - São Paulo, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, julg. em 13/9/95), pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao *status libertatis* do réu, proclama que ‘Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados - Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas’ (Artigo 7º, n. 2 - grifei). Na realidade, essa cláusula da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao remeter ao plano do direito positivo interno a definição normativa das

hipóteses de supressão da liberdade pessoal, admite que o sistema jurídico nacional ou doméstico de cada Estado institua - como o faz o ordenamento estatal brasileiro - os casos em que se legitimará a privação antecipada do *status libertatis* do réu ou do condenado.”

O respeito aos direitos humanos, segundo a Convenção, não exclui a aplicação do direito positivo interno. A Constituição Federal, ratificado e promulgado o Tratado, exige a adaptação das normas ao nosso direito interno, inexistindo aplicação automática daquele. A Constituição é a “suprema lei da terra”, não os Tratados, que só vigorarão quando da adaptação ao nosso direito positivo interno.

A cultura do nosso povo e a tradição do nosso direito sempre foram de respeito às garantias fundamentais, mesmo quando da vigência do Estado de exceção, reveladas na consciência ética do bem viver (viver honestamente) transmitidas pela importância dada à jurisdição, em âmbito interno e externo, justificando, sobretudo, o respeito aos Direitos Humanos e o direito à autodeterminação dos povos⁵.

Proposição:

*Não constitui ofensa aos direitos humanos a privação do **status libertatis** do réu, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos estados partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.*

IV. Direitos Humanos e o Indigenato

Questão de relevância para a jurisdição é aquela de respeito ao indigenato. Em excelente estudo, Marco Antonio Barbosa⁶ tem entendido, acompanhando recomendações e estudos da Organização das Nações Unidas, que nas sociedades multiétnicas há a necessidade de uma atuação baseada em critérios que afirmem, pelo menos em princípio, a igualdade de direitos culturais entre os diferentes grupos étnicos, e que há uma obriga-

⁵ Artigo 1º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, in *Direitos Humanos um novo caminho*, publicação do Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa Humana, da Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania, São Paulo, 1994, p.28.

⁶ *Terras indígenas no Brasil, uma contribuição para seu estudo*, Dissertação de Mestrado, F.D. da

ção por parte do Estado de formular e pôr em prática uma política cultural que crie as condições para a coexistência e o desenvolvimento harmonioso dos diferentes grupos étnicos que vivem em seu território, seja através de disposições pluralistas que garantam a não ingerência de um grupo sobre outro, seja através de outros programas que garantam oportunidades iguais e efetivas para todos.

Ao longo da nossa história, a soberania dos povos indígenas e seus direitos territoriais foram freqüentemente reconhecidos na legislação portuguesa para o Brasil, embora na prática houvesse muita contradição.

João Mendes Junior⁷ assinala: “Os reis de Portugal e os padres da Companhia de Jesus foram as potências que contiveram os colonos; mas, aqueles nem sempre se mantiveram firmes e estes (que muitas vezes fizeram papel semelhante ao da política inglesa nos Estados Unidos) tiveram que entrar em lutas terríveis e de contemporizar”.

É fácil entender a atitude dos reis portugueses que desde o descobrimento e missões anteriores respeitavam os índios, principalmente, pelo processo hereditário de sucessão dos caciques, idêntico ao de Portugal. João Ramalho havia se desentendido com sua família em Portugal e resolvera embarcar em uma das expedições marítimas das descobertas, sendo lançado, em 1491, nas costas de São Vicente. Aqui, acabou se casando com Bartira, cujo nome de batismo era Isabel, filha do cacique Caramuru. E quando da chegada de Martim Afonso de Souza, este conversou em português com o cacique, sabendo como ocorria a sucessão na tribo⁸.

Editou o rei português o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, determinando que se respeitasse as terras ocupadas pelos indígenas. Os jesuítas, por sua vez, seguiam as determinações da Igreja. O papa Paulo III pelo Breve de 9 de junho de 1537, reiterado em 1539 pela Bula de Urbano VIII, que o fez extensivo ao Brasil, declarou que os índios eram verdadeiros homens como os demais e tinham todo o direito à sua liberdade, não devendo e não podendo ser dela privados, nem do domínio de seus bens, mesmo que ainda não estivessem convertidos ao cristianismo.⁹

⁷ *Os indígenas no Brasil - seus direitos individuais e políticos*, Typ. Hennies Irmãos, São Paulo, 1912, p.22.

⁸ *Estrutura e organização do Poder Judiciário no Brasil e universalidade da jurisdição*, Antonio Rulli Junior, in *Revista da Faculdade de Direito das F.M.U.*, São Paulo, ano 10, nº VI, série internacional, pp.13-22.

⁹ Marco Antonio Barbosa, *Terras indígenas...*, p.78.

Os portugueses aqui encontraram diversos povos, nações indígenas, reconhecendo o *sedum positio* dos aborígenes, sobre a terra, além do *ius possessionis* e do *ius possidendi*, criando a consciência histórica do direito congênito ao solo, pela posse ordinária do mesmo e o fato da conquista ter respeitado esses direitos, essencialmente incorporado aos seus patrimônios, por serem direitos inalienáveis e imprescritíveis.

Pelo sistema de sesmarias,¹⁰ com medida aproximada de mil e trezentos hectares, as terras sempre foram concedidas com reserva do prejuízo de terceiro e preservando o direito dos índios, isto é, simultaneamente, com a concessão das mesmas, institui-se ressalva ao direito anterior, congênito ao índio.¹¹

A Constituição Federal e o Estatuto do Índio (Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973) reconhecem que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente (Constituição Federal, artigo 231, § 2º), constituindo-se em patrimônio inalienável e indisponível e os direitos sobre este é imprescritível (Constituição Federal, artigo 231, § 4º), sendo, assim, vedada a remoção (Constituição Federal, artigo 231, § 5º). Aliás, o artigo 14, da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho textualmente afirma que: “Os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que eles ocupam tradicionalmente devem ser reconhecidos aos povos interessados.” São direitos que decorrem da própria natureza humana que exige evolução ética muito mais extensa do que a própria norma qualificada pelo direito.

Estes direitos vieram reconhecidos em decisão do Poder Judiciário, proferida nos autos do Processo nº 907/84-R, da 3ª Vara Cível do II Foro Regional Santo Amaro-Ibirapuera, da Comarca de São Paulo¹², possibilitando a homologação da área pelo Governo do Estado de São Paulo (Governador Franco Montoro) e pelo Governo da União (Presidente José Sarney), dentro do Município da Cidade de São Paulo, do aldeamento indígena denominado “Krukutu”. Entendeu-se que estas sociedades humanas, igualmente estruturadas sob todos os aspectos da realidade social como as sociedades modernas, apresentam cooperação que supera o etnocentrismo e o evolucionismo,

¹⁰. Juiz Benedito Silvério Ribeiro, *Tratado de Usucapião*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1992, 2 Vols., pp. 491-515 e Ruy Cirne Lima, *Pequena história territorial do Brasil - sesmarias e terras devolutas*, Porto Alegre, Ed. Sulina, 1954.

¹¹. Marco Antonio Barbosa, *Terras indígenas no Brasil*, p.78.

¹². in Boletim Jurídico da Comissão Pró-Índio de São Paulo, Ano III, nºs. 5/6, julho 1986, pp. 7/14.

aplicando as normas do sistema jurídico brasileiro, respeitando a plenitude da vontade das próprias comunidades indígenas, escapando aquela decisão de uma concepção unitária do Direito.¹³

Proposição:

Os direitos humanos dos índios se constituem em patrimônio inalienável e indisponível e os direitos sobre este são imprescritíveis, decorrendo da própria natureza humana que exige evolução ética muito mais extensa do que a própria norma qualificada pelo direito. ◆

¹³. Marco Antonio Barbosa, *Terras indígenas no Brasil...*, pp.168-169.