



# COSMOPOLITAN LAW JOURNAL

VOLUMES 2, NÚMERO 2 A 4, NÚMERO 2,

DEZEMBRO 2014- DEZEMBRO 2016

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ISSN 2357-8440

## **Conselho Editorial**

Prof. Dra. Andrea Pacheco Pacífico  
*Universidade Estadual da Paraíba*

Prof. Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade  
*Academia de Direito Internacional de Haia*

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira  
*Centro de Ensino Superior de Valença*

Prof. Dr. Felipe Kern Moreira  
*Universidade Federal de Rio Grande*

Prof. Dr. José Manuel Avelino de Pina Delgado  
*Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais (Praia, República de Cabo Verde)*

Prof. Dra. Mônica Teresa Costa Sousa  
*Universidade Federal do Maranhão*

## **Editor Gerente**

Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo  
*Universidade do Estado do Rio de Janeiro*

## **Editores**

Prof. Dr. Rafael Zelesco Barretto  
*Centro Universitário Lasalle do Rio de Janeiro*

Prof. Me. Rodrigo Bastos Raposo  
*Universidade Estadual do Maranhão*

Prof. Me. Siddharta Legale Ferreira  
*Universidade Federal de Juiz de Fora*

## **Conselho Permanente de Revisores**

Prof. Me. André Bezerra Meireles  
*Faculdade Estácio do Recife*

Prof. Dra. Andrea Pacheco Pacífico  
*Universidade Estadual da Paraíba*

Prof. Dr. Bráulio de Magalhães Santos  
*Universidade Federal de Juiz de Fora*

Prof. Dra. Brenda Maria Ramos Araujo  
*Universidade do Estado do Rio de Janeiro (mestranda)*

Prof. Ma. Carolina de Abreu Batista Claro  
*Universidade de Brasília*

Prof. Cláudio Cerqueira Bastos Netto  
*Universidade do Estado do Rio de Janeiro (mestrando)*

Prof. Me. Daniel Capecchi Nunes  
*Universidade Federal de Juiz de Fora*

Prof. Daniele de Oliveira Barbosa  
*Universidade do Estado do Rio de Janeiro*

Prof. Dr. Felipe Kern Moreira  
*Universidade Federal de Rio Grande*

Prof. Me. Guilherme de Jesus France

*Fundação Getúlio Vargas (mestrando)*

Prof. Me. Gustavo da Frota Simões

*Universidade Federal de Roraima*

Profa. Me. Ilana Aló Cardoso Ribeiro

*Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Equador)*

Profa. Me. Inês Ferreira Dias Tavares

*Universidade Federal do Rio de Janeiro*

Prof. Dr. Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro

*Centro Universitário Lasalle do Rio de Janeiro*

Prof. Dr. José Manuel Avelino de Pina Delgado

*Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais (Praia, República de Cabo Verde)*

Prof. Me. Luis Claudio Martins de Araujo

*Universidade do Estado do Rio de Janeiro (doutorando)*

Prof. Me. Matheus Farinhas de Oliveira

*Universidade do Estado do Rio de Janeiro (doutorando)*

Profa. Dra. Mônica Teresa Costa Sousa

*Universidade Federal do Maranhão*

Prof. Dr. Nitish Monebhurrin

*Centro Universitário de Brasília*

Dra. Patrícia Loureiro

*Universidade Federal de Santa Catarina*

Dr. Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues

*Universidade do Estado do Rio de Janeiro*

Prof. Pedro Farias Oliveira

*Universidade do Estado do Rio de Janeiro (mestrando)*

Prof. Pedro Muniz Pinto Sloboda

*Universidade de São Paulo (doutorando)*

Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos

*Universidade do Estado do Rio de Janeiro*

Prof. Dr. Rodrigo Ramos Lourega de Menezes

*Universidade Federal Fluminense*

## SUMÁRIO

<b>EDITORIAL.....</b>	<b>6</b>
<b>ARTIGOS AVALIADOS.....</b>	<b>12</b>
NOBLEMAIRE PRINCIPLE IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL CIVIL SERVICE (Michael Ogwezy).....	14
O ESTATUTO DE ROMA E SUA (DES)HARMONIZAÇÃO COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO (Cleidmar Avelar Santos).....	29
TRATADO DE ROMA E O DIREITO BRASILEIRO: A ENTREGA DE BRASILEIROS NATOS AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (Rafael Nery Torres).....	40
INFORMAÇÃO E LIBERDADE NOS TEMPOS DO CÓLERA: CORTES CONSTITUCIONAIS E DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO MÉXICO, COLÔMBIA E BRASIL (Daniel Capecchi Nunes).....	62
TRABALHO ESCRAVO: O CASO JOSÉ PEREIRA E SUA RELEVÂNCIA PARA A ATUAL SITUAÇÃO BRASILEIRA (Igor Luís Furtado Ramos).....	88
DIREITO MILITAR E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: JULGAMENTO DE CIVIS EM FORO MILITAR E PRISÃO DISCIPLINAR À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL (Cláudio Cerqueira Bastos Netto).....	103
<b>ENTREVISTAS.....</b>	<b>130</b>
EXTENSÃO E LIMITES DA JURISDIÇÃO NACIONAL: ENTREVISTA COM A PROFESSORA CARMEN TIBURCIO.....	132
<b>RESENHAS DE DECISÕES.....</b>	<b>146</b>
CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO (CROÁCIA <i>versus</i> SÉRVIA) (Raquel Belay) .....	148



## EDITORIAL

A Revista de Direito Cosmopolita chega, com atraso, embora com a mesma qualidade, ao seu terceiro número. Trata-se de um volume de retomada e reinvenção. Retomada porque a profunda e conhecida crise que acomete a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) também impediu que essa edição pudesse ser publicada antes. E reinvenção, porque nem toda crise é apenas declínio ou retrocesso. É também uma oportunidade para se reinventar e superar as adversidades, contra tudo e todos, por meio da crítica, temperança, trabalho duro e criatividade.

Esse volume procura manter a tradição e o estilo da Revista de Direito Cosmopolita, introduzindo algumas modernizações. Em primeiro lugar, manteve-se o elevado padrão na seleção dos *papers* para publicação. Mesmo em meio ao contexto de crises, paralisações e greves, recebemos aproximadamente 20 *papers*. Apenas 5 preencheram os critérios e passaram pelo crivo dos pareceristas da Comissão Editorial, respeitando os critérios do *double blind peer review*. Em outras palavras, 25% foram aprovados. Agradecemos a todos e todas pareceristas pelo apoio<sup>1</sup>. Registramos esse dado em atendimento a recomendação do Fórum de Editores Permanente de Direito, o qual vem pensando em sugestões para aprimorar o sistema de avaliação das revistas da Qualis-Capes, visando conferir maior transparência ao fluxo editorial para os autores<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Nesta edição, agradecemos especialmente a Bráulio de Magalhães Santos, Brenda Maria Ramos Araújo, Cláudio Cerqueira Bastos Netto, Daniele Barbosa de Oliveira, Guilherme de Jesus France, Ilana Aló Cardoso Ribeiro, Inês Ferreira Dias Tavares, Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro, Luis Claudio Martins de Araujo, Matheus Farinhas de Oliveira, Pedro Farias Oliveira, Pedro Muniz Pinto Sloboda, Raphael Carvalho de Vasconcelos, Rodrigo Ramos Lourega de Menezes e Rodrigo Bastos Raposo.

<sup>2</sup> Trata-se de uma pertinente proposta da Editora Catarina Barbieri, mencionando inclusive um artigo a respeito. Cf. BRINGEL, Breno. Política e Fluxo Editorial. Editor, DADOS – Revista de Ciências Sociais **vol.59 no.2 Rio de Janeiro Apr./June 2016**.

A crise é também, como dito, um momento para introduzir novidades. Introduziremos entrevistas nas aberturas da *Cosmopolita* daqui para frente. Em parceria com o canal do YouTube *Debates Virtuais*<sup>3</sup>, que tem realizado entrevistas em vídeo com professores da área, decidimos transcrever e divulgar alguns com aderência à política editorial da Revista.

A primeira aqui publicada foi realizada com a Profa. Carmen Tiburcio, sobre “Extensão e limites da Jurisdição Nacional”. Trata-se da tese apresentada para o concurso de Professor Titular de Direito Internacional da área na UERJ. A querida professora assume a cátedra que pertenceu ao prof. Jacob Dolinger. Em breve, ela desfrutará merecidamente de uma das maiores honras para a trajetória de todo internacionalista: ministrar um Curso na Academia de Direito Internacional de Haia. Registramos esse momento especial para nossa instituição, desejamos sucesso e temos certeza de que a professora Carmen encantará a Academia, como tem nos encantado com a sua erudição e o seu carisma.

Mantivemos a tradição de publicar estudos e comentários a casos recentes ou clássicos de cortes internacionais. Na presente edição, trazemos o texto de Raquel Belay, monitora de Direito Internacional da casa, sobre o caso “Aplicação da Convenção para a Prevenção de Punição do Crime de Genocídio” (Croácia *versus* Sérvia), da Corte Internacional de Justiça. Esta é uma seção, assim como a de entrevistas, que não se subordina ao *double blind peer review*. Não contam, infelizmente, para as métricas imperfeitas da CAPES, como artigos para atender aos anseios da burocracia.

Nem tudo cabe na régua do burocrata. Os artigos de graduandos e estudos de casos são importantes. As entrevistas, nesse modelo, também são importantes. A primeira estimula os futuros – e agora, presentes –

---

<sup>3</sup> Confira-se: < <https://www.youtube.com/channel/UChpZM6wq37FdUEMiitz2dOQ> >.

autores. As segundas registram a nossa história. Ambas são formas de estimular os novos pesquisadores das gerações Y e Z, que já nasceram conectados à internet e foram forjados na *Web*. A pesquisa não precisa ser cinza. E vídeos e textos podem ser coadjuvantes, em vez de rivais. Dar publicidade a esses estudos, a um só tempo, protege o nosso passado e o nosso futuro comum.

Em uma breve visão geral dos artigos dessa edição, destacamos a presença de temas clássicos e contemporâneos. O primeiro artigo deste volume traz um artigo de Michael Ogwezy, Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Adekunle Ajasin da Nigéria, que trata do princípio *Noblemaire*, adotado para determinar o salário dos servidores civis das organizações internacionais.

O segundo e terceiro artigo tratam do Tribunal Penal internacional, abordando questões relevantes para o direito brasileiro, relacionadas à harmonização entre a Constituição de 1988, que, por conta da EC 45/04 que introduziu o art. 5º §3º, confirmou nossa aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Nem por isso as controvérsias cessaram. Há debates importantes, por exemplo, sobre a constitucionalidade da prisão perpétua e sobre a possibilidade da “entrega” de nacionais.

O quarto artigo, do jovem professor Daniel Capecchi, envolve mais o direito comparado do que o direito internacional propriamente dito. Ainda assim, convidamos os internacionalistas a conhecerem as reflexões sobre a liberdade de expressão na prestigiada Corte Constitucional da Colômbia. Não é raro que as análises oriundas do direito constitucional e do direito comparado passem a influenciar as cortes internacionais ou tratem de temas importantes para o Direito Internacional Público. Essa visão mais interdisciplinar integra a nova tendência da política editorial da Revista de Direito Cosmopolita, como

uma estratégia para estimular uma modernização do direito internacional clássico.

Por fim, publicamos o artigo sobre o caso José Pereira, que envolve o trabalho escravo na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O autor, quando submeteu o manuscrito, ainda não contava com a publicação da sentença da Corte Interamericana no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* (2016). O estudo já seria importante por si só em função das graves violações de direitos humanos que o autor denuncia. Com a publicação da sentença interamericana, o tema ganha ainda maior relevância, já que não se trata apenas da publicação de mais uma condenação ao Brasil, mas sim do primeiro caso da história da Corte Interamericana especificamente que condena um país do sistema interamericano por violar o art. 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que veda a redução de alguém a condição de escravo ou análoga a de escravo.

Procura-se, com esses dos últimos artigos, chamar atenção para necessidade de conferir maior valor ao Direito Internacional e ao Direito Comparado na América Latina.

Encerramos este editorial lembrando de um episódio da vida do célebre teólogo e jurista (e internacionalista) Hugo Grócio, o qual ilustra a capa do nosso periódico. Mesmo condenado à prisão perpétua no castelo Loevestein, obteve permissão para ler e escrever. Assim, sua esposa periodicamente lhe levava livros em uma caixa. Em uma destas visitas, a mulher simplesmente põe o marido na arca, permitindo assim que Grócio escape de Amsterdam para a liberdade.

Que tenhamos a mesma força para continuar a produzir em meio à crise econômica e política que acomete a UERJ. E que tenhamos a mesma criatividade para que ela não seja uma condenação permanente ao ostracismo.

Convidamos os leitores a se tornarem autores nas próximas edições. E desejamos uma boa leitura!



## **ARTIGOS AVALIADOS**

Esta seção é composta por artigos submetidos pelos autores à dupla revisão cega por pares.



# NOBLEMAIRE PRINCIPLE IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL CIVIL SERVICE

Michael Ogwezy<sup>1</sup>

**Contents:** 1 Introduction. 2 Evolution of the Noblemaire Principles under the League System. 3 Noblemaire Formula as Applied by the League of Nations. 4 Application of the Noblemaire Principle under the United of Nations System. 5 Charter of the United Nations and the Noblemaire Principle. 6 Criticisms of the Age long Noblemaire Principles. 7 Role of International Civil Service Commission in Evaluation of the Remuneration of International Civil Servants. 8 Conclusion.

**Abstract:** One aspect of the Law of International Organisations that have not attracted the attention of International Law Scholars is the age long concept of “Noblemaire Principle” of 1921 which was adopted during the years of the League of Nations and is still being used for the determining the salaries of international civil servants. The Principle has been adopted by the International Civil Service Commission (ICSC) as a standard for remunerating official of international organizations like the United Nations and its Agencies. This paper therefore intends to examine the relevance of the “Noblemaire Principles” in contemporary global civil services and to see whether it still meets the need of the present time or requires necessary review by the International Civil Service Commission? This paper will also examine the realities of 1921 with those of present day by relying on the Congressional report from research commissioned by the United States, Government Accountability Office (GAO) in 2013 to see whether the Noblemaire Principles still meets the needs of time having found from reports that the margin between U.N and U.S. civil service salaries has increased over a period of ten years while the Noblemaire Principle which relies and applies the US Civil Service salary scheme in payment of the salaries of UN and other International Staff is still being considered as normal. Then should the Noblemaire Principle be maintained as the pay-setting yardstick for the UN and other international civil servants considering its antiquated nature?

**Keywords:** Noblemaire Principle, ICSC, UN, US, International Civil Servants

## 1 INTRODUCTION

The backbone of every international organisation is its civil service, the staff working for the organisation. The efficiency achieved in the discharge of its obligations as enshrined in its charter, convention, protocol, constitution or constituent instrument is as a result of the efficiency of the international civil servants<sup>2</sup> employed to work in the organisation. An international civil service is quite similar to national civil service, in purpose and structure, although there are important differences. The multinational composition and often divided loyalties

---

<sup>1</sup> LL.B, (Ibadan) B.L, (Enugu) ML.D, (DELSU) MASIO/LL.M, (ZH/Switzerland) LL.M, Ph.D (Nigeria), Senior Lecturer, Department of Jurisprudence and International Law, Faculty of Law, Adekunle Ajasin University, Akungba, Akoko, Ondo State. Nigeria.

<sup>2</sup> An international civil servant is a person to whom the representatives of several States, or organ acting on their behalf, have entrusted, in virtue of an inter-State agreement and under their supervision, the continuous and exclusive exercise of functions in the common interests of the States in question subject to special legal rules. See Basdevant, Suzanne (Bastid): *Les fonctionnaires internationaux*, Recueil Sirey, Paris, 1931, p. 53, as quoted by M.B. Akehurst: *The Law Governing Employment in International Organisations*, Cambridge: Cambridge University Press, 1967, p. 358.

create problem which national administrators do not encounter. Although the variety of background and the lack of tradition may make it possible to find new solution to old questions, they also hamper the creation of a good administrative system.<sup>3</sup> The function of an international civil servant requires personal qualification and an international attitude.<sup>4</sup> For professional post (administrative ranks) a university degree is normally required. Again most international organisation requires practical experience. In many of their task international civil servants will be expected to know how particular problems are solved in their own countries. Practical experience will increase that knowledge and will provide the civil servant with contacts who may provide information. Furthermore candidates for post in international organisations should have linguistic ability. In most international organisations there is one dominant language which must be known; even if there are other official languages good knowledge of a second language is usually required.<sup>5</sup> Apart from Professional qualifications nationality plays an important role, though international organisations rarely recruit from non-member States.<sup>6</sup> Therefore this nature of requirements for recruitment requires adequate payments for the purpose of efficiency while in service and to also avoid divided loyalty. The concept of the modern international civil service was firstly realized in the international Secretariat of the League of Nations and in the International Labour Office (Geneva, 1920) respectively.<sup>7</sup> Hence with the establishment of the League of Nations, in 1921 a committee chaired by a French diplomat Mr. Georges Noblemaire met to set the salaries and remuneration of the staff of the League of Nations. Though the Committee did not enunciate a principle, the provisions of paragraph 18 of the Noblemaire Committee's report stated that "We admit that the salaries which we propose are based on those of the highest-paid Civil Services in the world..." Because some believed that the salaries of the League of Nations employees were "too high" the Noblemaire Committee was under considerable pressure to reduce the salary scale. However,

---

<sup>3</sup> H.G Schermers & N.M Blokker, *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, Boston/Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pp.343-344

<sup>4</sup> T.G Weiss, *International Bureaucracy*, 49-105 (1975).

<sup>5</sup> H. Gets and H. Jutter, *Personal in Internationalen Organisationen*, (1972).

<sup>6</sup> H.G Schermers & N.M Blokker, above note 2, at pp. 348, 352

<sup>7</sup> Dobromir Mihajlov, "The Origin and the Early Development of International Civil Service" *Miskolc Journal of International Law*, Journal of International Law Department of the University of Miskolc, Vo.1 (2004) No.2, pp.79-87, available online at <http://www.uni-miskolc.hu/~wwwdrint/20042mihajlov1.htm>, accessed 17 April, 2015.

the Committee maintained its position that the League of Nations must be able to recruit from the civil service of all its members and thus, it was imperative that the salaries be pegged to the highest-paid civil service in member Countries.<sup>8</sup>

## **2 EVOLUTION OF THE NOBLEMAIRE PRINCIPLES UNDER THE LEAGUE SYSTEM**

The Noblemaire principle, which dates back to the days of the League of Nations and which the United Nations inherited, embodies two rules. One is that, to keep the international civil service as one, its employees shall get equal pay for work of equal value, whatever their nationality or the salaries earned in their own country. The other rule is that in recruiting staff from their full membership international organisations shall offer pay that will draw and keep citizens of countries where salaries are highest.<sup>9</sup> The remuneration of staff is based on the “Noblemaire Principle” is derived from the name of the Chairman of a Committee of the League of Nations which first formulated it in 1920. This principle holds that an international organization must remunerate its entire staff equally for work of equal value, irrespective of differences in levels of pay in the various countries from which they are drawn. It must also be able to recruit and retain staff from all its member states. Consequently, the uniform level of pay it provides must be sufficient to attract staff from the country or countries where national pay levels are highest.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> FICSA Council, “The Noblemaire Principle”, FICSA/C/57/PSA/4, Geneva, 9 January 2004, 57<sup>th</sup> Session WMO, Geneva 2 to 7 February 2004, pp.1-2. The Noblemaire Principle, establishing the practice of basing the salaries of international civil servants on those of a comparator civil service, arose from a Committee of Experts, the Noblemaire Committee that, in 1921, came up with a proposal to base the salaries of Professional staff on those of the best paid civil service in the world. Since that time, the report of the Noblemaire Committee has served as the rationale underlying the salary system and has come to be referred to as the Noblemaire Principle. In 1921, the comparator (for the League of Nations) was the British civil service. Since the founding of the United Nations in 1946, the United States of America’s national civil service has been the comparator. See UNSpecial N° 621- August/September – Août/Septembre 2003 United Nations, New York, 14-25 July 2003, Highlights of the 57<sup>th</sup> Session of the ICSC: Available online at [http://www.unspecial.org/UNS621/UNS\\_621\\_To8.html](http://www.unspecial.org/UNS621/UNS_621_To8.html) accessed 18 April, 2015.

<sup>9</sup> In Re: Beattie and Sheeran, Delivered in public sitting in Geneva on 5 June 1987. (ILOAT Judgment 825) Available online at, [http://www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.fullText?p\\_lang=en&p\\_judgment\\_no=825&p\\_language\\_code=EN](http://www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.fullText?p_lang=en&p_judgment_no=825&p_language_code=EN), accessed 14 April, 2015.

<sup>10</sup> “UNDP Human Resources Principles of Remuneration”, available on line at <https://info.undp.org/global/popp/hrm/Pages/principles-of-renumeration.aspx>, accessed 16 April, 2015.

According to David Singer, during 1920 the Assembly of the League of Nations requested the Council to appoint a small permanent body to supervise the organization's finances, but this suggestion was rejected. With the report of the Noblemaire Committee,<sup>11</sup> the opportunity to review that decision was provided.<sup>12</sup> After its exhaustive three-month study, the Committee concluded that such a commission of control might be advisable:

It is a serious defect of the system as we find it that the Assembly should be without the benefit of expert advice and it is equally embarrassing to the Secretary-General that he should be without the opportunity of justifying his proposals in a more ample manner than is possible under the present system. We therefore recommend the creation of a Commission of Control... for the purpose of investigating in detail the budget of the League of Nations for the ensuing fiscal year

being 1921.<sup>13</sup>

The Fourth Committee accepted the Noblemaire Committee Report, and added the stipulation that the Commission of Control's members should be representative not only of the states on the Council, but the others as well. The Assembly approved the decision, and on 12 October, 1921, the Council appointed the Commission of Control, or Supervisory Commission, as it came to be known. As part of the findings of the Noblemaire Committee in 1921 was the motivation of international officials with enhanced salary scale and other attractiveness in their career. It stated that their recruitment and career should be based on merit and not on national or political protection. It urged that staff should be selected reflecting a wide geographical distribution. Permanent employment contracts are proposed to increase the security of job and to strengthen the capability of officials to resist pressures exerted by their home governments. And last but not least, the recommendation that for the sake of attracting highly qualified officials it is indispensable to establish their salary level as exceeding or at least equal to the best paid national civil services in the world being at that time the British one, reflects the lesson from the experience of the Institute for Agriculture in Rome and is now known as the Noblemaire principle.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> See League of Nations, *Official Journal*, 1921 (NO. 2), p. 113.

<sup>12</sup> J. David Singer, "The Finances of the League of Nations", *International Organization*, Vol. 13, No. 2. (Spring, 1959), pp. 258-259

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Dobromir Mihajlov, above note 6.

### **3 NOBLEMAIRE FORMULA AS APPLIED BY THE LEAGUE OF NATIONS**

The Noblemaire Committee as applied under the League of Nations system in 1921<sup>15</sup> recommended that the level of salaries of international civil servant should be determined by three basic principles that: the remuneration of international civil servant be such as to attract and retain the most competent and most efficient citizens of any member state of the league, that the expatriation factor be taken into account, and that the level on international civil servants' salaries should not be subject to ebb and flow of public criticism. The civil service salary scales of the best-paying country. The difference between the level in cost of living in the best-paying country and the headquarters of the League and the expatriation factor.<sup>16</sup>

### **4 APPLICATION OF THE NOBLEMAIRE PRINCIPLE UNDER THE UNITED NATIONS SYSTEM**

When the United Nations was established, reference was made to its predecessor regarding a number of issues and one of these was salaries. Reference was made to the “Noblemaire principle” and over the years a variety of interpretations were enunciated. The most commonly accepted formulation of the principle dates to the time of the Special Committee for the Review of the United Nations Salary System in 1971-1972 when it was stated: “This Principle says in effect that, since there should be no difference in salary on the ground of nationality, the conditions of service of the international staff must be such as to attract citizens of the country with the highest pay levels.”<sup>17</sup> This principle was invoked by UNESCO an agency of the U.N in the arbitration tribunal constituted by the Government of the French Republic and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization to consider the question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France. According to argument by UNESCO,

---

<sup>15</sup> See the League of Nations, Assembly, I, 1920, *Records, Meetings of the Committees*, Val. I, p. 62, and Vol. 11, p. 141-143; *Records, Plenary*, p. 29. See League of Nations, Assembly, I, 1920, *Records, Meeting of the Committees*, Vol. 11, p.77.

<sup>16</sup> Maureen Appel Molot, Von Riekhoff, Canada Among Nations, A Part of the Peace, 1994, p.332, See Alexander Efimov and Nasser Kaddour, *Staff Cost and Some Aspect of Utilization of Human and Financial Resources in the United Nations Secretariat*, (Geneva: Joint Inspection Unit, 1984) JIU/REP/84/12, pp.4-18

<sup>17</sup> FICSA Council, above note 7, Item 5.

the Noblemaire principle, conceived by the League of Nations and taken up by the United Nations, international officials (civil servants) should receive salaries equal to those offered in the highest-paid national civil service. The principle concerns both the States that establish an organization and the organization itself. Prospective international civil servants certainly take it into consideration when they choose their careers. However, it has no specific bearing on the line of reasoning the Tribunal is following in order to answer the question posed in article II of the Arbitration Agreement.<sup>18</sup>

Graham Hancock in his book “The Lords of Poverty: The Power, Prestige, and Corruption of the International Aid Business”, stated that the aid “industry” is quite lucrative for those who administer its programs. Incomes for employees of international agencies are determined by the “Noblemaire Principle,” named after Georges Noblemaire, an employee of the League of Nations in the 1920s. According to this principle, salaries for employees of international organizations should be high enough “to attract as employees citizens of the country with the best-paid national civil service.” United Nations pay rates must therefore exceed “those of the federal civil service of the richest country on earth, the United States.”<sup>19</sup> According to Kellan Howell of Washington Post,

The Noblemaire Principle requires compensation for United Nations professional staff to be set in comparison to the highest compensated national civil service, and since 1945, the United Nations has considered this to be the U.S. Federal civil service.<sup>20</sup>

Therefore the Noblemaire principle have set an international benchmark for the salaries of international staff to be higher than that of the highest paid civil servant in the highest paid country in the world.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Kéba Mbaye *Presiding Arbitrator* Jean-Pierre Quéneudec *Arbitrator*, Nicolas Valticos, *Arbitrator.*, Extract from United Nations Judicial Years Book, 2001, Part Three. Judicial decisions on questions relating the United Nations and related intergovernmental organizations, Chapter VII. Decisions and Advisory Opinions of International Tribunals, ratio 83, p.441.

<sup>19</sup> Graham Hancock, “The Lords of Poverty: The Power, Prestige, and Corruption of the International Aid Business”, New York: Atlantic Monthly Press, 1989, p.60, available online at <http://fee.org/freeman/detail/book-review-lords-of-poverty-the-power-prestige-and-corruption-of-the-international-aid-business-by-graham-hancock>, accessed 17 April, 2015. Interestingly, despite the Noblemaire Principle which is supposed to attract experts, U.N. agencies increasingly rely on the expertise of “outside consultants.” The *minimum* salary for a consultant is \$100,000. The average salary is probably closer to \$150,000. Since the number of consultants exceeds 150,000, this puts the cost at more than \$22 billion. When the salaries of the regular employees are combined with the costs of consultants, the amount is well over half of all that is spent by governments on aid each year. In fact, “personnel and associated costs,” Hancock notes, “today absorb a staggering 80percent of all U.N. expenditures.”

<sup>20</sup> Kellan Howell, The Washington Times - Thursday, 26 June, 2014, available online at <http://www.washingtontimes.com/news/2014/jun/26/un-compensation-costs-soar-1-billion/?page=all>, accessed 20 April, 2015.

<sup>21</sup> Since the creation of the United Nations, the federal civil service of the United States of America has been retained as the highest-paid national civil service. At the same time, reference checks

## **5 CHARTER OF THE UNITED NATIONS AND THE NOBLEMAIRE PRINCIPLE**

The fundamental provisions underlying the establishment of the conditions of service of staff are contained in the Charter of the United Nations and corresponding provisions of the constitutions of the specialized agencies.<sup>22</sup> The UN Charter, in particular, states that

the paramount consideration in the employment of the staff and in the determination of the conditions of service shall be the necessity of securing the highest standards of efficiency, competence, and integrity. Due regard shall be paid to the importance of recruiting the staff on as wide a geographical basis as possible.<sup>23</sup>

International Organisations have thus always attracted high quality staff. This is also because the organisation offers challenging and interesting career in the pursuit of universal ideals and aims and offers conditions of works that compares favourably with that of other employers. The League of Nations decided in 1921 to recruit highly qualified staff, representative of its member nations, the salary scale for internationally recruited, professional and higher category, staff should compare favourable with the highest paid national civil service (currently the United States federal civil service) this concept became known as the Noblemaire Principles and was adopted in 1945 as the conceptual basis of the salary scale of internationally recruited staff.<sup>24</sup>

For locally recruited, General Service and related Category Staff, a similar principle applies. While Professional level salaries are set to compare favourable with those of the best remunerated national civil service. General service salaries are set to match the best prevailing conditions at each duty station. This is known

---

with other international organizations have shown that the United Nations lags consistently behind those in terms of overall compensation.

<sup>22</sup> United Nations, International Civil Service Commission, “Review of the Common System Compensation Package”, Seventy-sixth session New York, 25 February to 8 March 2013, Item 5 (a) of the provisional agenda, Conditions of service of applicable to both categories of staff , 31 December, 2012, p.7.

<sup>23</sup> Charter of the United Nations adopted in June 1945, entered into force 24 October, 1945, 59 Stat. 1031, TS 993, 3 Bevans 1193. Article 101(3).

<sup>24</sup> Mohsen Bel Hadj Amor, *International Civil Service Commission, A Quarter-Century Serving the United Nations Common System*, International Civil Service Commission, September, 2000, p.13

as the Flemming Principle, named after the Chairman of a 1949 committee of experts that first enunciated it.<sup>25</sup>

Since the creation of the United Nations and the specialized agencies, in order to ensure the exclusively international character of the responsibilities of the staff, their highest standards of efficiency, competence and integrity and their recruitment on as wide a geographical basis as possible, the levels of pay for staff in what subsequently became the Professional and higher categories have been determined on the basis of the Noblemaire principle. In its first annual report the International Civil Service Commission (ICSC)<sup>26</sup> reaffirmed the continued validity of the principle and described it in the following terms: “For the international civil service, only a global salary system could ensure both equity and the necessary mobility of staff”.

In line with the principle of “equal pay for equal work”, no distinction could be admitted in the remuneration of internationally recruited staff on the grounds of their nationality or of salary levels in their own countries. Since the organizations must be able to recruit and retain staff from all of the Member States, the level of remuneration must be sufficient to attract those from the countries where salary levels are highest with the inescapable consequence that the level would then be higher than would be needed to attract staff from countries with lower national salary levels and might appear excessive to the Governments and taxpayers of those countries. In order to determine the appropriate level of salaries for the United Nations, the preliminary conclusion of the Commission, like that of its predecessors, was that no acceptable alternative could be found to the existing practice of comparison with the salaries of the national civil service of the Member State whose levels were found to be highest and which otherwise lent itself to a significant comparison. Although inherited

---

<sup>25</sup> *Ibid.* The Noblemaire Principle named after the Chairman of a Committee of the League of Nations that considered the level of remuneration of the League’s internationally recruited staff. As the League needed staff from all its member states it had to be able to attract people from countries with the highest pay national service. In Noblemaire’s days the salary of the civil service of the U.K was the highest paid and so the League’s salary was calculated by reference to the British pay scale. For the same reason UN used the Noblemaire Principle to determine the salary scale for its internationally recruited staff (Secretarial, Clerical and other general service staff are recruited locally). To date the Federal civil service of the United States has been taken as highest paid and has been used to determine the UN’s salary scale. The UN organ entrusted with the necessary technical analysis is the International Civil Service Commission. See Edmund Jan Osmańczyk, Anthony Mango, *Encyclopedia of the United Nations and International Agreements: A to F*, Taylor & Francis, 2003, pp.1570-1571

<sup>26</sup> (A/10030),1975.

from the League of Nations and dating back over 90 years, the Noblemaire principle is periodically reviewed by the Commission and the General Assembly, which, under Article 10 of the ICSC statute,<sup>27</sup> has the ultimate responsibility for establishing the broad principles for the determination of the conditions of service of staff. Both the United Nations and the ICSC have confirmed the continued validity of the Noblemaire principle on numerous occasions and most recently in 2011.<sup>28</sup>

## **6 CRITICISMS OF THE AGE LONG NOBLEMAIRE PRINCIPLES**

There have been criticisms of Noblemaire scaling of the salaries of staff of international civil servants over the years. Most obvious criticism primarily relate to the direct linkage to a single national salary system. That linkage was considered as having posed difficulties as to: The continued accuracy of the grading comparisons between the two systems. This was one of the problems highlighted by the German Government in 1995 when the comparison showed that the German civil service was 10.5% higher than the US federal civil service.<sup>29</sup>

Technical disparities in the elements comprising total emoluments (or total compensation) in either system, the long-standing problem of the time-lag between revisions of international salaries on the basis of government salaries which, in turn, are based on earlier movements in a national economy, the problem of defining and rationalizing the appropriate margin for the various UN grade levels over equivalent national civil service rates, the problem of using a national system that is prone to political influence and the impact of a “national emergency” on government salaries. Lastly the fact that, while remuneration must be sufficient to attract staff from the countries where salary levels are highest, the level would then be higher than would be needed to attract staff with lower national salary levels, and might appear excessive to the governments and taxpayers of those countries.

Though the possible reasons for the continued adoption of the Noblemaire Principle, for the remuneration of United Nations and other International Staff are because international service offers less stability and security of employment

---

<sup>27</sup> International Civil Service Commission Statute and Rules of Procedure, United Nations, New York, 1987, Article 10.

<sup>28</sup> (See ICSC/72/R.5 and General Assembly Resolution 66/235 A).

<sup>29</sup> FICSA Council, above note 7, Items 14 and 15.

than national civil service; prospects of promotion are more limited in an international secretariat than in most national civil services; a large proportion of United Nations staff are required to incur additional expenses and to make certain changes in lifestyle as a result of living away from the home country.<sup>30</sup>

It should be noted that from the earliest days, criticism of the Noblemaire principle arose due to concerns that its application was underestimating the stipend to international civil servants; later, around the time the ICSC was established the concerns seemed to have turned to the fact that the international civil servants were being paid too much but this seems to be incorrect going by the congressional report from research conducted by the United States, Government Accountability Office (GAO) in 2013.

## **7 ROLE OF INTERNATIONAL CIVIL SERVICE COMMISSION IN EVALUATION OF THE REMUNERATION OF INTERNATIONAL CIVIL SERVANTS**

The UN General Assembly established International Civil Service Commission (ICSC) in 1974<sup>31</sup> as an independent expert body with a mandate to regulate and coordinate the conditions of service of staff in the UN common system. As part of its mandate, ICSC determines compensation for employees within the UN common system. Each year, ICSC makes recommendations to the General Assembly to change base salaries to align them with any change in U.S. civil service salaries.<sup>32</sup> The General Assembly must approve ICSC's recommendations for the proposed changes to take effect.<sup>33</sup> In addition, ICSC determines the cost of living component of UN salaries, called the post adjustment, without prior approval from the General Assembly. ICSC also has the authority to make decisions and take action independently on some routine compensation matters, such as establishing rates for some allowances and benefits. For example, ICSC may set the amount of hardship allowance for a duty station without General Assembly approval. ICSC is required to submit an annual

---

<sup>30</sup> United Nations, International Civil Service Commission, above note 21, at p.8.

<sup>31</sup> Special Committee for the Review of the United Nations Salary System and Resolution 3042 (XXVII) of the General Assembly in 1972. Resolution 3357 (XXIX) 1974.

<sup>32</sup> United States Government Accountability Office, "UN Compensation United Nations Should Clarify the Process and Assumptions Underlying Secretariat Professional Salaries", Report to Congressional Requesters, United States Government Accountability Office, GAO-13-526, 29 May 2013, p.10

<sup>33</sup> *Ibid.*

report to the General Assembly that includes information on the implementation of its decisions and recommendations. In practice, the General Assembly refers ICSC's report and any recommendations to the Fifth Committee, the UN's administrative and budgetary committee. The Fifth Committee considers ICSC's recommendations, including any financial implications of its proposals on the UN budget, and reports its draft resolutions and recommendations to the General Assembly. The General Assembly makes the final decision and issues resolutions on ICSC's recommendations. Member states provide input and vote on ICSC's recommendations through the Fifth Committee and the General Assembly.<sup>34</sup>

The Noblemaire principle is the basis used by the ICSC for the determination of conditions of service of staff in the Professional and higher categories.<sup>35</sup> Under its Statute, the International Civil Service Commission (ICSC) is required to submit to the United Nations General Assembly an annual report that is transmitted to the governing bodies of the organizations of the United Nations system through their executive heads on prevailing salaries for international civil servants.<sup>36</sup> ICSC determines salaries for Secretariat professional staff according to the Noblemaire Principle, which states that compensation should be high enough to attract civil servants internationally. In practice, the UN bases salaries for employees on salaries for U.S. civil service employees. The General Assembly has stipulated that salaries should be between 110 and 120 percent of U.S. salaries. The UN and the U.S. government also offer employees benefits and allowances.

The International Civil Service Commission determines changes to each component of United Nations (UN) Secretariat professional employees' salaries and calculates the difference between UN and U.S. civil service salaries annually. ICSC recommends adjustments to the first component, base salaries, each year to align with changes to U.S. civil service base salaries. *For example,*<sup>37</sup> ICSC calculated that U.S. civil service base salaries, including the impact of tax changes, increased 1.37 percent on 1 January, 2014 and recommended that the UN base salary scale increase 1.37 percent on 1 January, 2015. To set post adjustments, an

---

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> UN, "Report of the International Civil Service Commission for the year 2014", General Assembly A/69/30, United Nations, New York, 19 August, 2014, p.8

<sup>36</sup> International Civil Service Commission: Statute and Rules of Procedure. New York: United Nations; 1987 (document ICSC/1/Rev.1), Article 17.

<sup>37</sup> Emphasis is mine.

additional salary component intended to equalize purchasing power, ICSC calculates the cost of living in each duty station. ICSC monitors changes in inflation, exchange rates, and other factors, and updates post adjustments periodically to reflect those changes. ICSC conducts surveys of UN employees and collects data on prices at least once every five years to ensure that post adjustments reflect the cost of several categories of expenditures relative to New York City, such as goods and services, housing, and medical insurance. Additionally, ICSC calculates the margin, or percentage difference, between UN and U.S. civil service salaries each year. If this process shows that the margin has fallen below 110 or exceeded 120, ICSC can recommend changes to bring UN salaries within that range.<sup>38</sup>

The UN is guided by the Noblemaire Principle in setting salaries for professional staff at the Secretariat, as well as other UN common system organizations. In practice, since its inception in 1945, the UN has based salaries for its professional employees on salaries for the U.S. national civil service.<sup>39</sup> The United States enacted a salary freeze for U.S. civil service employees in 2010; base salaries and locality pay remained at 2010 levels until 31 December, 2012. However, in 2011, Secretariat professional employees in New York received an increase in their cost-of-living adjustment which increased their salaries. In December 2012, the General Assembly decided to temporarily freeze the cost of living portion of UN salaries for employees.

Though in a Congressional Report issued from research conducted by the United States, Government Accountability Office (GAO) in 2013<sup>40</sup> found that the

---

<sup>38</sup> United States Government Accountability Office, “UN Compensation United Nations Should Clarify the Process and Assumptions Underlying Secretariat Professional Salaries”, Report to Congressional Requesters , United States Government Accountability Office, GAO-13-526, 29 May, 2013, p.2

<sup>39</sup> *Ibid.*, Professional staff members are recruited internationally and typically perform work that is analytical, evaluative, conceptual, or creative, and requires at least a bachelor’s degree. The UN also employs general service staff members who are recruited locally, such as messengers, clerks, typists, secretaries, and administrative support staff.

<sup>40</sup> *Ibid.*, The Researchers reviewed how compensation for UN employees is determined and to compare salaries and benefits for UN Secretariat employees and U.S. civil service employees. In this report, we examine (1) how the UN sets salaries for Secretariat professional staff; (2) how the UN compares its employees’ salaries with U.S. civil service salaries, including the assumptions underlying its process; and (3) how benefits and allowances provided to UN employees compare with benefits and allowances provided to U.S. civil servants. They determined how the UN sets salaries for Secretariat professional staff, they reviewed relevant documents from the UN’s International Civil Service Commission (ICSC) and interviewed ICSC officials and officials from the UN Secretariat’s budget office. They also determined how the UN compares its employees’ salaries with U.S. civil service salaries, we analyzed ICSC’s annual reports and other documents

margin between UN and U.S. civil service salaries has increased over the past 10 years, and ICSC's process for calculating this difference and its underlying assumptions lack clarity. ICSC data show that the margin was 116.9 in 2012, up from 109.3 in 2002.<sup>41</sup> GAO found that ICSC has developed a six-step process for comparing salaries using various assumptions about the populations included in their calculation. While the US Government Accountability Office found that ICSC makes reasonable assumptions when calculating the margin, GAO analysis showed that making different assumptions changes the results, from as low as 105.2 up to 126.7 for 2012. However, ICSC's presentation of this margin calculation to member states lacks clarity in that it does not adequately describe the process and its underlying assumptions. While ICSC has documented specific steps of the margin calculation, it was found that the ICSC has generally not documented the process as a whole.

The UN Secretariat provides benefits that are similar to U.S. civil service benefits, as well as allowances that are similar to those provided to U.S. civil service employees serving overseas. The UN offers its staff various benefits, including retirement and health and life insurance benefits, that are similar to

---

showing the calculation of the difference between UN employee and U.S. civil service salaries, and replicated some parts of their process using UN and U.S. data. The Congressional Researchers reviewed relevant documentation and interviewed ICSC officials to assess the reliability of the data and determined that they were sufficiently reliable for the purposes of reviewing ICSC's margin calculation process. Following that, they interviewed ICSC, UN, and member-state officials about ICSC's calculation in order to compare benefits and allowances provided to UN employees with benefits and allowances provided to U.S. civil servants. They analyzed documents from ICSC and other UN divisions, as well as documents from the U.S. Office of Personnel Management (OPM) and the Department of State (State). They also interviewed UN, OPM, and State officials about employee benefits and allowances. The report focuses on the compensation of UN Secretariat employees at the professional level, although professional employees of other common system organizations generally receive the same or similar salaries and posted in New York for 6 months, effective from 1 August, 2012, to 31 January, 2013. (When the 6-month freeze ended on 1 February, 2013, UN Secretariat employees in New York received an increase in their cost-of-living adjustment, which resulted in an almost two percent increase in their salaries).

<sup>41</sup> *Ibid.* The results of ICSC's annual calculations show that the margin, or percentage difference, between the average salaries of UN employees in New York and those of U.S. civil service employees in Washington, D.C., increased from 109.3 in 2002 to 116.9 in 2012. ICSC calculates the margin each year to compare UN with U.S. salaries and to ensure that any changes to the post adjustment for New York do not result in a margin outside of the approved range of 110 to 120 percent, while generally aiming for a 5-year average of 115 percent. ICSC presents the results of the margin calculation, along with any recommendations for salary adjustments, to the General Assembly in its annual reports. Since the last increase in U.S. civil service base salaries and locality pay in January 2010, ICSC's reported margin has increased from 113.3 in 2010 to 116.9 in 2012, due to changes in the post adjustment for UN employees in New York. According to ICSC officials, they have not recommended that the General Assembly freeze UN salaries because the margin has not exceeded 120. Nevertheless, the General Assembly decided in December 2012 to freeze the implementation of the updated New York post adjustment for 6 months.

those offered to U.S. civil service employees. The UN offers more generous leave benefits to its employees than the U.S. civil service. The UN also provides allowances such as grants for education and rental subsidies to its employees. Eligibility for these allowances depends on each employee's unique circumstances, which makes it difficult to compare UN allowances to U.S. civil service allowances. However, U.S. civil service employees serving overseas are eligible for some similar allowances as well.

## 8 CONCLUSION

It has been observed in different quarters that while the Noblemaire Principle is simple to state, it has neither been definitely rendered, nor decoded to the intellectual satisfaction of all concerned and its application raises a host of complexities. The ICSC brought to the fore those complexities in application of Noblemaire Principle as regards the salaries of international civil servants as it has conducted the expert work necessary to devise methodology for dealing with them and to formulate solutions but because of the divergence of views, these solutions have never been acceptable to all the interested parties since the inception of the ICSC even where evidence is abundant that the United States Civil Service salary scale regarded as the best and for which is the benchmark for relying on the Noblemaire Principle is already short of the salaries paid by the UN to international staff. It also observed at a point that some countries were providing supplementary payments to their nationals to induce them to work for the United Nations. This means that the UN salary levels were not competitive especially at the most senior levels. ICSC decided after a 1976 study that a change in the comparator was not required.<sup>42</sup> It decided to keep the matter under review and to develop methodology for future comparisons.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup>The ICSC in 1975 having reviewed alternatives, including regional and other international institutions, ICSC reaffirmed that the Noblemaire principle continued to be valid for the determination of Professional salaries, but could not reach a consensus as to the manner of its application. In 1982 the ICSC again after a review saw "no viable alternative to the continued use of the Noblemaire principle". ICSC again examined the application of the Noblemaire principle in 1994-1996, "the total compensation levels of the German Federal Civil Service were found to be superior to those of the current comparator" [+10.5%]. "The actual process of changing comparators is a complex one with implications for pensions, the currency of record, the location of the base of the UN remuneration system and related issues". "In view of the difficulties experienced to date in conducting studies of the highest-paid national civil service, it may be necessary to develop alternative strategies for application of the Noblemaire principle". (See also ICSC/43/R.8 and A/50/30, Chapter III). (See FICSA Council, above note 7, Item 8.)

<sup>43</sup> Mohsen Bel Hadj Amor, above note 23, at pp.13-14.

As pressure grew from staff to keep pace with soaring inflations the ICSC decided in the 1990s to review the salaries of UN Staff as set by the age long Noblemaire Principle and to proceed with a study comparing the national civil service of the Federal Republic of Germany and the United States, data collected did not indicate a need to change the comparator. In the mid 1990s after a review of the methodology for the comparison of total compensation in national government, the Commission conducted another comparison study at which time it found that the total compensation of the German National Civil Service was somewhat greater than that of the United States Federal Civil Service. Again the Commission concluded that it was not opportune to change the comparison to that of the German National Civil Service especially as that service was in the process of fundamental change. The Noblemaire Principle is however under a continuing review and the report or findings of the review are never implemented. It has acquired or will ever command the spontaneity of compliance enjoyed by the Pythia Oracle of Delhi which is infallible.<sup>44</sup>

Though despite the infallible nature of the Noblemaire Principle, it is to be pointed out that suggestions have been offered for a number of useful alternative strategies for scaling the salaries of International Civil Servants viz: the use of the salary scale of members of foreign services, World market rates, 1971-1972 and 1982 averaging several national civil services, 1971-1972 and 1982 Regional salary scales, The private sector of the best paying Member State or group of Member States, International commodity or industrial institutions (e.g. OPEC), other international institutions (e.g. IBRD, IMF, OECD), other international organizations as comparators or reference guides to competitiveness, private sector of country with highest pay levels, combination of public and private sectors in a country or group of countries with highest pay levels, highest non-diplomatic expatriate civil service, modifying the margin range to reflect fully comparator expatriation benefits should be applied with time.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup>See Obiora Chinedu Okafor, "The African System on Human and Peoples Rights, Quasi-Constructivism, and the Possibility of Peacebuilding within African States", *International Journal of Human Rights*, Vol.8, No. 4, 2004, p.423.

<sup>45</sup> None of which has ever been accepted by the ICSC. (See FICSA Council, above note 7, Item 9).

# O ESTATUTO DE ROMA E SUA (DES)HARMONIZAÇÃO COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

## The Rome Statute and its (In)Compatibility with Brazilian Constitutional Framework

Cleidmar Avelar Santos<sup>1</sup>

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Origens do Tribunal Penal Internacional: a evolução dos tribunais *ad hoc*. 3 Competências do Tribunal Penal Internacional. 4 Efetividade das decisões do Tribunal Penal Internacional. 5 Antinomias entre o Estatuto de Roma e a Constituição Brasileira. 6 Conclusão. Referências.

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo traçar uma breve abordagem acerca do Tribunal Penal Internacional, comentando sobre a evolução histórica pelas quais passaram os denominados tribunais *ad hoc*, até desembocarem no Estatuto de Roma, que atingiu o nível de órgão transnacional na defesa da dignidade humana. Discutir-se-á ainda, sobre a competência desse Tribunal, fazendo um exame de suas principais características e princípios norteadores. Por fim, proceder-se-á à análise de alguns dispositivos do Estatuto de Roma, avaliando a compatibilidade entre estes e as garantias presentes na Carta Magna de 1988.

**Palavras-chave:** Tribunal Penal Internacional. Direitos humanos. Constituição Federal de 1988.

**Abstract:** This article aims to draw a brief overview about the International Criminal Court, commenting on the historical evolution by which passed the so-called *ad hoc* tribunals, until they reach the Rome Statute, which reached the transnational body level in the defense of human dignity. We will discuss further on the jurisdiction of that Court, making an examination of its main characteristics and guiding principles. Finally, it will be carrying out the analysis of some provisions of the Rome Statute, assessing the compatibility between them and the guarantees present in the 1988 Constitution.

**Key-Words:** International Criminal Court. Human rights. Brazilian Constitution of 1988.

### 1 INTRODUÇÃO

O Tribunal Penal Internacional deu-se através do Estatuto de Roma, em 1998, conferindo efetividade à Teoria da responsabilidade penal internacional dos indivíduos, prevendo punição individual aos infratores praticantes dos ilícitos de genocídio, contra a humanidade, de agressão e de guerra.

A ideia de um tribunal com estas características adveio da necessidade de dar efetividade à proteção internacional dos direitos humanos, sobretudo nos crimes de genocídio, contra a paz, de guerra e de agressão, indo ao encontro do anseio humano de justiça, de ver punidos os crimes que afetam a humanidade como um todo, bem como receber uma reparação pelos prejuízos sofridos.

---

<sup>1</sup> Graduada pelo Curso de Licenciatura em História pela Universidade Estadual do Maranhão e atualmente cursando o 8º período do Curso de Bacharelado em Direito pela mesma Instituição de Ensino Superior.

Este Tribunal apesar de ainda possuir algumas limitações quanto à sua eficácia, posto que ainda não dispõe de meios coercitivos para forçar o cumprimento de suas decisões, pode ser considerado como um grande avanço no reconhecimento e defesa dos direitos humanos a nível supranacional e constituindo importante ferramenta para coibir os crimes que atentam contra a dignidade da pessoa humana, independentemente da posição política dos agentes violadores ou de sua nacionalidade.

## **2 ORIGENS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: A EVOLUÇÃO DOS TRIBUNAIS AD HOC**

A ideia supracitada não é nova, remontando à Idade Média, sendo o mais antigo registro de Tribunal ad hoc registrado na história ocorrido na Alemanha em 1474, ainda durante o Sacro Império Romano, para julgar o oficial Peter V. Hagenbach por ter autorizado suas tropas a praticar estupros, saques e homicídios.

Merece nota ainda, o esforço de Gustav Moynier que em meados de 1872, durante a Guerra Franco-Prussiana sugeriu, horrorizado com as selvagerias cometidas por ambos os lados combatentes, a formação de um tribunal internacional com a competência específica para julgar somente crimes de guerra, porém este foi descartado pelos principais juristas do período por ser considerado utópico.

No entanto, apenas após os abusos sistemáticos ocorridos nas duas Grandes Guerras, começou a ganhar corpo e a delinear-se a constituição de uma justiça internacional nos moldes que conhecemos atualmente. Com efeito, esta teve um processo de desenvolvimento gradual, passando por diversas fases, até atingir o patamar hodierno.

Durante o Holocausto infligido na Alemanha aos judeus, eslavos e outras minorias étnicas e sociais figuraram como vítimas do profundo desrespeito à dignidade da pessoa humana, a exemplo do isolamento destes grupos em guetos e campos de concentração onde eram submetidos a toda a sorte de humilhações, maus-tratos e até experiências científicas horripilantes.

Estes acontecimentos mostraram a importância da existência de um ordenamento jurídico com caráter supranacional que punisse tais atrocidades e

simultaneamente coibisse condutas assemelhadas, conforme aduz Mazzuoli (2014):

Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da Segunda Guerra, bem como à crença de que parte dessas violações poderiam ser evitadas se um efetivo sistema de proteção internacional desses direitos existisse. (MAZZUOLI, 2014, p. 1024)

De fato, em resposta a tais barbáries, foi criado o Tribunal de Nuremberg, com o fito de processar, julgar e punir os crimes cometidos sob os auspícios do regime nazista. Este Tribunal foi criado pelos governos na França, Estados Unidos, Grã-Bretanha e da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Configurou-se em um marco do Direito Internacional Penal, na medida em que trouxe a ideia de proteção da comunidade internacional como um todo, em oposição à vontade unilateral de algum (ns) Estado (s).

Ademais, inaugurou o entendimento de que indivíduos que agem em nome de seus países também podem ser agentes de condutas criminosas no plano internacional, não podendo estes valerem-se da imunidade de seus cargos para imiscuir-se de sua responsabilidade.

Embora tenha sido este Tribunal a maior referência no âmbito da Justiça Penal Internacional, merecem menção outros Tribunais instaurados na década de 1990, a saber, o Tribunal Militar de Tóquio, o Tribunal para julgar crimes praticados na extinta Iogoslávia e outro, para julgar as violações aos direitos humanos cometidos em Ruanda, estes últimos contando inclusive, com participação e voto favorável do Brasil.

Não obstante seu caráter inovador, estes Tribunais sofreram severas críticas, sendo as principais delas, terem caráter temporário e por eles próprios violarem regras e princípios consagrados na seara penal como o devido processo legal com o julgamento pelo juiz natural competente para a causa e da anterioridade da lei penal, posto que a lei deve ser editada previamente ao fato delituoso e não após o mesmo. Acrescente-se a isso, ter sido esse Tribunal composto justamente pelos vencedores da Guerra, revelando sua parcialidade.

Portanto, infere-se que o TPI surgiu como resultado do clamor social que propugnava a formação de um tribunal de caráter permanente e expurgado dos vícios apontados que maculavam os tribunais *ad hoc* retro citados. Desse modo, foi aprovado alcançando o escopo da formação de um tribunal penal

internacional com jurisdição contínua e personalidade jurídica própria, tendo sua sede em Haia, Holanda.

Contou com o voto de 120 países com apenas 7 votos contrários, entre eles do Estados Unidos e de Israel, que posteriormente mudaram seu posicionamento em razão da má repercussão que sua recusa inicial à adesão provocou na comunidade internacional.

Entretanto, não houve a ratificação por conta de acontecimentos posteriores como os atentados terroristas do 11 de Setembro em Nova York e Washington, somados às operações militares deflagradas no Afeganistão e na Palestina, tornando-se inviável a participação das duas nações no referido Estatuto que entrou em vigor em 01 de julho de 2002.

Todo o processo contou com a efetiva participação brasileira, conferindo, assim, eficácia ao comando inserto no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Magna de 1988, o qual dispõe que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

Procedendo-se à análise do Estatuto de Roma, percebe-se que este é um tratado que goza de natureza supra constitucional, ou seja, que paira acima das normas internas de cada Estado, explicitada por Mazzuoli (2014) com as seguintes palavras:

[...] o Estatuto não é qualquer tratado, mas um *tratado especial* de natureza *centrífuga*, e que por isso detém natureza supraconstitucional, cujas normas derogam (superaram) todo tipo de norma do Direito interno. Os tratados ou normas de direitos humanos *centrífugos* são os que regem as relações jurídicas dos Estados ou dos indivíduos com a chamada jurisdição global (ou universal). Nominam-se centrífugos exatamente porque são tratados que *saem (ou fogem) do centro*, ou seja, da jurisdição comum, normal ou ordinária, retirando o sujeito ou Estado (e a relação jurídica subjacente do seu centro, isto é, do seu território ou mesmo da sua região planetária, para levá-los à autoridade da justiça universal. (MAZZUOLI, 2014, p. 1031)

Além dessa característica o tribunal em comento goza de independência, no sentido de que este não sofre qualquer interferência externa e tendo a prerrogativa de vincular por meio de suas decisões, mesmo aqueles Estados que não constituem partes do Estatuto, devido ao seu caráter universal, sendo seus mandamentos imperativos apesar e até mesmo contra os ordenamentos jurídicos instituídos, ainda naqueles que não ratificaram ou renegaram o Estatuto de Roma.

Porém seu atributo mais marcante, todavia é o caráter subsidiário de sua atuação. Há que se destacar que o Tribunal não exerce sua competência de forma concorrente com as dos sistemas jurídicos nacionais, intervindo somente quando o direito penal interno for omissivo - deixando de punir os criminosos ou agir em desconformidade com os critérios estipulados pelo Estatuto.

### **3 COMPETÊNCIAS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

O Tribunal Penal Internacional tem competência material de caráter permanente e independente e complementar as legislações penais nacionais para processar e julgar pessoas físicas independentemente do cargo ocupado, quando cometerem crimes graves que afetam a sociedade internacional dos Estados, como o genocídio, crimes de guerra, contra a humanidade e de agressão.

Na definição conferida no artigo 6º do Estatuto de Roma, Genocídio é qualquer ato cometido com a intenção de destruir parcial ou totalmente um grupo devido a suas características, sejam elas nacional, étnico, racial ou religioso atingindo os membros de um determinado grupo por meio de ofensa física ou mental, impor uma determinada condição ao grupo com a finalidade de provocar a destruição deste, ou mesmo impedir novos nascimentos.

Os crimes contra a humanidade são caracterizados por atos desumanos contra qualquer população civil, como elenca taxativamente Estatuto, os assassinatos, extermínios, escravidão, deportação ou transferência forçada de uma população, tortura etc. Já os crimes de guerra são atos atentatórios dos direitos humanos praticados em tempos de guerra, são atos ilícitos ao Direito de Guerra.

Em relação ao crime de agressão está previsto no artigo 5º do Estatuto que o Tribunal poderá exercer sua competência, desde que seja definido e regule as condições em que o Tribunal será competente neste crime e que sejam compatíveis com o que estabelecido na Carta das Nações Unidas.

No que tange a competência temporal do Tribunal definida no art. 11 do Estatuto estabelece que além da competência material só serão punidos depois de sua entrada em vigor, sendo assim somente os países que ratificaram o Estatuto, se o crime fora cometido antes não retroagirá. Já a competência territorial consoante o disposto no art.12, se atêm a julgar os delitos ocorridos no território dos Está-partes observados os critérios de territorialidade.

A competência em relação à pessoa, como mencionado no início, será julgado exclusivamente os crimes cometidos por pessoas físicas com a idade mínima de 18 anos na data em que praticou o delito, sendo essas responsáveis individualmente pelo crime praticado somente na modalidade dolosa.

Devido a sua natureza complementar a Corte Penal Internacional não interferirá a jurisdição nacional, pois esta tem prioridades para julgarem os crimes de sua alçada, portanto o Tribunal só atuará quando não estiver ao seu alcance ou se mostrarem desinteressados.

#### **4 EFETIVIDADE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

A efetividade das decisões do Tribunal Penal Internacional depende muito da cooperação dos Estados que ratificaram o tratado, muitas vezes estes por motivos políticos descumprem os compromissos assumidos perante a Corte Internacional, dificultando a tentativa de combate à impunidade.

Em vista desses interesses políticos pode se citar a expedição dos mandados de prisão contra o chefe de Estado presidente do Sudão, Omar Hassan Ahmad al Bashir acusado por genocídio, crimes de guerra e contra a humanidade, devido a não obrigatoriedade de o país entregar o nacional para ser julgado por este o governo demonstra resistência em contribuir com o TPI, com isso percebe-se que nem sempre as decisões são favoráveis à completa proteção dos direitos humanos.

Apesar de muitos países signatários do Estatuto de Roma, ver-se que seu campo de atuação ainda é um pouco restrito, visto que não pode ser aplicado de forma universal, pois não são todos os países que ratificaram, e não há o poder de polícia na jurisdição do Tribunal, este para executar as suas decisões necessita de um trabalho árduo de cooperação entre todos.

Ademais os Estados têm o dever de contribuir plenamente como TPI de modo a facilitar o inquérito e os procedimentos de detenção e julgamento dos acusados como dispõe o art. 88 do Estatuto, os Estados-parte deverão assegurar que seu direito interno preveja procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação.

Com isso entende-se que cada Estado precisa estar em condições de fazer comparecer perante o Tribunal o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários (Estatuto de Roma, artigo 17). As decisões do Tribunal

farão coisa julgada para si e para os tribunais de todos os países signatários, ficando também, em contrapartida, o Tribunal obrigado a aceitar as decisões dos tribunais dos Estados.

## **5 ANTINOMIAS ENTRE O ESTATUTO DE ROMA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Nosso Texto Maior, que preleciona no art. 5º, LXXVIII, §3º que:

os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

Assim, tem-se que o Brasil, ao manifestar adesão a acordos e tratados internacionais submete-se à jurisdição dos mesmos. Dessa maneira, enquanto participe do TPI, o Brasil comprometeu-se a observar as regras penais contidas nesse Estatuto.

A partir daí, delineiam-se duas correntes doutrinárias. Uma que prega a incompatibilidade entre dispositivos do Estatuto de Roma e nossa Constituição e outros que não vislumbram esse choque, preconizando apenas um conflito normativo aparente.

Para os primeiros, ao submeter-se a uma jurisdição alienígena, o Brasil, dispôs de sua soberania, enfraquecendo-a. Para os últimos, a ratificação do Estatuto de Roma é um verdadeiro exercício de cidadania, visando à sua própria segurança no âmbito internacional.

Far-se-á uma breve análise dos pontos mais controversos no que concerne aos antagonismos entre o texto da CRFB e o TPI. O primeiro deles é a entrega de nacionais ao TPI. De acordo com o artigo 89, §1º desse regramento dispõe que o Tribunal poderá dirigir um pedido de entrega de indivíduo de qualquer Estado no qual de encontre, estabelecendo que, referida entrega constitui um dever dos Estados-partes, em consonância com os procedimentos exigidos pelo Estatuto e seus ordenamentos pátrios.

Por seu lado, a CRFB/1988 preleciona no artigo 5º, LI e LII que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

No sentir de autores como Mazzuoli (2014):

[...] não existe inconstitucionalidade relacionada a esta questão. Isto porque o Estatuto de Roma obedeceu todas as formalidades exigidas para integrar o ordenamento jurídico brasileiro, passando a integrar o seu texto. Quanto à suposta inconstitucionalidade material, sustenta que esta inexistente, uma vez que “entrega” e “extradição” são conceitos técnicos com significados distintos.

Por este motivo é que o Estatuto de Roma, levando em consideração disposições semelhantes de vários textos constitucionais modernos, distingue claramente o que entende por “entrega” e por “extradição”. Nos termos do seu art. 102, alíneas *a* e *b*, para os fins do Estatuto entende-se por “entrega”, o ato de o Estado entregar uma pessoa ao Tribunal “nos termos do presente Estatuto” e, por “extradição”, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado “conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno” de determinado Estado. Portanto, se a entrega de uma pessoa, feita pelo Estado ao Tribunal, se der *nos termos do Estatuto de Roma*, tal ato caracteriza-se como “entrega”, mas caso o ato seja concluído, por um Estado em relação a outro, com base no previsto *em tratado ou convenção ou no direito interno de determinado Estado*, neste caso trata-se de “extradição”. (MAZZUOLI, 2014, p. 1049) (Grifos do autor)

Assim, resta claro que o critério diferencial entre estes institutos é a pessoa jurídica para quem o indivíduo está sendo direcionado. Caso seja para um outro Estado soberano, tem-se a extradição; se for para um organismo supranacional, estar-se-á diante da entrega.

Para corroborar a ideia de perfeita constitucionalidade do instituto frente ao ordenamento nacional tem-se ainda que a entrega não se opera de forma coercitiva, carecendo da efetiva colaboração do país que a efetuará.

Outro ponto sensível nesta discussão versa sobre a prisão perpétua. Enquanto o TPI admite a aplicação da pena de prisão perpétua a Constituição Brasileira a rechaça.

Alguns doutrinadores entendem não haver incompatibilidade entre os ordenamentos, vez que a orientação o próprio STF, Corte Máxima do País interpreta ser a nossa lei penal *interna*, sendo uma das soluções encontradas a concessão da extradição para Estados com a pena de morte, desde que garantida a comutação desta pena para a de prisão perpétua, demonstrando que embora no Brasil a prisão perpétua não seja admitida, isso não constitui restrição para efeitos de extradição.

Nessa esteira, conclui-se que mesmo consistindo em uma cláusula pétreia em nossa Constituição, não traz óbice à sua instituição a nível transnacional, não vinculando assim, o legislador externo, elaborador do sistema jurídico

internacional, ao qual o Brasil deve obediência, visando ao bem comum, na ordem global.

Entretanto, ressoam vozes contrárias, uma das quais se reproduz a seguir:

Como não poderia deixar de ser, a adoção da pena de caráter perpétuo pela corte internacional sob o manto de objetivar a salvaguarda dos direitos da humanidade, gerou grande controvérsia, em face da incompatibilidade de tal pena, de extrema gravidade, com o ordenamento interno de diversos Estados-partes. Ademais, é inimaginável que, um órgão responsável pela defesa de direitos humanos (leia-se direitos fundamentais na ordem internacional), condenar, quem quer que seja, à prisão perpétua. (ROSA, 2010, p. 26).

Este entendimento arrima-se no fato de que o sistema penal brasileiro tem caráter preventivo, punitivo, mas também *ressocializador*, sendo incompatível este último elemento em caso de aplicação da pena de prisão perpétua que além de contrariar o elemento ressocializante, vai de encontro à dignidade da pessoa humana, que perde as esperanças e tem verdadeira “morte em vida”.

Apointa-se que, segundo a legislação do TPI, prisão perpétua pode ter sua pena reduzida, o condenado à pena o já tenha cumprido dois terços de sua pena ou 25 anos de prisão, podendo ser, então, reavaliada.

Prosseguindo nessa análise, tem-se como mais uma questão polêmica a imunidade e o foro por prerrogativa de função, bastante enraizado na cultura jurídica brasileira e que se estende a embaixadores e às pessoas políticas. Aqui, aplica-se por analogia, o mesmo raciocínio utilizado para o escólio utilizado no item anterior: tais imunidades e prerrogativas variam de um Estado para outro e não afastam a incidência das regras do TPI, nos crimes que disserem respeito à competência deste.

Por derradeiro, aponta-se a questão acerca da coisa julgada. Caso uma pessoa já tenha sido julgada segundo a lei brasileira com o respectivo trânsito em julgado. Não haverá o denominado *bis in idem* porque tal situação faz cessar a competência do TPI, excetuando-se apenas em duas circunstâncias:

- 1 – que a sentença proferida tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal nos crimes de competência do TPI e;
- 2 – tenha sido prolatada com a inobservância da independência e imparcialidade do Juízo, com clara intenção de não submeter o acusado à ação da justiça.

Tais regras estão em harmonia com o já anteriormente citado, princípio da subsidiariedade (complementariedade). Outros princípios norteadores das atividades do TPI são o princípio da legalidade, da anterioridade da lei penal, da imprescritibilidade nos crimes de sua competência, da responsabilidade internacional individual, a humanidade e da intervenção mínima.

Assim, de acordo com o exposto, reitera-se que embora não haja consenso doutrinário acerca da compatibilidade entre algumas normas contidas no texto do Estatuto de Roma e a CRFB/1988, entende-se que não há incompatibilidade devido à diferente natureza jurídica desses regramentos, bem como a persecução de objetivos distintos, alinhando-nos ao entendimento de ser TPI, mais do que necessário, constituir-se em um marco nos progressos galgados no Direito Internacional, na efetivação da Justiça e do respeito aos direitos humanos, independentemente de fronteiras territoriais e que seu contínuo aperfeiçoamento trará benefícios a toda a comunidade mundial.

## **6 CONCLUSÃO**

O Tribunal Penal Internacional enfatizado várias vezes foi criado em virtude das grandes atrocidades contra a humanidade, com o escopo de buscar a justiça em relação aos autores desses crimes, que em grande parte cometidos por chefes de Estado.

Por esses motivos é inquestionável a importância da criação de uma jurisdição internacional permanente que além de garantir os princípios fundamentais de Direitos Humanos traz mais segurança no que atine a punição dos crimes bárbaros, ainda que de forma limitada.

Portanto, infere-se que além da importância que o Tribunal exerce diante do interesse da comunidade internacional, é necessária a participação dos Estados abrindo mão de parte de sua soberania em prol da proteção de tais direitos internacionais.

Em relação a tudo que foi abordado conclui-se que apesar dos grandes esforços e avanços da Corte Internacional é fundamental ampliar sua competência jurisdicional, tendo em vista sua legitimidade em julgar crimes internacionais, com o objetivo precípuo de uma realização justa e imparcial e de paz entre as Nações.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Senado Federal, Brasília, 2013.

TPI. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2015.

FREITAS, Adrian Soares Amorim de. O Tribunal Penal Internacional e o Direito brasileiro: perda da soberania? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2677, 30 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17724>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

MARTINS, Rosemary Gonçalves. **A (in) compatibilidade da cominação da pena de prisão perpétua pelo Tratado de Roma do Tribunal Penal Internacional diante da Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38730/a-in-compatibilidade-da-cominacao-da-pena-de-prisao-perpetua-pelo-tratado-de-roma-do-tribunal-penal-internacional-diante-da-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil>>. Acesso em 11 jul. 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PINHEIRO, Caroline. **A problemática em torno da eficácia do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/39893/a-problematica-em-torno-da-eficacia-do-tribunal-penal-internacional>>. Acesso em 05 jul. 2015.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSA, Gerson Faustino. Tribunal Penal Internacional e sua repercussão no ordenamento jurídico. **Revista Intertem@s**, Presidente Prudente, São Paulo, Ano XI, v. 1, n<sup>o</sup> 19, p. 34-67, jan/jun, 2010. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2721/2500>>. Acesso em 03 jul. 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG 2013.

# TRATADO DE ROMA E O DIREITO BRASILEIRO: A ENTREGA DE BRASILEIROS NATOS AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

## The Rome Treaty and Brazilian Law: Surrender of Brazilian Nationals by Birth to the International Criminal Court

Rafael Nery Torres<sup>1</sup>

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Tribunal Penal Internacional frente à Constituição Federal Brasileira. 2.1 A criação do Tribunal Penal Internacional e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro. 2.2 A extradição na Constituição da República Federativa do Brasil e a Dignidade da Pessoa Humana. 3 Entrega na perspectiva do Estatuto de Roma. 3.1 A Entrega de Brasileiros Natos ao Tribunal Penal Internacional. 3.2 A Análise Casuística. 4. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O Tribunal Penal Internacional é o resultado de um longo desenvolvimento histórico, em decorrência, mormente, das duas grandes guerras, na qual se buscou julgar os responsáveis pelos crimes contra a humanidade. Com o transcurso temporal, a necessidade de se criar um tribunal penal permanente, com jurisdição internacional foi crescendo. Críticas foram feitas aos tribunais criados à título temporário (Ad hoc), da ONU. Desta forma, emergiu o Tribunal Penal Internacional, tendo sua criação sido aprovada por meio do Estatuto de Roma em 1998. Ele possui competência para julgar quatro tipos de crimes: crimes contra a humanidade, crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes de agressão. O Estatuto prevê uma série de questões que, apesar de internalizada no ordenamento jurídico brasileiro, ainda estão em contradição com a Carta Magna. O cerne desta investigação, portanto, é justamente a previsão de entrega ao Tribunal Penal Internacional pelo Governo brasileiro de um nascido neste território.

**Palavras-chave:** Tribunal Penal Internacional. Entrega. Brasileiros Natos.

**Abstract:** The International Criminal Court is the result of a long historical development, as a consequence, mainly, of the two great wars, in which aimed to judge those responsible for crimes against humanity. With the passing time, the need to create a permanent criminal court with international jurisdiction had growing. Criticisms were made to the courts created temporarily (ad hoc), by the UN. Thus emerged the International Criminal Court, and its creation was approved by the Rome Statute in 1998. It has jurisdiction over four types of crimes: crimes against humanity, genocide, war crimes and crimes of aggression. The Rome Statute provides for a number of issues that, although internalized in the Brazilian legal system, are still in contradiction with the Constitution. The crux of this investigation, therefore, is precisely the “surrender” to the International Criminal Court by the Brazilian government of one born in its territory.

**Key-Words:** International Criminal Court. Surrender. Rome Statute.

## 1 INTRODUÇÃO

Partindo-se da ausência de consenso entre os doutrinadores no que pertine à extradição e entrega de brasileiros natos ao Tribunal Penal Internacional, busca-se nesta investigação traçar os argumentos tecidos pelos constitucionalistas e, de outra banda, dos defensores de direitos humanos e dos internacionalistas em geral no sentido de se verificar a possibilidade de haver incompatibilidade do instituto da Entrega perante o Tribunal Penal Internacional

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela UFRGS, linha de pesquisa: direito internacional.

de brasileiros natos. Para tanto, se utilizará o método dedutivo de pesquisa, iniciando a investigação de forma expositiva, delineando aspectos históricos ensejadores da criação de um tribunal permanente, para que, posteriormente, se conheça os institutos da extradição e da entrega, para que, ao final, se tente responder, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

Utiliza-se do plano francês como meio de organização desta exposição, na qual se dedicará o primeiro capítulo da criação do TPI e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, momento em que serão expostos o cenário anterior à sua criação, as características do TPI, assim como do Estatuto de Roma e, ainda, a internalização no Brasil.

No capítulo seguinte, serão tratados da extradição frente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, traçando os conceitos doutrinários, a legislação aplicável, a necessidade de reciprocidade em tratados internacionais e a dignidade da pessoa humana como princípio basilar para regular o tema.

Na segunda parte do trabalho, se adentrará ao cerne da pesquisa, que consiste no instituto da entrega, disposto no Estatuto de Roma, e que vem trazendo debates na doutrina pátria no que tange à sua constitucionalidade. Partindo dessa premissa, serão cotejados os institutos da extradição e da entrega, traçando os argumentos doutrinários a favor e contra a entrega de brasileiros ao TPI.

Por fim, serão analisados casos para melhor elucidar o conhecimento teórico e aproximá-lo da prática jurídica. O Tribunal Penal Internacional requereu ao Governo brasileiro a Entrega do Presidente do Sudão, acusado de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, somando 51 condutas criminosas que incluem homicídio, extermínio, estupro, tortura, pilhagem de aldeias, transferência forçada de civis e destruição de propriedade privada. Como se pode denotar, este caso assumiu de grande repercussão à época e será retratado em capítulo final.

## 2 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

### 2.1 A criação do Tribunal Penal Internacional e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro

O Tribunal Penal Internacional foi criado para julgar delitos que atinjam direitos humanos na ceara internacional, originou-se a partir da resolução numero 808 de 22 de fevereiro de 1993 do Conselho de Segurança da ONU, com objetivo de julgar os responsáveis pelas violações ao Direito Internacional Humanitário cometidos no território da ex-Iugoslávia<sup>2</sup>.

Antes dele, existiam os Tribunais Ad Hoc, isto é, tribunais eram criados temporariamente e uma vez analisados os fatos e exarada a decisão, a Corte desaparecia. O primeiro Tribunal de exceção, surgido no século XX, foi o Tribunal de Nuremberg, seguido do Tribunal de Tóquio. Ambas as Cortes foram criadas visando, de forma inédita, a responsabilização de indivíduos acusados de violação de normas internacionais e processados por instâncias internacionais pelos crimes cometidos na Segunda Guerra Mundial<sup>3</sup>.

Críticas foram feitas a este Tribunal por desrespeito ao Princípio da Legalidade e da Anterioridade nas relações exteriores, uma vez que os crimes ali julgados não haviam sido previamente legislados. Ademais, o Tribunal seria composto tão somente por vencedores da guerra. Nas palavras de Flávia Piovesan<sup>4</sup>,

“(…) muita polêmica surgiu em torno da alegação de afronta ao princípio da anterioridade da lei penal, sob o argumento de que os atos punidos pelo Tribunal de Nuremberg não eram considerados crimes no momento em que foram cometidos. A essa crítica outras se acrescentaram, como as relativas ao alto grau de politicidade do Tribunal de Nuremberg (em que “vencedores” estariam julgando “vencidos”); ao fato de ser um Tribunal precário e de exceção (criado *post facto* para julgar crimes específicos); e às sanções por ele impostas (como a pena de morte)”.

Surgiu-se, desde logo, a necessidade de se ampliar a jurisdição penal internacional, mediante a criação de um tribunal de caráter permanente.

---

<sup>2</sup> HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 2006. p 247.

<sup>3</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 23-24.

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 1<sup>a</sup> ed., 2<sup>a</sup> triagem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. p. 37-38.

Entretanto, a sua criação não fora imediata: outros tribunais *ad hoc* foram criados antes do TPI.

Oportuno salientar que o período imediatamente seguinte à Primeira Guerra Mundial é conhecido pelas várias tentativas de se criar uma série de instituições internacionais, tais como: a “Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e sobre a Aplicação das Penas” propôs a de um “Alto Tribunal composto de juízes oriundos de vários países”<sup>5</sup>. Após a guerra, o Tratado de Versalhes havia previsto Tribunais *ad hoc*, mas nenhum foi realmente instalado. Especificamente, o artigo 227 trazia uma disposição que previa a instalação de um Tribunal composto de cinco juízes (indicados por Estados Unidos, Grã-Bretanha, França, Itália e Japão) para julgar o ex-kaiser da Alemanha.

Posteriormente, projetos de estatuto para um Tribunal Penal Internacional foram adotados por organizações não-governamentais como a União Parlamentar, em 1925, e por organismos acadêmicos, como a *International Law Association*, em 1926. Todavia, nenhum desses projetos teve resultados objetivos.

Nos períodos imediatamente ao pós-Segunda Guerra, como suprarreferido, criou-se os Tribunais de Tóquio e de Nuremberg, que eram uma resposta aos crimes de genocídio nazista na Europa e a ocupação de muitas nações do sudeste da Ásia pelo Japão durante a guerra. Foi necessário demonstrar toda a amplitude das atrocidades cometidas durante a guerra para justificar a necessidade de minorar os princípios da não-intervenção e das soberanias.

Assim, no início da década de 1990, por deliberação do Conselho de Segurança das Nações Unidas, foram criados mais dois Tribunais Internacionais de caráter temporário. Um instituído para julgar os crimes praticados no território da antiga Iugoslávia desde 1991, e o outro para julgar as violações de direitos em Ruanda, tendo sido sediados, respectivamente, na Holanda e na Tanzânia<sup>6</sup>.

O Tribunal Penal Internacional/Corte Penal Internacional (TPI) é a primeira Corte Supranacional permanente, tendo sido estabelecido apenas em

---

<sup>5</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O tribunal penal internacional**: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 39.

<sup>6</sup> MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 943.

2002, em Haia, encarregada de julgar, de forma independente, pessoas acusadas de crimes do mais sério interesse internacional, como genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra e de agressão. Ela se baseia num Estatuto do qual fazem parte 106 países.

Contudo, a ideia da criação de um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente foi cogitada pela primeira vez em 1948, quando a Assembleia Geral das Nações Unidas pediu à Corte Internacional de Justiça que examinasse a possibilidade da criação de um tribunal para julgar os casos semelhantes aos que haviam sido submetidos aos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio<sup>7</sup>.

Com efeito, a criação do Tribunal Penal Internacional – *International Criminal Court* ou *Cour Pénale Internationale* – veio a atender a necessidade histórica da sociedade internacional relativa à existência de um tribunal com competência para o julgamento de graves crimes contra os direitos humanos, bem como corrigiu diversas distorções verificadas em relação a Tribunais criados precedentemente com tal escopo.

O *Estatuto de Roma* divide-se em treze capítulos, os quais versam sobre a criação da Corte (Cap. I), sua competência, a admissibilidade e o direito aplicável (Cap. II), Princípios Gerais de Direito Penal (Cap. III), composição e administração do TPI (Cap. IV), inquérito e procedimento criminal (Cap. V), julgamento (Cap. VI), penas (Cap. VII), recurso e revisão (Cap. VIII), cooperação internacional e auxílio judiciário (Cap. IX), execução da pena (Cap. X), Assembleia dos Estados-partes (Cap. XI), financiamento (Cap. XII) e cláusulas finais (Cap. XIII).

O Tribunal Penal Internacional, portanto, é uma instituição permanente, com sede em Haia na Holanda, dotada de personalidade jurídica internacional. O principal dispositivo do seu estatuto (*Estatuto de Roma*), entabulado no art. 1º, é o Princípio da Complementariedade. O TPI não agirá se um caso foi ou estiver sendo investigado ou julgado por um sistema jurídico nacional, a não ser que os procedimentos desse país não sejam genuínos, como no caso de terem caráter meramente formal, a fim de proteger o acusado de sua possível responsabilidade jurídica. Desta forma, a sua jurisdição tem caráter excepcional e complementar, isto é, somente será exercida no caso de manifesta incapacidade ou falta de

---

<sup>7</sup> ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 852.

44 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 2 – v. 4, n. 2, dez. 2014 – dez. 2016, p. 40-61

disposição de um sistema judiciário nacional para exercer sua jurisdição primária<sup>8</sup>.

Em 7 de fevereiro de 2000, o governo brasileiro assinou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, tendo o mesmo sido posteriormente aprovado pelo Congresso brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Seguiu-se ao depósito da carta de ratificação, que se deu em 20 de junho de 2002, momento a partir do qual o Brasil já se tornava parte do referido Tratado.

A partir desse momento, o Estatuto integrou-se ao direito brasileiro com *status* de norma constitucional, não podendo quaisquer dos direitos e garantias nele constantes serem abolidos por qualquer meio, inclusive emenda constitucional.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu texto original, já aderira à ideia da criação de um Tribunal Penal Internacional, dispondo expressamente que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos” em seu Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 7º.

A Emenda Constitucional nº 45, acrescentou ao artigo 5º do texto constitucional o parágrafo 4º, que dispõe expressamente que o Brasil “se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

O texto do Estatuto, segundo parte da doutrina, oferece algumas incompatibilidades jurídico-constitucionais. As principais polêmicas em torno da extradição, denominada *entrega* pelo documento, ainda que de nacionais, ao Tribunal, bem como as que instituíram a prisão perpétua e, ainda, aquela que veda qualquer reserva ao texto por parte dos Estados-membros. O presente estudo cinge-se à análise da entrega de brasileiros natos ao Tribunal Penal Internacional, restando, as demais, exorbitantes nesta pesquisa.

---

<sup>8</sup> ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. p. 852-853.

## **2.2 A extradição na Constituição da República Federativa do Brasil e a Dignidade da Pessoa Humana**

De acordo com Del'Olmo, a extradição trata-se do processo pelo qual um Estado entrega, mediante solicitação do Estado interessado, pessoa condenada ou indiciada nesse país requerente, cuja legislação é competente para julgá-la pelo crime que lhe é imputado. Destina-se a julgar autores de ilícitos penais, não sendo, em tese, admitida para processos de natureza puramente administrativa, civil ou fiscal<sup>9</sup>.

O assunto extradição é tratado em nossa Constituição, nos seguintes dispositivos:

Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei<sup>10</sup>;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

A Constituição Federal ainda delimita para si a competência privativa para legislar, quando o assunto versar sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros, nos termos do artigo 22, inciso XV.

Somado a isso, a Constituição Federal ainda assegura a mais alta instância do poder judiciário brasileiro a competência para processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro, nos termos do artigo 102, I, g. Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal é irrecurível. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, disciplinou o processo e julgamento dos pedidos de extradição, por meio dos artigos 207 a 214 do seu Regimento Interno.

*A priori*, portanto, a Carta Magna veda a extradição de brasileiros natos, em qualquer hipótese, qualquer seja o crime praticado, mesmo que em território estrangeiro, conforme disposto no artigo 77 da Lei 6.815/1980, denominada de

---

<sup>9</sup> DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **A extradição no alvorecer do século XXI**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.23.

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

Estatuto do Estrangeiro. É lá neste estatuto que estão dispostas as hipóteses previstas para a concessão de extradição, senão vejamos:

Art. 78. São condições para concessão da extradição:

I - ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e

II - existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por Juiz, Tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, salvo o disposto no artigo 82.

Assim, a legislação pátria, artigo 5º, LI e LII, da Constituição Federal, somente permite a extradição se for cometido por brasileiro naturalizado, tendo sido o delito antes da naturalização ou, em qualquer tempo, havendo praticado tráfico de entorpecentes e drogas afins. Em relação ao estrangeiro que aqui se encontrar, veda-se sua extradição em caso de prática de crime político ou de opinião.

Além disso, o Estatuto do Estrangeiro, como é chamado pela Lei n. 6.815/80, dispõe sobre a naturalização, deportação, expulsão e extradição e criou o Conselho Nacional de Imigração, vinculado ao Ministério da Justiça, Relações Exteriores.

Quanto à extradição de nacionais, destaca Del'Olmo que a extradição de brasileiros foi acolhida apenas por um período de cerca de duas décadas, com a vigência da Lei n. 2.416, de 1911, foi ela admitida nos casos em que o país requerente, por lei ou tratado, assegurasse reciprocidade de tratamento ao Brasil.<sup>11</sup>

Dessa forma, a extradição passiva, que atualmente é regulada pela Lei n. 6.815, de 1980, que, em seu artigo 76 estabelece que a extradição “poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar a tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade”. A existência do tratado torna a extradição obrigatória. Já na ausência desta convenção, pode haver denegação do pedido, mesmo com a promessa de reciprocidade<sup>12</sup>.

Quando a Constituição incluiu a prevalência dos direitos humanos entre os princípios regedores das relações internacionais de que o Brasil faça parte – art.4º, inciso II – demonstrou claramente que há clara compatibilidade entre o

---

<sup>11</sup> DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **A extradição no alvorecer do século XXI**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.94.

<sup>12</sup> DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **A extradição no alvorecer do século XXI**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.93

espírito protetivo em relação aos direitos humanos internamente e as disposições convencionais e costumeiras do direito internacional dos direitos humanos.

Partindo-se desta dicotomia, a transformação legislativa brasileira vem, cada vez mais, assegurando tutela aos Direitos Humanos, salvaguardando, por meio dos direitos fundamentais, tal proteção. Desta forma, se passará, em última análise, do ponto fulcral do presente trabalho, de modo que se cotejará os institutos da extradição e da entrega, para que se possa verificar a sua possível violação constitucional.

### **3 ENTREGA NA PERSPECTIVA DO ESTATUTO DE ROMA**

Finda a primeira parte deste estudo, buscamos expor como [e por quais motivos] se deu a criação do Tribunal Penal, com jurisdição internacional. Neste momento, foi possível constatar que se fazia necessária a sua criação, desde que com caráter permanente, uma vez que os Tribunais *Ad Hoc* sofriam várias críticas por violação aos Princípios da Legalidade e Anterioridade da Lei Penal.

O Tribunal Penal Internacional foi criado, por meio do Estatuto de Roma, em 1998, iniciando suas atividades no ano de 2002, contudo sua atuação se dá de forma subsidiária, conforme suprarreferido. A ele compete julgar os crimes contra a humanidade, crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes de agressão.

Buscamos ainda, antes de adentrar no cerne desta investigação, demonstrar o atual panorama legislativo brasileiro no que tange à extradição, seja de brasileiros natos, naturalizados ou de estrangeiros. Uma vez formada a base para este estudo no primeiro grande capítulo, adentraremos no ponto fulcral: a dicotomia formada pela previsão de entrega no Estatuto de Roma para julgamento dos possíveis responsáveis pelos crimes em comento (internalizada no ordenamento jurídico brasileiro) e, por outro lado, a vedação contida tanto na Constituição Federal, quando na norma infraconstitucional, de extradição de brasileiros natos. É este o tema, portanto, que se passará a expor. Será, por fim, retratado uma análise casuística para melhor elucidar os aspectos teóricos aqui apresentados.

#### **3.1 A Entrega de Brasileiros Natos ao Tribunal Penal Internacional**

Como referido, o TPI exerce jurisdição permanente, internacional e subsidiária, isto é, ele prioriza a jurisdição nacional, de modo que somente atuará

quando o Estado-parte se mostrar incapaz ou omissos para a apreciação. O artigo 18 do Estatuto preceitua que os Estados devem ser notificados previamente antes de o TPI começar uma investigação, em respeito à complementaridade de sua jurisdição.

O Artigo 59 também dispõe no sentido de ampla cooperação entre os Estados e o TPI acerca do mais importante instituto nele disposto, a entrega, no qual, o Estado que ratificou o Estatuto, deve disponibilizar o indivíduo ao Tribunal para que responda a processo ou cumpra a pena, conforme artigo 89, parágrafo primeiro do Estatuto, abaixo transcrito:

O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados-Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.

Segundo Mazzuoli, a *entrega* de uma pessoa (qualquer que seja a sua nacionalidade e em qualquer lugar que esteja) ao Tribunal Penal Internacional é um instituto jurídico *sui generis* nas relações internacionais contemporâneas, em todos os seus termos distinto do instituto já conhecido da extradição, que tem lugar entre duas potências estrangeiras a repressão de delitos internacionais<sup>13</sup>.

Tal previsão estaria criando conflito frente à Constituição Federal, artigo 5º, LI e LII, uma vez que esta não permite a *extradição* de brasileiro nato, enquanto que no Estatuto em questão, da qual o Brasil é signatário, há a previsão da *entrega* daquele sob investigação.

O Estatuto, prevendo tal embate, preocupou-se em distinguir o que entende por *entrega* e por *extradição*. Nos termos do seu artigo 102,

Para os fins do presente Estatuto:

- a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.
- b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

Utilizando-se novamente dos ensinamentos de Mazzuoli, ele afirma que não se trata de entregar alguém para outro sujeito de Direito Internacional Público, também dotado de soberania e competência na ordem internacional,

---

<sup>13</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira **O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 84-85.

mas sim a um *organismo internacional* criado pelo aceite e esforço comum de vários Estados<sup>14</sup>.

Frente às contradições existentes entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal (e norma infraconstitucional), faz-se imperioso cotejar acerca dos institutos da *entrega* e da *extradição*, para que se possa advogar em um dos pontos ao final.

Iniciando pelo estudo da extradição, esta se situa no campo do Direito Penal relacionado com o Direito Internacional Público. Entende-se por extradição a entrega de um indivíduo, mediante pedido, a outro Estado, em cujo território tenha cometido algum crime, com o intuito de julgá-lo e puni-lo. Pode dar-se para fins processuais, quando ainda terá julgamento, ou para a execução da pena anteriormente imposta<sup>15</sup>.

O instituto da extradição tem por sua essência a cooperação para repressão da criminalidade e a noção de justiça<sup>16</sup> com o fito de punir aqueles que cometem crimes. Os Estados na medida em que, decidem colaborar uns com os outros para que haja uma repressão contra crimes dentro de seus territórios, têm o dever, seja em caráter de reciprocidade ou por acordo bilateral firmado com outros países, de extraditar a pessoa para o país que a requerere.

A doutrina esclarece que dois princípios devem reger o instituto da extradição: a especialidade e a identidade. Pelo primeiro, entende-se que a extradição só será concedida para a punição do crime determinado no pedido. Pelo princípio da identidade, diz-se que não poderá ser aceita a extradição se, no país requerido, não for considerado crime o motivo que fundamentou o pedido, e ainda, a pena não poderá ser cominada ao indivíduo, no país requerente, quando não existir no país requerido<sup>17</sup>.

O pedido de extradição é feito pelo governo do Estado estrangeiro por via diplomática, endereçado ao Presidente da República que deve remetê-lo ao

---

<sup>14</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira **O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 86.

<sup>15</sup> Francisco Rezek apresenta o seguinte conceito: “Extradição é a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deve responder a processo penal ou cumprir pena.” REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 197.

<sup>16</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque de. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 983

<sup>17</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque de. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 985-986.

Supremo Tribunal Federal, para que este analise a sua legalidade e a procedência do pedido. Uma vez expedida análise contrária ao pedido, o Presidente encontra-se vinculado à decisão, sendo, neste caso, vedada a extradição. Caso o pedido seja aceito, o Presidente da República tomará a decisão discricionariamente, aceitando-o ou não<sup>18</sup>.

Assim, a legislação pátria exige algumas condições para a concessão da extradição: respeito ao princípio da identidade e da especialidade, na qual o indivíduo deve ser extraditado para o Estado em cujo território tenha praticado o delito; o crime deve ser punido tanto no Estado requerente, quanto no Estado requerido; o crime não pode ter sido julgado no Estado requerido; o indivíduo não pode ser julgado por tribunal de exceção; e o crime não pode estar prescrito em algum dos dois países (requerente e requerido)<sup>19</sup>.

O fundamento, conforme lição de Mazzuoli, para que as Constituições contemporâneas prevejam a não extradição de nacionais, está ligado ao fato de a justiça estrangeira poder ser *injusta* e desprovida de *imparcialidade*<sup>20</sup>. Contudo, com a criação do Tribunal Penal Internacional com caráter permanente, os argumentos antes utilizados de descumprimento dos princípios da legalidade e da anterioridade não mais prosperam. Os crimes já estão tipificados e a norma processual pré-definida.

Passando-se ao instituto da entrega, este, por sua vez, relaciona-se aos países signatários do Estatuto de Roma, tratado multilateral, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, que é um organismo internacional, criado pelo esforço de diversos Estados pela tutela transnacional nos Direitos Humanos.

A entrega se dá, a fim de que o Tribunal Penal Internacional possa julgar, condenar (se for o caso) e executar as penas aos indivíduos que cometeram os crimes elencados no Estatuto: crimes contra a humanidade, crimes de genocídio, crimes de guerra, e crimes de agressão.

Assim dispõe o art. 89 do Estatuto:

O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega

---

<sup>18</sup> Tal procedimento vem disciplinado na Lei nº 6.815/1980, artigo 80 e seguintes.

<sup>19</sup> REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 202-205.

<sup>20</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira **O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 87.

da pessoa em causa. Os Estados-Parte darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos interno.

Com isso, o próprio Estatuto de Roma coloca a entrega de indivíduos como uma das formas de cooperação dos países signatários para com o Tribunal. Tal norma vem insculpida no artigo 89, parágrafo primeiro na qual não existe qualquer ressalva quanto à entrega de nacionais. Assim, um Estado-Parte está ser obrigado a entregar um indivíduo, independentemente da sua nacionalidade para que venha a ser processado e julgado perante o Tribunal Penal Internacional.

Como consequência desta norma, surgiu a dúvida se estaria havendo violação do disposto no artigo 5º, LI e LII, da Constituição Federal, que impedem a extradição de brasileiros e de estrangeiros por motivo de crime político.

Entretanto, a entrega difere da extradição, posto que esta consiste em uma relação horizontal entre dois Estados e aquela em uma relação vertical entre TPI e Estado membro. Assim, não há que se falar em conflito entre o Estatuto de Roma e a Constituição, na medida em que o Estatuto de Roma apresenta caráter de responsabilidade subsidiária, aplicada somente quando há recusa ou omissão do Estado-parte, ou ainda, quando ele não age de maneira satisfatória no caso concreto.

Ademais, a extradição diz respeito ao ato de “entregar” um foragido a outro Estado, com base em um tratado, convenção, ou no próprio direito interno, presumindo, então, reciprocidade na relação entre os Estados, conforme acima exposto. O instituto da entrega, por sua vez, diz respeito ao envio de um indivíduo nacional, ou não, para o Tribunal Penal Internacional, que é um organismo internacional, criado pela vontade dos próprios Estados, conforme previsão no Estatuto de Roma, art. 89.

A recusa em entregar um nacional, quando uma ordem é emitida pelo Tribunal, pode acarretar ao país responsabilidade internacional, conforme previsto pelo próprio Estatuto, artigo 71, abaixo transcrito:

Em caso de atitudes de desrespeito ao Tribunal, tal como perturbar a audiência ou recusar-se deliberadamente a cumprir as suas instruções, o Tribunal poderá impor sanções administrativas que não impliquem privação de liberdade, como, por exemplo, a expulsão temporária ou permanente da sala de audiências, a multa ou outra medida similar prevista no Regulamento Processual.

Para evitar maiores problemas, uma vez que diversos países protegem em seus ordenamentos a extradição de nacionais, as delegações propuseram a diferenciação de extradição e entrega para o Estatuto, onde a cooperação de dá entre um Estado e o Tribunal. Tal solução foi acertadamente proposta, visando, sobretudo, salvaguardar a efetividade do julgamento dos responsáveis pelas atrocidades dos crimes de competência do tribunal em comento.

O argumento de equivalência do instituto da extradição e da entrega, não pode justificar-se em razão de conflito entre norma interna e internacional, isto é, quando da internalização do Estatuto de Roma em nosso ordenamento jurídico, este assumiu forma de lei ordinária, e, portanto, não poderia contrariar a Constituição Federal que veda a extradição de nacional.

Foi justamente para evitar que os países signatários se esquivassem de cooperar com o Tribunal, não entregando os responsáveis pelos crimes ali previstos que decidiu-se pela diferenciação dos institutos da entrega e da extradição no próprio Estatuto de Roma.

### **3.2 A Análise Casuística**

Tendo sido expostos os principais aspectos e a análise acerca dos institutos da extradição e da entrega, passar-se-á ao relato do pedido de entrega, recebido pelo Brasil, do Presidente do Sudão ao Tribunal Penal Internacional. Como é cediço, não é comum que haja tal pedido ao Brasil, sobretudo em razão do país não se envolver na atualidade em conflitos armados ou qualquer dos fatos elencados nos crimes de competência do TPI. Dessa forma, servirá a análise casuística para verificar qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema, assim melhor elucidar os conceitos trazidos anteriormente, nesta pesquisa, e para que se possa, em sede de considerações finais, tecer comentários no que tange à possibilidade de entrega de brasileiros natos ao tribunal. O caso abaixo sintetizado baseou-se no estudo de João Irineu de Resende Miranda<sup>21</sup>, publicado na revista *Emancipação*, senão vejamos.

Em 17 de julho de 2009, o Presidente em Exercício do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, expediu despacho referente à Petição 4625-1,

---

<sup>21</sup> MIRANDA, João Irineu de Resende. O pedido de cooperação do Tribunal Penal Internacional ao Brasil na captura do presidente do Sudão. **Emancipação**, Ponta Grossa, v. 11, n. 2, p.267-287, 01 set. 2010. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/768/2550>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

na qual o Tribunal Penal Internacional envia ao Brasil pedido de detenção e subsequente entrega de Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Presidente do Sudão. Neste caso, a investigação pelo Procurador teve início em razão de resolução do Conselho de Segurança da ONU, pois o Sudão não é parte do Estatuto de Roma, mas sim da ONU.

Desde sua independência, em 1956, o Sudão sofre com uma guerra civil entre seus vários grupos étnicos. Após a relativa pacificação do conflito entre o norte e o sul do país, em 2003, o conflito direcionou-se para a região de Darfur, no leste do país, na qual o governo árabe estabelecido voltou-se contra as etnias Fur, Masalit e Zagawa, em sua maioria animistas, atacando a população civil através de milícias paramilitares conhecidas como Janjaweed, comprovadamente apoiadas pelo exército sudanês. Desde o início do conflito, mais de dois milhões e meio de pessoas já foram expulsas de suas casas e internadas em campos, submetidas a assassinatos e estupros coletivos, além de padecer de fome e doenças.

Em 31 de março de 2005, o Conselho de Segurança da ONU – Organização das Nações Unidas - adotou a Resolução nº 1593, a qual denuncia ao Procurador do Tribunal Penal Internacional a situação em Darfur. O Procurador recebeu para análise a documentação reunida por uma comissão da ONU encarregada previamente de investigar os fatos, iniciando formalmente as investigações em 06 de junho de 2005. Em 27 de abril de 2007, o Tribunal emitiu mandados de prisão contra Ahmad Muhammad Harun e Ali Mohammed Kushayb, líderes políticos ligados ao governo do Sudão, acusados de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, somando 51 condutas criminosas que incluem homicídio, extermínio, estupro, tortura, pilhagem de aldeias, transferência forçada de civis e destruição de propriedade privada.

Desde então, a conduta do governo sudanês tem sido pautada pela não-cooperação e pelo apoio aos criminosos.

O Conselho Segurança, presidido pelos Estados Unidos, redigiu a Declaração Presidencial nº. 21 na qual conclamou as partes envolvidas no conflito em Darfur a cooperar com o Tribunal Penal Internacional. Em 14 de julho de 2008, o Procurador solicitou à Câmara de Pré-Julgamento I do Tribunal Penal Internacional que emitisse um mandado de prisão para Omar Hassan Ahmad al-Bashir, presidente do Sudão por crimes de guerra, crimes contra a humanidade e

pelo crime de genocídio, por ter planejado e executado um plano com o objetivo de destruir parte substancial das etnias Fur, Masalit e Zagawa enquanto tais.

Em 04 de março de 2009, a Primeira Câmara de Pré-Julgamento do Tribunal Penal Internacional expediu mandado de prisão contra Omar Hassan Ahmad al Bashir considerando que existem fundamentos relevantes para se acreditar que o Presidente do Sudão é criminalmente responsável por apoiar e incentivar a prática de crimes de guerra (ordenar ataques intencionais à população civil e pilhagem de aldeias) e crimes contra a humanidade (assassinatos, imposição a populações de condições críticas de sobrevivência, transferência forçada de populações, tortura e estupro). Como resposta o Omar al Bashir desafiou a comunidade internacional em repetidos discursos a cumprir os mandados de prisão, expulsou as principais organizações internacionais que prestavam ajuda humanitária às vítimas do conflito bem como mandou prender e torturar líderes de organizações de ajuda humanitária sudanesas por supostamente colaborar com o Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal Penal Internacional dirigiu aos seus Estados Parte pedido de cooperação no sentido de se executar o mandado de detenção supracitado caso Omar al-Bashir venha a adentrar em seus territórios. É neste contexto que o pedido foi dirigido ao Brasil e que se insere a obrigação internacional do Estado brasileiro em cooperar com o Tribunal Penal Internacional.

O ministro Celso de Mello pediu a manifestação da Procuradoria Geral da República (PGR) na Petição 4625 na qual o Tribunal Penal Internacional (TPI) pretendia que o governo brasileiro prendesse e entregasse o presidente da República do Sudão, Omar al-Bashir, caso ele viesse para o Brasil. O despacho foi dado no dia 17 de julho de 2009, quando o ministro Celso de Mello substituíu o presidente e o vice-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, respectivamente, que estavam em viagem oficial à Rússia.

O ministro Celso de Mello ressaltou haver “alta relevância do tema e a necessidade de discussão, por esta Suprema Corte, de diversas questões que emanam da análise concreta deste pleito”. Como referido acima, não há consenso na doutrina quanto à aplicação dos dispositivos do Estatuto de Roma - que trata da jurisdição do TPI – frente à Constituição Federal, mormente quanto aos debates ainda não aclarados sobre as previsões de entrega, pena de prisão

perpétua, etc., previstas no TPI, porquanto que não aceitas pela Carta Magna e em razão do caráter supranacional desse organismo internacional.

O exame também versaria sobre a competência do STF para examinar estes pedidos de cooperação internacional, e compatibilidade de determinadas cláusulas do Estatuto em face da Constituição brasileira.

Ressalta-se que Al-Bashir é acusado de ter cometido crimes de guerra e contra a humanidade, tipificados nos artigos 7º e 8º, do Estatuto de Roma, cujo texto o Brasil é signatário.

Em seu despacho<sup>22</sup>, o ministro Celso de Mello observou que, embora o Estatuto de Roma possibilite a formulação, pelo Tribunal Penal Internacional, de pedido “de detenção e entrega” de uma pessoa contra quem foi instaurado, perante esse organismo judiciário, procedimento penal por qualquer dos crimes referidos no artigo 5º da mencionada convenção multilateral, considerado o disposto no artigo 89, n. 1, desse mesmo Estatuto – há de ser dirigido ao Estado “em cujo território essa pessoa possa se encontrar”.

Ao pedir informações à Procuradoria Geral da República, Celso de Mello afirmou que, conforme o Estatuto de Roma, o fato de Omar al-Bashir ser chefe de um Estado soberano não constituiria impedimento à detenção e posterior entrega, pelo governo do Brasil, do referido chefe de Estado ao Tribunal Penal Internacional, “desde que essa pessoa esteja ou venha a ingressar em território brasileiro”, pois assim prevê o Estatuto de Roma, que pede a cooperação de todos os Estados-signatários quanto às decisões tomadas pelo TPI.

Isso se justificaria, salienta o ministro, caso o presidente do Sudão estivesse em território brasileiro. No entanto, ponderou Celso de Mello em seu despacho: “nem se registra a possibilidade de que venha a nele (Brasil) ingressar”.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal então oficiou aos Ministros da Justiça e das Relações Exteriores sobre o teor de seu despacho e registrou, por fim, não haver motivo para que o pedido tramite em sigilo no STF, apesar de assim prescrever o artigo 87, n.3, do Estatuto de Roma, uma vez que é de conhecimento geral a existência, contra o presidente da República do Sudão, de

---

<sup>22</sup> É possível ter acesso ao inteiro teor do despacho no site do Supremo Tribunal Federal. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; MELLO, Celso de. **Petição 4.625-1 República do Sudão**. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

mandado de detenção e entrega expedido por ordem do Tribunal Penal Internacional, tendo o fato sido noticiado em inúmeros veículos de comunicação em todo o mundo.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Vimos, em síntese, o processo histórico de criação do Tribunal Penal Internacional, assim como os fatores que ensejaram na necessidade de cunhar, de forma permanente, um tribunal penal com jurisdição supranacional para julgar os mais graves delitos contra a humanidade.

Em sequência a sua efetiva formação, foi necessário tratar do ato de internalização no ordenamento jurídico brasileiro do Estatuto de Roma, tratado multilateral pactuado entre os Estados-Parte. É no corpo do Estatuto que estão as soluções para as questões anteriormente debatidas, tais como o desrespeito aos Princípios da Legalidade e da Anterioridade Penal quando da utilização de Tribunais *Ad Hoc* para julgamento de crimes que atingiam a esfera internacional.

Com a criação do Tribunal Penal Internacional, tais discussões foram superadas. Contudo, emergiram outros debates, sobretudo em ordem interna, frente ao texto constitucional brasileiro. Dentre eles estão a entrega de nacionais ao TPI, a pena de prisão perpétua, imunidades e prerrogativa de função, etc. Reservamos o presente estudo ao primeiro. É esse, portanto, o cerne da investigação.

Tratamos, outrossim, de investigar ambos os institutos da extradição e da entrega para que o cotejamento entre ambos sirvam como uma possível solução para o debate havido. Agora, em sede de considerações finais, tentar-se-á advogar no sentido de permissibilidade da entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional pelos argumentos que se passa a expor.

A respeito do instituto da entrega, como fora visto, o próprio Estatuto de Roma faz uma diferenciação entre a extradição e a entrega, visando respeitar e aclarar ambos os institutos. O artigo 102 do Estatuto de Roma assim conceitua: “por “entrega”, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto. Por “extradição”, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”.

Ademais, a atuação do tribunal se dá de forma suplementar, subsidiária. Ou seja, ele só atua quando houver omissão do Estado-Parte em efetivar o julgamento dos crimes elencados no Estatuto de Roma. Entende-se que ainda que a Constituição Federal, no art. 5º, inciso LI, vede a extradição de brasileiros natos, o Brasil, durante o processo legislativo para a aprovação do Estatuto de Roma, na Mensagem nº 1.084/01<sup>23</sup>, conclui que não havia nenhuma incongruência entre a Constituição Federal e o Estatuto, de maneira que este poderia ser inserido no ordenamento jurídico, sem maiores prejuízos. No ponto, cumpre trazer à baila algumas considerações da Mensagem:

Forma-se lentamente sistemas internacionais de garantias e do que pode ser chamado de um direito penal intercultural. Certas condutas humanas passam a ser ofensivas ao conjunto da humanidade por sua dimensão e natureza, sendo consideradas como crimes internacionais. Essa perspectiva faz com que os Estados possam arrogar jurisdição sobre fatos que ocorram em outro território e sem participação de nacionais, como o Brasil prevê nos artigos no art. 7º, I, d (para genocídio), e II, a (obrigação baseada em tratados), do Código Penal, e na Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 (para tortura). [...]. O TPI consolida, mediante concepção democrática e desvinculada de situações concretas do passado, a repressão penal aqueles crimes internacionais já considerados como tais pela prática dos Estados.

É importante referir, que o Estatuto de Roma não admite reservas, ou seja, se um país aderir ao tratado, não pode simplesmente não cumprir o que ali está previsto, por ser contra o ordenamento nacional. Nesse diapasão, quando da assinatura do Estatuto de Roma pelos países, esses não podem usar a proibição de extradição de nacionais, prevista nos ordenamentos domésticos para não entregar os indivíduos requeridos pelo Tribunal, sob pena de responsabilidade.

Conclui-se que, uma vez internalizado no ordenamento jurídico brasileiro e em se tratando de crimes que atingem a sociedade internacional, a possibilidade de não efetivar julgamento perante o Poder Judiciário Pátrio, assim como descumprir tratado multilateral firmado parece muito remota e inviável. Para esclarecer, reafirma-se o fato de o TPI somente agir de forma subsidiária. Portanto, não parece crível, nas atuais circunstâncias de globalização e aproximação cada vez maior entre as nações, que ambas as situações sejam descumpridas e desrespeitadas. O prejuízo seria muito maior ao país em caráter

---

<sup>23</sup> É possível ter acesso ao inteiro teor do despacho no site do Supremo Tribunal Federal. CÂMARA DOS DEPUTADOS; COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DE DEFESA NACIONAL. **MENSAGEM Nº 1.084/01.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/19890.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2015.  
58 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 2 – v. 4, n. 2, dez. 2014 – dez. 2016, p. 40-61

de responsabilização internacional do que a tutela, a proteção de um criminoso internacional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2011.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (org.). **Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional**: con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008. 475 p.

ACQUARONE, Appio Claudio. **Tratados de extradição**: construção, atualidade e projeção do relacionamento bilateral brasileiro. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2003. 409 p.

ARAÚJO, Luis Evani de Amorim. **Direito Internacional Penal**. Forense, 2000.

BADARÓ, Gustavo. O Anteprojeto De Lei De Adaptação Da Legislação Brasileira Ao Estatuto De Roma Do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas. *In*: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan. **Temas Actuales Del Derecho Penal Internacional**: contribuciones de américa latina, alemanha y española. Uruguai: Fundación Konrad-adenauer, 2005. p. 97-102.

BAHIA, Saulo José Casali. Problemas Constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: o caso brasileiro. *In*: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Tribunal Penal Internacional**: possibilidades e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 281-292.

BAZELAIR, Jean-Paul. **A justiça penal internacional**: sua evolução, seu futuro: de Nurembergue a Haia. Barueri: Manole, 2004.

CAHALI, Yusef Said. **Estatuto do estrangeiro**. São Paulo: Saraiva, 1983. 587 p.

CANTARELLI, Margarida. **Da territorialidade à transnacionalidade**: a desterritorialização da jurisdição penal. 2001. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2001.

CASELLA, Paulo Borba; SANCHEZ, Rodrigo Elian. (Org.). **Cooperação judiciária internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 697 p.

CHOUKR, Fauzi Hassen. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional: Abordagem inicial à proposta de adaptação da legislação brasileira. *In*: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. **O Direito Penal no Estatuto de Roma**: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 61-77.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **A extradição no alvorecer do século XXI**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 346 p.

FERNANDES, David Augusto. **Tribunal penal internacional: a concretização de um sonho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 542 p.

GARCIA, Kelly Gracie Pinto. Tribunal penal internacional: uma conquista legítima da civilização contemporânea. **Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual penal e comercial**, n. 14, p. 435-431, 2. quinz jul., 2005.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 2006.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LORANDI, Adriana (Coord.). Tribunal Penal Internacional: implementação do estatuto de Roma no Brasil. Brasília, MPM, 2007.

MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. O Tribunal Penal Internacional. Integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 164, p. 157-178, out/dez. 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro : Renovar, 2002. 2 v.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8<sup>a</sup>ed., São Paulo: Saraiva. 1424 p.

MIRANDA, João Irineu de Resende. O pedido de cooperação do Tribunal Penal Internacional ao Brasil na captura do presidente do Sudão. **Emancipação**, Ponta Grossa, v. 11, n. 2, p.267-287, 01 set. 2010. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/768/2550>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 1<sup>a</sup> ed., 2<sup>a</sup> triagem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODAS, João Grandino. Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional. **Revista CEJ**, v. 4, n. 11, p. 31-35, maio/ago. 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Derecho internacional de los refugiados y derecho internacional de los derechos humanos: aproximaciones y convergencias. **Estudios Internacionales**, v. 30, n. 119/120, p. 321-350, jul./dic. 1997.

#### **REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Estatuto do estrangeiro (1980). Estatuto do estrangeiro: Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, legislação complementar. São Paulo: Iglu, 2002. 229 p.

# INFORMAÇÃO E LIBERDADE NOS TEMPOS DO CÓLERA: CORTES CONSTITUCIONAIS E DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO MÉXICO, COLÔMBIA E BRASIL

## Information and Freedom in Times of Cholera: Constitutional Courts and the Right to Information in Mexico, Colombia and Brazil.

Daniel Capecchi Nunes<sup>1</sup>

**Sumário:** Introdução: Constitucionalismo(s) Latino-Americano(s), Direito de Acesso à Informação e Cortes Constitucionais. 1 A Corte Constitucional da Colômbia e o Acesso à Informação: A Sentença C-274 de 2013. 1.1 Princípio da Responsabilidade e Responsabilidade pela Veracidade da Informação. 1.2 Âmbito Subjetivo de Aplicação da Norma e sua Conformação Constitucional. 1.3 Os Limites ao Direito à Informação e a Reserva de Informação. 1.4 Direito de Acesso à Informação e seus Limites Temporais. 1.5 Direito à Informação e Ambiguidades ou Contradições no Texto Legal que o Inviabilizem. 2 A Suprema Corte de Justiça da Nação: o Amparo en Revisión 453/2015. 2.1 Os Limites ao Direito à Informação e a Reserva de Informação 3 O Supremo Tribunal Federal: a Suspensão de Segurança nº 3.902 de 2011 e o Recurso Extraordinário nº 652.777 de 2015. 3.1 Limites ao Direito à Informação e a Reserva de Informação. 4 Conclusão: a bandeira amarela da cólera e o barco à deriva da democracia. Referências.

**Resumo:** O objetivo geral do presente artigo é cotejar as experiências de aplicação do direito de acesso à informação na Corte Constitucional da Colômbia, Suprema Corte do México e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. Por essa via, a partir do paradigma do transconstitucionalismo e de uma metodologia funcionalista, almeja-se extrair aprendizados recíprocos que possam ser úteis para a compreensão dos limites da concretização de tal direito no cenário regional. Os casos escolhidos para análise se focam em situações nas quais tenha havido um diálogo constitucional entre os Tribunais e o Legislativo. Nesse âmbito, a análise empreendida é baseada em uma proposta de divisão dos métodos de aplicação do direito de acesso à informação, cujo condão é proporcionar uma perspectiva comparativa entre os diferentes níveis de efetividade de tal direito na América Latina.

**Palavras-Chave:** América Latina; Direito Constitucional; Poder Judiciário; Acesso à Informação; Diálogos Institucionais.

**Abstract:** The present paper aims to compare the experiences of the right to information in Colombia's Constitutional Court and Mexico and Brazil's Supreme Courts. Through this comparison, based on the transconstitucionalism paradigm and the functionalist method, the paper also intends to propose mutual learning that could be useful to the comprehension of the limitation to the right to information in the regional scenario. The chosen cases in the analysis are focused on situations in which a constitutional dialogue between Courts and the Legislative occurred. So, the analysis is founded in a taxonomy of the right to information's judicial application and its intent is to provide a comparative perspective between the different levels of the right to information effectiveness in Latin America.

**Key-Words:** Latin America; Constitutional Law; Judiciary Branch; Right to Information; Constitutional Dialogues.

## INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela UERJ. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – *Campus* de Governador Valadares. Todas as traduções feitas no texto são de responsabilidade do autor.

## **Constitucionalismo(s) Latino-Americano(s), Direito de Acesso à Informação e Cortes Constitucionais.**

Desde que se proclamó el bando del cólera, en el alcázar de la guarnición local se disparó un cañonazo cada cuarto de hora, de día y de noche, de acuerdo con la superstición cívica de que la pólvora purificaba el ambiente. El cólera fue mucho más encarnizado con la población negra, por ser la más numerosa y pobre, pero en realidad no tuvo miramientos de colores ni linajes. Cesó de pronto como había empezado, y nunca se conoció el número de sus estragos, no porque fuera imposible establecerlo, sino porque una de nuestras virtudes más usuales era el pudor de las desgracias propias.  
**Gabriel García Márquez<sup>2</sup>**

Como uma pestilência, os apagões ditatoriais se alastraram pela América Latina. Similarmente ao hasteamento da bandeira amarela do cólera, as ditaduras anunciavam seus estados de exceção e no escuro das noites mais profundas perpetravam suas arbitrariedades e crimes. Superado o período de autoritarismo, as bandeiras amarelas eram retiradas do mastro da História discretamente e por um pudor das desgraças próprias, as democracias seguiam à deriva reproduzindo práticas que já não lhes cabiam. Sob os riscos de um passado que eternamente as ameaçava de retornar: bastava que os ventos da história soprassem novamente o ar pernicioso do cólera autoritário.

A história dos países latino-americanos é marcada pela turbulência cíclica dos períodos democráticos e ditatoriais que pautaram sua evolução e sua história. Nesse sentido, o desenvolvimento do constitucionalismo na região sofreu influências e transições provenientes de diversos fluxos históricos e de pensamento, os quais muitas vezes poderiam sugerir uma disparidade quase que total – basta mencionar que enquanto a maior parte dos Estados latinos começava sua vida independente como repúblicas, países tais como México e Brasil começavam como monarquias<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> MARQUEZ, Gabriel García. **El Amor en Los Tiempos del Colera**. 1ª ed. Colômbia: Editorial La Oveja Negra, 1985. p. 156.

<sup>3</sup> Roberto Gargarella, aponta a questão da excepcionalidade do caso brasileiro, ao fazer uma primeira tipologia do constitucionalismo latino-americano. GARGARELLA, Roberto. Toward a Typology of Latin American Constitutionalism, 1810-60. **Latin American Research Review**, Vol. 39, No. 2, Junho 2004, p. 142, n.2. Posteriormente, o autor fará uma análise separada dos casos brasileira e mexicano, tratando especificamente do Poder Moderador, no Brasil, e do Supremo Poder Conservador, no México. GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 5.

Para que se tenha uma ideia, a riqueza política e histórica de constitucionalismo latino-americano é tamanha que resultou na existência de 103 constituições em 16 países, tendo alguns desses países tido mais que uma dúzia de Cartas<sup>4</sup>.

Contudo, apesar das divergências nos percursos históricos e sociais que marcaram o desenvolvimento de tais países, é possível afirmar a existência de algo em comum entre eles. Desde dramas compartilhados – como a desigualdade e a corrupção – até a existência de respostas constitucionais semelhantes. Nas palavras de Roberto Gargarella:

Interessantemente, quando nós estudamos a história constitucional da América Latina, não achamos nem uma pintura caótica (que configuraria inúmeras soluções indo em diferentes direções) nem uma pintura que sugira a existência de mera discricionariedade e soluções arbitrárias. A bem da verdade, em face de alguns problemas, ou dramas, – tais como a dependência política, a crise econômica, a desordem política e a injustiça social – a América Latina sugeriu algumas respostas limitadas e significantes. O ponto é que, no fim, só há algumas diferentes e sempre interessantes respostas constitucionais em jogo.<sup>5</sup>

Nesse sentido, ao empreender a tarefa de analisar o constitucionalismo latino-americano, um órgão em especial emerge como termômetro da efetividade das relações democráticas e de respeito às instituições: o Judiciário. O Poder Judiciário surge como o Poder não ungido pelo batismo das urnas e, supostamente, direcionado a arrefecer os ímpetos antidemocráticos das maiorias<sup>6</sup>. Por consequência, ao ser instrumentalizado como uma via para garantia de direitos, pode-se dizer, portanto, que um Poder Judiciário saudável e não ameaçado representaria, em regra, uma democracia saudável e não ameaçada. Em outras palavras, um Judiciário fortalecido tem a capacidade de estabelecer “as fundações para um desenvolvimento econômico sustentável e construir [r] apoio popular para um regime democrático”<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution.** Oxford: Oxford University Press, 2013. p.1 Só o Brasil teve 8 constituições – caso se conte a EC nº 1 de 1969 como tal.

<sup>5</sup> Cf. GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution.** Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 5.

<sup>6</sup> Para a questão da complexa relação entre Judiciário e política, conferir, por todos, BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 237-284.

<sup>7</sup> PRILLAMAN, William C. **The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: declining confidence in the Rule of Law.** United States: Praeger Publishers, 2000. p. 1.

64 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 2 – v. 4, n. 2, dez. 2014 – dez. 2016, p. 62-87

No contexto de abandono dos autoritarismos<sup>8</sup>, que tristemente marcam a história da América Latina, a análise da relação do Judiciário com os outros poderes revela a estabilidade e o desenvolvimento de nossas democracias. Essa afirmação é ainda mais forte no caso das cortes constitucionais, responsáveis por enfrentar diretamente os poderes majoritários e de frear possíveis violações de direitos fundamentais. Sobre esse processo histórico, é interessante dizer que a superação das ditaduras levou os constituintes latino-americanos a reforçar as prerrogativas do Poder Judiciário, o que teve um efeito contagiante até mesmo em países que não sofreram com movimentos repressivos *de facto* como, por exemplo, a Colômbia e a Costa Rica<sup>9</sup>.

Nessa toada, a superação dos regimes ditatoriais, a criação de novas instituições – como, por exemplo, a Corte Constitucional Colombiana, em 1991 – ou a abertura de velhas instituições – como o Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>, em 1988 – através da promulgação de novas constituições ou de intensa reforma das antigas, levou o Judiciário dos países latinos a exercer uma função essencial na afirmação dos direitos e na proteção de minorias vulneráveis<sup>11</sup>.

Se antes, as Cortes latinas eram marcadas por um formalismo excessivo e por uma deferência quase domesticada aos poderes da hora, atualmente, cada vez mais, o Judiciário e, especialmente, as Cortes Constitucionais e Supremas Cortes vêm assumindo um papel de proa na defesa dos direitos fundamentais<sup>12</sup>. Nesse

---

<sup>8</sup> Para a relação do Judiciário com as ditaduras na forma da legalidade autoritária ver PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 31-50 e 283-296.

<sup>9</sup> “A onda de promulgar ou reformar constituições após o retorno à democracia, nos anos 80, incorporou medidas para fortalecer os poderes das cortes, criando cortes constitucionais ou câmaras, aumentando os instrumentos de acesso a direitos e introduzindo novas organizações para investigar, denunciar e, algumas vezes, agir como acusadores em casos de alegadas violações de direitos. Onde direitos constitucionais eram vistos como insuficientes, os documentos novos ou reformados incluíram direitos adicionais. O movimento para fortalecer as garantias constitucionais e o arranjo institucional protetivo foi contagioso. Mesmo países que não sofreram governos repressivos *de facto* (Colômbia, Costa Rica) aderiram à onda, no período [...]”. HAMMERGREN, Linn. **Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America**. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2007. p. 181.

<sup>10</sup> Cf. ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização *In: SARMENTO, Daniel (org.). Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 211-242.

<sup>11</sup> Sobre o processo, global, de ascensão de Cortes Constitucionais ver COMELLA, Victor Ferreres. The Rise of Specialized Constitutional Courts. *In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. Comparative Constitutional Law*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2011. p. 265-277.

<sup>12</sup> Apoiando essa afirmação, SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. Introduction. *In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (ed). The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 7: “Qualquer que seja o gatilho que *Revista de Direito Internacional do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ* 65

sentido, há quem defenda que a criação ou reforma das cortes constitucionais, teve a capacidade, em alguns casos, de alterar, radicalmente, as relações de poder existentes entre o Judiciário e a população, de modo a modificar a “casa de máquinas” da Constituição, ou seja, o centro do poder político estatal<sup>13</sup>.

Soma-se a essa transição histórica, o importante papel que os diálogos entre as Cortes podem produzir, sob uma perspectiva regional. Como foi dito anteriormente, os países latino-americanos compartilham uma história política e institucional bem como problemas e dificuldades comuns.

Desse modo, a busca por soluções, por parte das Cortes Constitucionais e Supremas Cortes, para os problemas semelhantes que afligem seus países podem resultar em diálogos profícuos e trocas de experiência enriquecedoras<sup>14</sup>. Além disso, a existência de uma legislação regional e internacional de direitos humanos, ajuda a explicar as oportunidades estruturais políticas e legais que justificam o papel das Cortes na defesa dos direitos humanos e o como isso é um aspecto comum entre elas<sup>15</sup>. Tal estrutura normativa somada às próprias condições geográficas, históricas e políticas dos países em discussão gera a necessidade de um verdadeiro “diálogo transconstitucional”, como bem ressalta Marcelo Neves:

O transconstitucionalismo depende de um método que não se concentre em uma identidade cega. Ordens jurídicas isoladas são evidentemente levadas, especialmente mediante os seus tribunais supremos ou constitucionais, a considerar em primeiro plano a sua identidade, pois, caso contrário, diluem-se como ordem sem diferença de seu ambiente. Mas, se elas estão confrontadas com problemas comuns, especialmente quando esses são de natureza jurídico-

---

ativa a judicialização da política, parece que, em contraste com a noção tradicional de que as cortes na América Latina teriam historicamente aderido à interpretação formal e a aplicação da lei feita pelo legislador, hoje, as cortes na América Latina estão aumentando seu papel criativo e os cidadãos recorrem a elas para resolver problemas, tradicionalmente, reservados às esferas políticas. [...]” Ver, também, para um panorama global do fenômeno TATE, Neal. C.; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judiciary Power**. New York: New York University Press, 1998. Há a interessante tese de Alonso Freire sobre a revolução de direitos na América Latina e o papel das Cortes Constitucionais, Cf. FREIRE, Alonso. Desbloqueando os Canais de Acesso à Jurisdição Constitucional do STF: Por que não aqui uma revolução de direitos? In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 591-640.

<sup>13</sup> Cf. GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 172-195.

<sup>14</sup> ACKERMAN, Bruce, *The Rise of World Constitutionalism (1996)*. In: **Occasional Papers**. Paper 4. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop\\_papers/4](http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/4), acessado em: 09.09.15

<sup>15</sup> SIKKINK, Kathryn. *The Transnational Dimension of The Judicialization of Politics in Latin America* In: IEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (ed). **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 263-292.

constitucional, impõe-se que seja considerada a alteridade.<sup>16</sup>

Por essa via, a proximidade histórica, política e institucional da América Latina e o sofrimento compartilhado dos mesmos desafios, torna necessária uma análise das diversas soluções institucionais dadas pela Cortes Constitucionais aos problemas existentes, no intuito de aprimorar as soluções e as respostas, no âmbito doméstico. Dentro deste escopo, um dos principais problemas comuns à toda América Latina é a falta de transparência nas decisões da Administração Pública, a qual muitas vezes tem o condão de gerar desconfianças e de provocar crises envolvendo a corrupção.

No último relatório de percepção da corrupção no setor público, relativo ao ano de 2014, da Transparência Internacional (*Transparency International*), os países da América Latina ocuparam as posições mais baixas entre os países da América<sup>17</sup>. No intuito de resolver – ou, ao menos, reduzir - esses problemas, diversos países da região tem procurado desenvolver um grande “*número de instrumentos [...] com o propósito de promover a transparência, tais como as leis de transparência e de acesso à informação*”<sup>18</sup>.

Na mesma linha, um relatório da OEA (Organização dos Estados Americanos) afirma que há um “[...] consenso crescente nos Estados membros da OEA, no que concerne ao reconhecimento do direito à informação como um dos pilares da consolidação dos regimes democráticos [...]”<sup>19</sup>. Desse modo, percebe-se que, em toda a região, a necessidade de aumentar a transparência e abertura dos órgãos públicos é objeto de franco reconhecimento.

Posto tal cenário, surge uma verdadeira explosão de leis de acesso à informação que teve o condão de enfraquecer as chamadas “democracias delegadas”, nas quais “o público é deixado, virtualmente, sem qualquer poder

---

<sup>16</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 272. Tratando, especificamente, do tema do transconstitucionalismo no constitucionalismo latino-americano. NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, v. 201, p. 193-214, 2014.

<sup>17</sup> Os países que serão objeto de nosso estudo: México, Colômbia e Brasil ocuparam, respectivamente, as posições 103, 94, 69, de um ranking decrescente com 179 posições. Disponível em: <http://www.transparency.org/cpi2014/results>, acessado em 10.09.2015.

<sup>18</sup> MALDONADO, Patrício; BERTHIN, Gerardo D. Transparency and Developing Legal Frameworks to Combat Corruption in Latin America. 10 **Sw. J. L. & Trade Am.** 243 2003-2004. P. 248.

<sup>19</sup> LANZA, Edison. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, 2014, V. II. p. 428.

durante as eleições”<sup>20</sup>, tendo efeitos no mundo todo e, sobretudo, nas regiões de democratização efetiva recente, como é o caso da América Latina<sup>21</sup>.

Do ponto de vista democrático, a transparência e a abertura das informações sobre o Estado têm o importante papel de evitar que o clima pernicioso que é propício ao desenvolvimento do “cólera autoritário” retorne, fazendo uma ruptura real entre as práticas estatais em momentos autoritários e em momentos democráticos. Corroborando essa visão, em estudo sobre o impacto da transparência governamental em indicadores da Administração Pública tanto no sentido econômico quanto no político, afirma Cristiano Aguiar Lopes:

Na análise das políticas de transparência dos 12 países latino-americanos<sup>22</sup> que contam com leis de acesso à informação pública, fica bastante evidente a preocupação dos legisladores em prever uma intensa utilização das TICs para a disseminação de informações governamentais. E os objetivos são, via de regra, a promoção de um Estado mais democrático, mais responsivo, e no qual a vigilância da sociedade torne o espaço para o cometimento de abusos e para a corrupção cada vez menor.<sup>23</sup>

Revelada a importância das leis de acesso à informação na afirmação da democracia, é importante saber de que maneira as cortes constitucionais reagiram às legislações de acesso à informação – e se reagiram –, ao cotejá-las com os dispositivos constitucionais de seus respectivos países. Tomar esse tipo de situação como objeto de estudo, nos permite analisar o grau de afinação nas respostas ao problema da transparência e do acesso à informação, por parte das cortes constitucionais dos países analisados, e, simultaneamente, aferir o grau de

---

<sup>20</sup> ACKERMAN, John M.; SANDOVAL BALLESTEROS, Irma E. The Global Explosion of Freedom of Information Laws. 58 **ADMIN. L. REV.** 85 (2006). p. 87

<sup>21</sup> Para uma análise geral das leis de acesso à informação, no âmbito da América Latina Cf. MENDEL, Toby. **The Right to Information in Latin America: a comparative legal survey**. Disponível em: <http://www.unesco.org/webworld/en/foi>, acessado em: 10.09.15. Para uma análise, mais recente, da legislação de acesso à informação e transparência, no âmbito do Mercosul, ver SILVA, Terezinha Elisabeth da; EIRÃO, Thiago Gomes; CAVALCANTE, Raphael da Silva. Relacionando la Legislación sobre acceso a la información de los países del MERCOSUR. **Biblos**, N. 56, 2014, p. 27-38.

<sup>22</sup> Vale mencionar que o estudo é de 2011 e, portanto, não inclui a legislação brasileira de acesso à informação.

<sup>23</sup> LOPES, Cristiano Aguiar. O Uso das Tecnologias da Informação e Comunicação nas Políticas de Acesso à Informação Pública na América Latina. In: III Congresso da Compolítica - Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política, 2009, São Paulo. **Anais do III Congresso da Compolítica**, 2009. p. 14.

desenvolvimento dos diálogos institucionais<sup>24</sup> entre o Judiciário e o Legislativo dos mesmos países.

### **Metodologia**

No presente estudo, nosso recorte geográfico será a América Latina, por motivos já desenvolvidos anteriormente, e nosso recorte temporal será o século XXI, por questões de comparação cronológica razoável. O método elegido será o comparativo funcionalista<sup>25</sup> por meio do qual se pretende ressaltar as diferenças e semelhanças na aplicação do direito de acesso à informação no escopo de diferentes tradições constitucionais que compartilham um cenário político e econômico semelhante. O objetivo geral da pesquisa é averiguar as condições de existência de um diálogo por parte das Cortes Constitucionais, no que concerne à aplicação do direito fundamental do acesso à informação ao serem cotejadas com as decisões legislativas.

Os objetivos específicos do estudo consistirão na análise da aplicação por parte das Cortes Constitucionais do México, da Colômbia e do Brasil de suas respectivas legislações nacionais de acesso à informação em cotejo com os dispositivos constitucionais específicos relativos ao tema. A escolha do México e da Colômbia países se dá, em primeiro plano, pela localização histórica de suas respectivas leis de acesso à informação em relação ao Brasil. A do México é uma das primeiras leis, no século XXI, sobre o tema na América Latina, sendo de 2002. A da Colômbia, por sua vez, é uma das mais recentes, sendo de 2014. Desse modo, a distância temporal entre a lei mais recente e a mais antiga com relação à lei brasileira, que é de 2012, possibilita uma amostra temporal satisfatória no recorte proposto.

Em segundo plano, os três países revelam casos interessantes de diálogo entre as Cortes e o Legislativo no que concerne ao tema do acesso à informação.

---

<sup>24</sup> O tema é vasto e a literatura riquíssima. Por todos, sugere-se a leitura, no Brasil, de BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Institucionais: A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Na literatura estrangeira, BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. **Brooklyn Law Review**, Vol. 71, 2006; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24.

<sup>25</sup> Para a questão da metodologia do Direito Constitucional comparado e para a crítica do método escolhido nesse trabalho, cf. TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 3-17; JACKSON, Vicki. *Comparative Constitutional Law: Methodologies*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 54-74.

Por fim, o espaço de um artigo não permitiria uma análise suficiente aprofundada de mais países, de modo que a estrutura do instrumento de estudo escolhido limitamos a um número reduzido de cortes. Em cada uma das jurisdições eleitas, far-se-á uma análise da aplicação da lei em determinados casos emblemáticos que tenham resultado em uma forma de proteção peculiar ao direito de acesso à informação. A escolha dos casos se deu em função da percepção de que algum grau de diálogo entre o Legislativo e os Tribunais tenha sido produzido.

Em nossa análise foram encontrados cinco diferentes métodos de aplicação do direito de acesso à informação, quais sejam: a) princípios da responsabilidade e da responsabilidade pela veracidade da informação, que se concentram nos direitos e deveres dos cidadãos e agentes estatais na divulgação de informações públicas; b) âmbito subjetivo de aplicação da norma e sua conformação constitucional, que trata dos sujeitos que estão obrigados ou não a prover informações à sociedade; c) os limites ao direito à informação e a reserva de informação, que avalia as hipóteses nas quais seria legítimo restringir o direito à informação por agentes da Administração Pública; d) o direito de acesso à informação e seus limites temporais, que cuida das hipóteses nas quais o direito à informação poderia ser limitado temporalmente; e e) direito à informação e ambiguidades ou contradições que o inviabilizem, que se centra nas hipóteses nas quais a declaração de inconstitucionalidade se justificou por problemas textuais do projeto de lei.

## **1 A CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA E O ACESSO À INFORMAÇÃO: A SENTENÇA C-274 DE 2013<sup>26</sup>**

A lei de acesso à informação colombiana, *Ley 1712 de Marzo* de 2014, é a mais recente no recorte de nossa pesquisa. Desse modo, as aplicações da lei em casos concretos não tiveram tempo suficiente para ganhar força na jurisprudência

---

<sup>26</sup> A Corte Constitucional da Colômbia tendo sido objeto de variados estudos, devido a sua atuação pioneira na defesa de direitos humanos. Devido ao recorte de nosso artigo, não nos aprofundaremos em suas questões históricas, políticas e institucionais. No entanto, para maior aprofundamento, indicamos a leitura de RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. p. 81-98. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. United States: Cambridge University Press, 2011. CEPEDA-ESPINOSA, Miguel Luiz. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court, 3 **Wash. U. Global Stud. L. Rev.** 529 (2004). NAGLE, Luz Estella. Evolution of Colombian Judiciary and The Constitutional Court. **Indiana International and Comparative Law Review** 6 (1995).

da Corte Constitucional de Colômbia. No entanto, nas discussões dessa mesma Corte, houve uma análise prévia de constitucionalidade do projeto de lei que antecedeu a já citada lei de acesso à informação. O trabalho da Corte, portanto, na *Sentencia C-274/2013* foi julgar, abstratamente, os diferentes dispositivos legais que resultaram na *Ley 1712*.

Para dissecar o julgamento do Tribunal, nossa análise se dividiu em cinco métodos de aplicação diferentes, por meio das quais a Corte concretizou os dispositivos constitucionais colombianos relacionados ao direito à informação, quais sejam OS artigos 20<sup>27</sup>, 23<sup>28</sup>, 74<sup>29</sup> e 209<sup>30</sup> da Constituição de 1991.

### **1.1 Princípio da Responsabilidade e Responsabilidade pela Veracidade da Informação**

A primeira declaração de inconstitucionalidade, cuja origem remonta à impugnação por parte de um cidadão, diz respeito ao art. 3º do projeto de lei. O texto do supracitado artigo estabelece os princípios que vão orientar a atuação dos agentes públicos e cidadãos na conformação do direito à informação. Os princípios enumerados pela lei são os da: a) transparência; b) boa fé; c) facilitação; d) não-discriminação; e) gratuidade; f) da celeridade; g) qualidade de informação; h) divulgação pró-ativa da informação e, por fim, i) responsabilidade pelo uso da informação.

A inconstitucionalidade declarada pela Corte Constitucional, direciona-se ao último princípio – da responsabilidade pelo uso da informação – que impõe aos cidadãos a obrigação de fazer uso da informação prestada pelo Poder Público,

---

<sup>27</sup> “Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

*Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”*

<sup>28</sup> “Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.”

<sup>29</sup> “Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.

*El secreto profesional es inviolable.”*

<sup>30</sup> “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

*Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”*

de modo que atenda “*a veracidade da mesma*”. No entender da Corte colombiana, tal exigência resultaria em violação dos princípios da petição, da informação, do acesso à informação e da presunção da boa fé, consagrados nos artigos 20, 23, 74 e 83<sup>31</sup> da Carta Constitucional daquele país. Diz o projeto de lei:

***Principio de responsabilidad en el uso de la información.*** *En virtud de este, cualquier persona que haga uso de la información que proporcionen los sujetos obligados, lo hará atendiendo a la veracidad de la misma.*

Para o Tribunal, essa exigência aumentada no que concerne ao cidadão representaria um ônus desproporcional com relação ao Poder Público, responsável por prestar as informações. Havendo dúvidas com relação à veracidade da informação, coloca-se o cidadão em uma posição frágil, na qual ele pode ser responsabilizado tanto civil quanto criminalmente, caso a informação não se mostre verdadeira. O texto do projeto de lei dá a ideia de que seria possível ao Poder Público repassar uma informação que não seja verdadeira e que, em seguida, a responsabilidade pela divulgação da informação falsa se transfira ao cidadão o que, de acordo com a Corte, seria uma “carga manifestamente desproporcional para a pessoa que acessa à informação”, resultando em uma obrigação de verificar a veracidade do que foi informado ou em um incentivo negativo para que as informações obtidas não sejam divulgadas. Desse modo, fica evidente a total desigualdade entre Poder Público e os cidadãos.

A segunda e última hipótese de análise diz respeito ao artigo 30 do projeto de lei, que estabelece uma exceção à responsabilidade penal, civil ou administrativa do agente público baseada em atos de boa-fé no exercício de suas funções. A norma seria inconstitucional pois excluiria da apreciação judicial a culpa ou o dolo na atuação do agente, restringindo-se a uma categoria excessivamente indeterminada como boa fé, o que, de acordo com a Corte, tornaria a apreciação judicial da atuação pública dos agentes estatais impossível. Nessa linha:

*Dada la necesidad de concretar y objetivar las funciones de los sujetos obligados, sus responsabilidades en el debido cumplimiento del presente proyecto de ley estatutaria deben regirse por las normas sustantivas y procesales que rigen la determinación de responsabilidades de los servidores públicos, especialmente en materia penal, disciplinaria y civil, por lo que se declarará*

---

<sup>31</sup>“Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

*inexequible el artículo 30.*

Desse modo, conclui-se que a responsabilidade na divulgação de informações públicas tem uma dimensão dupla. Por um lado, trata-se de um instituto extremamente protetivo no que concerne ao cidadão no exercício de seu direito e, por outro lado, em um rigor maior na avaliação das condutas dos agentes públicos responsáveis por divulgar as informações.

## **1.2 Âmbito Subjetivo de Aplicação da Norma e sua Conformação Constitucional**

O artigo 5º do projeto de lei objeto da análise de constitucionalidade estabelece o âmbito subjetivo de aplicação da lei de acesso à informação, catalogando os agentes cujas atividades estariam vinculadas ao dever de prestar informações. A primeira declaração da Corte diz respeito ao inciso e) do supracitado artigo 5º que estabelecerá a obrigação de empresas que possuem participação estatal de revelar informações referentes a suas atividades.

De acordo com um dos legitimados ativos na impugnação do projeto de lei, tal obrigação seria profundamente desproporcional em situações nas quais o Estado possuísse pequena participação no capital da sociedade empresária – representando, portanto, vantagem competitiva para outras empresas no mercado. Desse modo, decidiu-se por declarar uma limitação no âmbito de aplicação do inciso e) que não inclui a obrigação de revelar informações próprias no que concerne a própria atividade comercial ou industrial.

A segunda declaração de inconstitucionalidade diz respeito ao parágrafo segundo do artigo 5º do projeto de lei, que excluiria do âmbito subjetivo de aplicação da norma as pessoas naturais ou jurídicas de caráter privado que se utilizem dessas informações “para fins jornalísticos ou acadêmicos”. De acordo com o Tribunal, tal restrição violaria o acesso à informação de maneira ilegítima, pois excepcionaria um grupo exclusivo de particulares do dever de colaborar com o debate público e oneraria todo o resto da sociedade, na linha da sentença:

*No obstante lo anterior, esta expresión impone una carga desproporcionada que vulnera los derechos de petición, a la intimidad, la libre competencia económica y al libre ejercicio de la profesión u oficio, porque al excepcionar sólo a un grupo de particulares, convierte en sujetos obligados a todos los demás usuarios de información pública, que podrían por esa vía ser obligados a revelar incluso el uso privado que hagan de la misma, lo cual es contrario al libre ejercicio de sus libertades individuales.*

Por fim, a Corte Constitucional da Colômbia declarou a inconstitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 5º que estabelecia exceções ao âmbito de obrigação da lei para determinados entes que gozassem de reserva legal à informação, bases e dados e contratos relacionadas com a defesa e segurança nacional, ordem pública e relações internacionais.

Seguindo a linha de raciocínio de vários atores que impugnaram a norma, a Corte defendeu que essa restrição ao direito à informação resultaria em uma violação direta do artigo 74 da Carta Magna colombiana, “pois transforma em secretas informações e documentos que deveriam estar submetidos ao escrutínio público, facilitando atuações claramente contrárias ao Estado de Direito e ao adequado funcionamento de uma sociedade democrática”.

Tratar-se-ia, portanto, de restrição genérica ao acesso a uma gama muito vasta de documentos que, na prática, se mostraria incompatível com o direito de acesso à informação que, no entendimento do Tribunal, só poderia ser restrito de maneira clara e concreta, explicitando-se as razões pelas quais determinadas informações deveriam estar sujeitas à reserva.

### **1.3 Os Limites ao Direito à Informação e a Reserva de Informação**

O primeiro artigo a ser impugnado, no que concerne à reserva de informação, é o 6º, que procura estabelecer o significado de algumas expressões ou palavras que a, *a priori*, poderiam se apresentar como conceito indeterminados, sendo esses: a) informação; b) informação pública; c) informação pública classificada; d) informação pública reservada; e) publicar ou divulgar; f) sujeitos obrigados; g) gestão documental; h) documento de arquivo; i) arquivo; j) dados abertos e k) documento em construção.

Em um primeiro plano, a Corte afirmou que a delimitação do significado desses termos técnicos é fundamental para a proteção do direito fundamental em questão, de modo que o Tribunal deve se debruçar sobre a constitucionalidade de cada um dos conceitos.

Nessa toada, os ministros colombianos, em sua maioria, consideraram que a divisão das informações em informações públicas, informações públicas classificadas e informações públicas reservadas seria constitucional. Para dar substância ao argumento, citaram as leis<sup>32</sup> que regulam o direito de *habeas data*

---

<sup>32</sup> Leis estatutárias 1266 de 2008 e 1581 de 2012.

naquele país, as quais fariam divisão análoga e teriam sua constitucionalidade amplamente reconhecida.

No entendimento do Tribunal, por conseguinte, a divisão entre informações que são abertas ao público e informações que recebem alguma forma de restrição seria possível e decorrente da própria natureza principiológica dos direitos fundamentais, que por sua natureza estariam sujeitos à ponderação. Afirma a sentença:

*La tensión entre el derecho a acceder a la información pública clasificada o pública reservada deberá resolverse en cada caso concreto, para determinar si la posibilidad de negar el acceso a este tipo de información, resulta razonable y proporcionada a la luz de los intereses que se pretenden salvaguardar al garantizar el derecho de acceso a la información pública. Así, por ejemplo, cuando se trata de información clasificada, se deberá sopesar en el caso concreto si la divulgación de ese tipo de información cumple una función constitucional importante o constituye una carga desproporcionada e irrazonable para el derecho a la intimidad de las personas afectadas, que no están obligadas a soportar.*

Em seguida, o Tribunal defende, na linha de sua jurisprudência já consolidada<sup>33</sup>, que as informações que estejam em poder de uma autoridade, ainda que possuam caráter preliminar ou estejam em processamento, não podem possuir uma reserva de acesso automática. No entendimento da jurisprudência constitucional colombiana, qualquer restrição ao direito de informação precisa ser justificada no caso concreto e surgir como fruto de uma ponderação constitucional entre o direito de acesso à informação e outros direitos ou interesses relevantes.

No que concerne ao artigo 19 do projeto de lei, que estabelece à reserva de informação por dano aos interesses públicos, na mesma linha de sua análise anterior, a Corte reconhecerá tal possibilidade, desde que tal reserva cumpra dois requisitos: i) que obedeça a um fim constitucionalmente legítimo e ii) que não existam outro meios menos restritivos para alcançar esse fim. Além disso, o próprio artigo limita tais hipóteses às situações nas quais haja uma restrição legal ou constitucional expressa, obrigando o agente público a motivar por escrito sua decisão.

#### **1.4. Direito de Acesso à Informação e seus Limites Temporais.**

---

<sup>33</sup> Cita-se, por exemplo, a sentença C-872 de 2003 na qual a Corte Constitucional da Colômbia analisou a constitucionalidade das disposições que regulavam o processo de promoção de oficiais e suboficiais das forças públicas.

O dispositivo que trata dos limites temporais ao direito de acesso à informação é o artigo 22 do projeto de lei, que estabelece, originalmente, um período máximo de quinze anos para que uma informação seja considerada reservada. No entanto, tal reserva pode ser renovada por um igual prazo, caso uma autoridade pública considere necessária e após prévia aprovação dos superiores hierárquicos de cada um dos ramos do Poder Público e órgãos de controle.

Com relação à escolha de um prazo arbitrário de 15 anos, o Tribunal ressalta que sua constitucionalidade vai depender do caso concreto e da permanência das condições materiais que justificaram a declaração da reserva. De modo que os motivos, constitucionalmente válidos, para excluir a informação do público devem estar presentes durante todo o período em que a informação esteja reservada. Em outras palavras, superada a razão que justificou a confidencialidade da informação, imediatamente, o prazo perde o seu sentido e o que antes era secreto deve se tornar público. Essa interpretação, portanto, tornaria o prazo compatível com os princípios constitucionais referentes ao direito à informação.

Contudo, não ocorreria o mesmo com a possibilidade de renovação do prazo por motivação discricionária do agente público, sujeita à prévia aprovação do superior hierárquico e não do legislador, “sem que se estabeleçam os critérios que justificariam essa prorrogação”. Na argumentação da Corte, com o passar do tempo as informações, em geral, se convertem em dados históricos, cuja reserva ou confidencialidade exige uma manifestação mais exigente para a qual só estaria legitimado o Poder Legislativo. Esse já teria sido o entendimento daquele Tribunal Constitucional em outras situações nas quais o prazo de confidencialidade tivesse sido muito longo – cita-se a título de exemplo, a lei que estabeleceu um período, renovável, de 30 anos para a confidencialidade de documentos ligados à inteligência colombiana e sua declaração de constitucionalidade por meio da sentença C-540 de 2012. Nas palavras do órgão constitucional:

*Dado que el paso del tiempo en general convierte en histórica, información que permaneció reservada o secreta, la posibilidad de tal prórroga debería ser aún más exigente y sólo está legitimado para hacerlo el legislador mismo. En ejercicio del margen de configuración que tiene el legislador, ha consagrado excepciones puntuales al acceso a la información*

*pública y ha señalado el períodos máximo durante el cual es aplicable la misma, estableciendo términos más cortos o incluso superiores a los 15 años que establece el proyecto.*

Desse modo, percebe-se que na visão da Corte Constitucional colombiana a declaração de confidencialidade de documentos por um período tão longo, que já os configure como dados históricos, exige uma manifestação do Legislador, sem a qual tal restrição não seria legítima em uma ordem democrática.

### **1.5 Direito à Informação e Ambiguidades ou Contradições no Texto Legal que o Inviabilizem**

A primeira declaração de inconstitucionalidade nesse âmbito diz respeito ao artigo 23 do supracitado projeto de lei que estabelece as hipóteses nas quais a reserva de lei seria inaplicável. Por um lado, a lei estabelece exceções subjetivas à reserva que incluíam as autoridades judiciais e os congressistas no exercício de suas funções de controle jurídico. Por outro lado, estabelece que tal inaplicabilidade não se aplicaria aos processos judiciais objeto de segredo de justiça.

De acordo com a Corte, o texto da norma seria confuso e muito ambíguo, ameaçando o próprio conteúdo do direito à informação, de modo que o Legislador deveria reescreve-lo. De acordo com o texto da sentença:

*Para la Sala, por tanto, el artículo 23 de la Ley es una norma indeterminada que pone en riesgo el ejercicio del derecho y obstaculiza las funciones constitucionales de control, que debe ser declarada inexecutable. Dada su redacción, y los vacíos de que adolece, no es posible hacer un fallo modulativo. Corresponde al Legislador corregir esa indeterminación.*

A segunda declaração de inconstitucionalidade diz respeito ao parágrafo primeiro do artigo 24, que estabeleceria a existência de um procedimento que presumiria a existência de certos órgãos de acesso à informação que foram extintos no decorrer do processo de deliberação legislativa. Assim, a permanência do parágrafo primeiro se revelava incoerente com o próprio texto da lei. Essa contradição entre o dispositivo específico e o resto da organização normativa poderiam vir a ser restritivas de direitos, de modo que a Corte resolveu declarar a inconstitucionalidade do texto legal desse pedaço específico.

Assim, percebe-se que há uma tendência na Corte de tentar “consertar” aquilo que lhe parece um erro legislativo e que poderia, na prática administrativa e judicial, resultar em uma restrição ilegítima e inconstitucional de direito

fundamental.

## **2 A SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DA NAÇÃO: O AMPARO EN REVISIÓN 453/2015**

A lei que regula o acesso à informação, no âmbito federal mexicano, é a *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Gubernamental*, aprovada em 11 de junho de 2002. Trata-se da primeira lei nacional de acesso à informação a ser aprovada na América Latina, no século XXI. Desse modo, a análise da jurisprudência da Corte Suprema mexicana no que concerne à aplicação da lei, à luz da Constituição, tem o escopo de dar uma dimensão temporal mais larga do que poderiam outras jurisdições latino-americanas.

Além disso, a Constituição de 1917 é um dos documentos mais importantes do constitucionalismo latino-americano e mundial, assim, a análise da conformação da legislação de transparência e acesso à informação sob a irradiação de seu conteúdo pode servir como um importante aprendizado no âmbito do transconstitucionalismo.

Nosso estudo seguiu utilizando como parâmetro os cinco métodos de aplicação do direito de acesso à informação anteriormente apontados. No entanto, a busca realizada no sítio da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* revelou a utilização de apenas um método, qual seja: i) os limites ao direito à informação e a reserva de informação.

Foram utilizados dois critérios de seleção das decisões: a existência de um acórdão publicado ou a possibilidade de inferir da ementa do julgado o que foi decidido pela Corte. Além disso, buscaram-se decisões que expressamente fizessem menção à Lei de Transparência, para que não perdêssemos o foco do escopo do nosso estudo.

### **2.1 Os Limites ao Direito à Informação e a Reserva de Informação.**

O caso estudado envolve o massacre de 72 pessoas na localidade de San Fernando por parte de agentes do Estado, em agosto de 2010<sup>34</sup>. O debate se inicia com a requisição, por parte de um cidadão, de acesso à investigação preliminar

---

<sup>34</sup>Para informações gerais sobre o tema, conferir:

<http://www.cnnmexico.com/nacional/2014/12/22/17-policias-fueron-arrestados-por-la-matanza-de-san-fernando-senala-pgr>. Acessado em 26/04/2015 às 04:00.

78 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 2 – v. 4, n. 2, dez. 2014 – dez. 2016, p. 62-87

(*averiguación previa*) do supracitado massacre. No entanto, o Código Federal de Processo Penal Mexicano, em seu art. 16<sup>35</sup>, dispõe que as investigações preliminares em matéria penal são de acesso restrito às partes e seus representantes legais.

O argumento utilizado por parte do cidadão que requereu o acesso à investigação se baseava em disposição da Lei de Acesso à Informação Mexicana que, em seu art. 14, §3<sup>36</sup>, dispunha que a reserva de informação não podia ser utilizada em investigações envolvendo violações graves de direitos humanos.

Ao chegar a *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, órgão de cúpula do Judiciário, por meio da *Facultad de Atracción* n. 338/2014 e do *Amparo en Revisión* 453/2015, o tema foi decidido de modo a favorecer a requisição feita pelo cidadão, em detrimento da reserva de informação oposta pelo Estado. Para tomar a decisão nessa direção, o Tribunal mexicano argumentou que a reserva absoluta estabelecida pelo art. 16 do já citado Código Federal de Processo Penal Mexicano teria “*carácter desproporcional*” e que, portanto, aplicar-se-ia o art. 14, §3º, da Lei de Acesso à Informação Mexicana.

Desse modo, a decisão afirmou a inexistência de uma presunção de sigilo, mesmo em questões de direito penal. Para o Tribunal, no âmbito do regime constitucional vigente e frente as diretrizes do ordenamento jurídico, a necessidade de garantir o acesso à informação, sobretudo em situações de violação massiva de direitos humanos, superaria o próprio direito de privacidade das vítimas.

### **3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 3.902 DE 2011 E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 652.777 DE 2015**

O direito fundamental de acesso à informação goza de status constitucional efetivo desde a promulgação da Constituição de 1988<sup>37</sup>, a qual, em

---

<sup>35</sup> “Artículo 16 [...] A las actuaciones de averiguación previa sólo podrán tener acceso el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, si los hubiere. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obren en la averiguación, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda. [...]”

<sup>36</sup> “Artículo 14 [...] No podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad.”

<sup>37</sup> Na histórica constitucional brasileira, a Carta de 1967 já previa o direito de acesso à informação em seu art. 150, §8º. A EC no 1, de 1969, alterou a redação do mesmo dispositivo, tornando-a

*Revista de Direito Internacional do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ* 79

seu art. 5º, XXXII, estabelece a transparência nos órgãos públicos, obrigando a Administração a tornar públicas suas informações, seja as de interesse particular, coletivo ou geral, excetuando-se as situações em que o sigilo seja necessário à segurança da sociedade ou do Estado. O prazo para prestação das informações deveria ser aquele previsto na lei. No entanto, a lei que regulamentou o acesso à informação – Lei nº 12.527 - só foi promulgada em 2011, mais de 20 anos após a promulgação da Carta Constitucional.

No hiato entre a disposição constitucional e o texto legal, chegou ao Supremo Tribunal Federal a discussão sobre a publicidade do vencimento dos servidores públicos. O teto remuneratório sempre foi um problema constante no debate público nacional<sup>38</sup>, tendo sido objeto de diversas emendas constitucionais. Uma das soluções criadas para sanar o problema, foi aumentar o controle social sobre os chamados “supersalários” por meio da publicação dos vencimentos dos servidores de maneira nominal. Nesse momento, a discussão, outrora política, passou a girar em torno do direito à privacidade e a segurança dos servidores públicos, por um lado, e do direito de acesso à informação da sociedade brasileira, por outro. Outro argumento importante é a edição da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que instituiu o art. 39, §6º, que dispõe o seguinte: “Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos”.

Nessa linha, serão cotejados dois casos de questionamento da constitucionalidade da publicação nominal dos vencimentos e vantagens pecuniárias de servidores públicos. Um dos casos, a Suspensão de Segurança 3902 de 2011, é anterior à Lei 12.527 e, o outro, o Recurso Extraordinário com Agravo 652777 de 2015, é posterior. Nessa toada, nossa análise se concentrará nos argumentos utilizados pela Corte, antes e depois do advento da lei, e na eventual mudança (ou não) no conteúdo deles. Dentro da metodologia elegida,

---

mais restritiva, sem, entretanto, excluir a existência do direito. No entanto, como se sabe, em meio a uma ditadura militar, pouco ou nada valia tal disposição normativa. Cf. SOUZA, Victor Roberto Corrêa. “O Acesso à Informação na Legislação Brasileira”. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 33, p. 161-181, abr. 2012.

<sup>38</sup> Apenas, para ilustrar a afirmação, reportamo-nos a recente notícia de jornal que fala sobre os “supersalários” de magistrados no Estado do Rio de Janeiro. Cf. “Mais de 90% dos magistrados receberam acima do teto em março”. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-06-03/mais-de-90-dos-magistrados-do-rio-receberam-acima-do-teto-em-marco.html>, acessado em 15.09.15. Também, “Dois mil funcionários da USP recebem salários acima do teto” Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/11/dois-mil-funcionarios-da-usp-ganham-salarios-acima-do-permitido-por-lei.html>, acessado em 15.09.15.

com relação aos cinco métodos de aplicação do direito do acesso à informação, o método escolhido pelo STF foi exclusivamente o relativo aos limites ao direito à informação e a reserva de informação.

### **3.1 Limites ao Direito à Informação e a Reserva de Informação.**

No primeiro caso, Suspensão de Segurança no 3.902<sup>39</sup>, de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, tratava-se de discussão envolvendo Lei Municipal da Cidade de São Paulo (Lei nº 14.720/08) que determinava a divulgação de lista nominal dos vencimentos e demais elementos da remuneração dos servidores públicos municipais. Dois sindicatos ajuizaram mandados de segurança, tendo como principais argumentos a ilegalidade do ato impugnado, a violação da segurança e da intimidade dos servidores<sup>40</sup> e, por fim, a violação da isonomia, pois nem todos servidores estavam presentes na divulgação.

Em primeira instância, os mandados tiveram liminares concedidas, tendo entendido os juízes que a violação a segurança e a privacidade dos servidores municipais não se justificativa e que a lei municipal e seu decreto regulamentador não dispunham sobre a publicação do salário dos servidores. Em sua defesa, o Município de São Paulo, alegou que as decisões judiciais, baseadas na intimidade e segurança dos servidores, violavam frontalmente o princípio da publicidade<sup>41</sup> e que a disponibilização dos vencimentos se dava em obediência aos princípios da moralidade e da publicidade.

Em decisão final sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela improcedência do mandado de segurança, permitindo a publicação dos vencimentos no Portal da Transparência da Prefeitura de São Paulo. O argumento central para decisão seria o de que, no caso em discussão, não haveria incidência do direito à intimidade, visto que o objeto da divulgação – os vencimentos – diz respeito aos indivíduos enquanto servidores públicos, exclusivamente. Além disso, a segurança física ou corporal dos servidores, estaria garantida pela não divulgação do endereço residencial, do CPF e da CI de cada servidor. Por fim, nas palavras do relator, esse seria “*o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano*”.

---

<sup>39</sup> SS 3.902 AgR-segundo/SP, rel. Min. Ayres Britto, j. em 09.06.11. DJe 03.10.11.

<sup>40</sup> A base constitucional para defesa desses direitos foram o Art. 5º, X e XXXIII, o *caput* do art. 6º e o art. 37, §3º da Constituição Federal de 1988.

<sup>41</sup> Usaram-se como base normativo os art. 37, *caput*, art. 5º, XIV e XXXIII, art. 37, §3º, II, e, por fim, o art. 39, §6º da Constituição Federal. Vale ressaltar como artigos semelhantes foram utilizados para argumentar duas soluções completamente diferentes para o problema.

Portanto, nessa primeira decisão, a aplicação do direito de acesso à informação ou da “publicidade administrativa” – extraído do Art. 37, *caput*, da CRFB, obrigaria a Administração Pública a agir com o máximo de transparência. Ademais, as informações em discussão se encaixariam na categoria de interesse coletivo ou geral, aplicando-se, integralmente, os art. 5º, XXXIII, e 39, §6º, da Constituição. Nessa toada, percebe-se que o STF avalizou prática do Executivo municipal com base, exclusivamente, no texto constitucional – visto que a lei e o decreto municipais usados como base da decisão, não previam expressamente a medida adotada.

A decisão foi tomada em 09 de junho de 2011 e em 18 de novembro do mesmo ano foi aprovada a Lei nº 12.527, intitulada de “Lei de Acesso à Informação”, regulamentando o direito de acesso à informação previsto no art. 5º, XXXIII. A lei, no entanto, não previu nada expressamente sobre a questão da publicação dos vencimentos dos servidores públicos.

O segundo caso em discussão foi julgado alguns anos após a promulgação da supracitada lei – seu julgamento se deu em 23 de abril de 2015. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 652.777<sup>42</sup>, de relatoria do Ministro Teori Zavascki. Recurso que, igualmente, envolveu servidora pública do Município de São Paulo que demandava a exclusão de seu nome da publicação dos vencimentos dos servidores públicos do município.

Teve a servidora seu pedido principal – de exclusão da lista – acolhido pela segunda instância. Com base, principalmente, nos seguintes argumentos: i) a falta de apoio constitucional e infraconstitucional para a publicação dos vencimentos; ii) a ideia de que a publicação deveria associar o salário com o cargo e não com o indivíduo que o ocupa; iii) a violação da privacidade do servidor; e, finalmente, iv) a violação dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No recurso extraordinário direcionado ao STF, em sua defesa, o Município de São Paulo arguiu que a divulgação da remuneração dos servidores públicos estava fundada, principalmente, nos princípios da publicidade e da transparência<sup>43</sup>, na auto-executoriedade do art. 39, §6º, e na inexistência de violação a intimidade dos servidores, visto que o próprio pagamento de sua remuneração já é ato público. Na percepção da recorrente, portanto, não haveria

---

<sup>42</sup> ARE 652.777/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 23.04.15. DJe 01.07.15.

<sup>43</sup> Utilizaram-se os incisos XIV e XXXIII do art. 5º da Constituição para justificar essa violação.  
82 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 2 – v. 4, n. 2, dez. 2014 – dez. 2016, p. 62-87

quaisquer razões que justificassem a limitação do direito de acesso à informação da sociedade.

Curiosamente, várias entidades solicitaram seu ingresso no processo como *amici curiae*, sendo elas, na maior parte, sindicatos ou confederações de servidores públicos que defendiam a manutenção da vedação à publicação nominal. Apoiando o município de São Paulo, a União requereu sua participação, também, como *amicus curiae*. Nesse sentido, percebeu-se uma correlação de forças dos Executivos municipal e federal, no intuito de reformar a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo e autorizar a publicação nominal dos vencimentos dos servidores.

O Min. Teori Zavascki, faz menção à decisão prolatada do SS 3.902, afirmando que todos os motivos apresentados pelo Tribunal à época se mantinham. Somando-se a tais argumentos, no entanto, a própria promulgação da Lei de Acesso à Informação, cuja aplicação se estenderia a todos os entes federados. Corroborando a tese da publicação dos vencimentos em lista nominal, haveria o artigo 8º do supracitado diploma normativo, quando estabelece a divulgação espontânea de informações, por parte do Poder Público, que sejam de interesse coletivo ou geral.

Assim, a promulgação da lei não só manteve os argumentos apresentados no caso anterior ao seu surgimento, como, também, serviu como um reforço argumentativo para a manutenção da jurisprudência anterior da Corte. Nesse caso, portanto, houve uma atuação convergente dos três Poderes para garantir a transparência de informações reputadas como essenciais para a sociedade brasileira.

#### **4 CONCLUSÃO: A BANDEIRA AMARELA DA CÓLERA E OS BARCOS À DERIVA DA DEMOCRACIA**

- Y hablando en hipótesis -dijo-: ¿sería posible hacer un viaje directo sin carga ni pasajeros, sin tocar en ningún puerto, sin nada?

El capitán dijo que sólo era posible en hipótesis. La C.F.C. tenía compromisos laborales que Florentino Ariza conocía mejor que nadie, tenía contratos de carga, de pasajeros, de correo, y muchos más, ineludibles en su mayoría. Lo único que permitía saltar por encima de todo era un caso de peste a bordo. El buque se declaraba en cuarentena, se izaba la bandera amarilla y se navegaba en emergencia. El capitán Samaritano había tenido que

hacerlo varias veces por los muchos casos de cólera que se presentaban en el río, aunque luego las autoridades sanitarias obligaban a los médicos a expedir certificados de disentería común. Además, muchas veces en la historia del río se izaba la bandera amarilla de la peste para burlar impuestos, para no recoger un pasajero indeseable, para impedir requisas inoportunas. Florentino Ariza encontró la mano de Fermina Daza por debajo de la mesa. **Gabriel Garcia Marquez.**<sup>44</sup>

Em “*El Amor en Los Tiempos del Colera*”, após uma vida de separação e de um amor que não se concretizou, Florentino Ariza e Fermina Daza se encontram já na velhice e decidiram seguir juntos até o fim de seus dias em um barco em cujo mastro tremulava a bandeira amarela do cólera. A utilização de tal bandeira tinha a função protege-los de qualquer intervenção externa, de modo que o navio em que desfrutariam seu amor poderia perambular para sempre pelas águas dos rios colombianos.

Na metáfora do presente trabalho, no entanto, a função da bandeira amarela da cólera autoritária tem um papel muito menos romântico, servindo como um instrumento herdado dos períodos autoritários para manter o regime democrático à deriva, sem a intervenção do povo.

Como buscamos demonstrar, as Cortes Constitucionais e Supremas Cortes foram – e têm sido – essenciais no processo de estabelecimento da democracia nos países latino-americanos, ajudando a impedir que as bandeiras amarelas do autoritarismo voltem a tremular, ainda que a meio mastro. No caso específico do direito de acesso à informação, essencial para a manutenção da democracia, as Cortes Constitucionais da Colômbia, México e Brasil, exerceram importante função em seus países, dialogando intensamente com os outros poderes constituídos.

No desenvolvimento de nossa pesquisa, procuramos dissecar as aplicações do direito de acesso à informação, por parte das três Cortes, em cinco métodos de aplicação diferentes, quais sejam: a) princípio da responsabilidade e responsabilidade pela veracidade da informação, que se concentra nos direitos e deveres dos cidadãos e agentes estatais na divulgação de informações públicas; b) âmbito subjetivo de aplicação da norma e sua conformação constitucional, que

---

<sup>44</sup> MARQUEZ, Gabriel Garcia. *El Amor en Los Tiempos del Colera*. 1ª ed. Colômbia: Editorial La Oveja Negra, 1985. p. 187-188.

trata dos sujeitos que estão obrigados ou não a prover informações à sociedade; c) os limites ao direito à informação e a reserva de informação, que avalia as hipóteses nas quais seria legítimo restringir o direito à informação por agentes da Administração Pública, d) o direito de acesso à informação e seus limites temporais, que cuida das hipóteses nas quais o direito à informação poderia ser limitado temporalmente; e e) direito à informação e ambiguidades ou contradições que o inviabilizem, que se centra nas hipóteses nas quais a declaração de inconstitucionalidade se justificou por problemas textuais do projeto de lei.

A Corte Constitucional da Colômbia, nos casos analisados, se utilizou de todos os cinco métodos. A Suprema Corte de Justiça do México, dentro do recorte, aplicou o direito de acesso à informação em apenas um método. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, fez uso de tão somente um dos métodos. Os casos analisados, entretanto, envolveram desde questões abstratas de controle de constitucionalidade, até questões sensíveis como violações de direitos humanos por parte do Estado e remuneração dos servidores públicos.

O propósito, portanto, foi demonstrar como diferentes aplicações do direito de acesso à informação podem ser úteis no aprimoramento dos processos democráticos. Desse modo, as diversas experiências apresentadas podem ensejar alguma forma de diálogo transconstitucional, que seja produtivo para todos. Afinal, como destacado ao longo do presente trabalho, muitos dos problemas enfrentados por todas as Cortes são parte do “patrimônio comum” dos países latino-americanos.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism (1996). **Occasional Papers**. Paper 4. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop\\_papers/4](http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/4), acessado em: 09.09.15.

ACKERMAN, John M.; SANDOVAL-BALLESTEROS, Irma E. Sandoval. The Global Explosion of Freedom of Information Laws. 58 **ADMIN. L. REV.** 85 (2006).

BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 237-284.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *In*:

SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 211-242.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, Vol. 71, 2006; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Institucionais: A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CEPEDA-ESPINOSA, Miguel Luiz. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. 3 **Wash. U. Global Stud. L. Rev.** 529 (2004).

COMELLA, Victor Ferreres. The Rise of Specialized Constitutional Courts. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. **Comparative Constitutional Law**. United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2011.

FREIRE, Alonso. Desbloqueando os Canais de Acesso à Jurisdição Constitucional do STF: Por que não aqui uma revolução de direitos? In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pp 591-640.

GARGARELLA, Roberto. Toward a Typology of Latin American Constitutionalism, 1810-60. **Latin American Research Review**, Vol. 39, No. 2, June 2004.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HAMMERGREN, Linn. **Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America**. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2007.

JACKSON, Vicki. Comparative Constitutional Law: Methodologies In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 54-74.

LANZA, Edison. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, 2014, V. II. p. 428.

LOPES, Cristiano Aguiar. O Uso das Tecnologias da Informação e Comunicação nas Políticas de Acesso à Informação Pública na América Latina. In: III Congresso da Compólitica - Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política, 2009, São Paulo. **Anais do III Congresso da Compólitica**, 2009.

MALDONADO, Patrício; BERTHIN, Gerardo D. Transparency and Developing Legal Frameworks to Combat Corruption in Latin America. 10 **Sw. J. L. & Trade Am.** 243 2003-2004.

MENDEL, Toby. **The Right to Information in Latin America: a comparative legal survey**. Disponível em: <http://www.unesco.org/webworld/en/foi>, acessado em: 10.09.15.

NAGLE, Luz Estella. Evolution of Colombian Judiciary and The Constitutional Court. **Indiana International and Comparative Law Review** 6 (1995).

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, v. 201, p. 193-214, 2014.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010

PRILLAMAN, William C. **The Judiciary and Democratic Decay in Latin America**: declining confidence in the Rule of Law. United States: Praeger Publishers, 2000.

RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. p. 81-98. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. United States: Cambridge University Press, 2011.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. Introduction. *In*: IEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (ed) **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

SILVA, Terezinha Elisabeth da; EIRÃO, Thiago Gomes; CAVALCANTE, Raphael da Silva. Relacionando la Legislación sobre acceso a la información de los países del MERCOSUR. **Biblios**, N. 56, 2014, p. 27-38.

TATE, Neal. C.; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judiciary Power**. New York: New York University Press, 1998.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2009.

# TRABALHO ESCRAVO: O CASO JOSÉ PEREIRA E SUA RELEVÂNCIA PARA A ATUAL SITUAÇÃO BRASILEIRA

## Slave labour: the José Pereira case and its relevance in present Brazil

Igor Luís Furtado Ramos<sup>1</sup>

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Evolução histórica do trabalho escravo no Brasil. 3 Trabalho escravo ou condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana. 4 Trabalho escravo e suas formas. 5 Análise do caso José Pereira no Brasil. 6 Repercussões do caso José Pereira. 7 Conclusão.

**Resumo:** O artigo será desempenhado com o intuito de caracterizar o direito do trabalho no âmbito internacional e como está sendo utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, dando ênfase no trabalho escravo ou no trabalho em condições análogas a de escravidão do caso José Pereira, em que o mesmo teve importância e consequências no cenário atual.

**Palavra-chave:** Trabalho escravo. Caso José Pereira. Relevância na atualidade brasileira.

**Abstract:** The item will be played in order to characterize labor law at the international level and how it is being used in Brazilian legal system, emphasizing on slave labor or work in conditions akin to slavery case José Pereira, in which it had importance and consequences in the present scenario.

**Key-words:** Slave work. José Pereira case. Relevance in the Brazilian reality.

### 1 INTRODUÇÃO

Como direito fundamental, o trabalho tem a função de dignificar o homem, enriquecê-lo, tornando-o capaz de desenvolver suas potencialidades; é por meio dele que os seres humanos garantem seu lugar na sociedade. Sem ele o homem sente-se marginalizado, afastado do convívio social. O direito de trabalhar propicia o desenvolvimento humano, pois além de garantir o sustento do homem e de sua família; é primordial para o crescimento do país.

Assim, o trabalho escravo ou em condições análogas à de escravo é um problema que afeta não só aqueles que lutam diretamente para extingui-lo, como o Ministério Público Do Trabalho, mas também toda a sociedade, pois esse fenômeno deve ser combatido por qualquer um, pois não fere somente aquele sujeito acometido a condições deploráveis, a exemplo de trabalhadores vivendo no interior dos estados trabalhando 16 horas por dia, sem alimentar-se, com roupas não apropriadas para sua segurança, enfim parecendo verdadeiros

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela UEMA.

animais, mas sim atinge com a dignidade de qualquer ser humano, pois existem maus tratos ao homem, e atinge, de forma indireta, a toda comunidade.

Será visto com mais clareza esse pensamento, em alguns casos, como o de Jose Pereira, o primeiro caso que teve repercussão no âmbito internacional nos anos de 1989, tendo em vista que já tinha inaugurado a Constituição Federal do Brasil, mas conhecida como Constituição Cidadã.

Logo o trabalho tem o intuito de revelar que o Brasil, mesmo sendo adepto a varias convenções internacional sobre o trabalho escravo, ainda falta muito para acabar por completo esse mal que assola vários países, em pleno século XXI, indo assim contra a evolução da sociedade contemporânea.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL**

A característica essencial do escravo reside na sua condição de propriedade de outro ser humano, noção que traz, necessariamente, a ideia de sujeição pessoal, como afirma Brion Davis:

“Em geral, tem sido dito que o escravo possui três características definidoras: sua pessoa é a propriedade de outro homem, sua vontade está sujeita à autoridade do seu dono e seu trabalho ou serviços são obtidos através da coerção”.

Desta forma, Brion detectou atributos inerentes ao escravo, que seria um ser propriedade do outro, a coerção como determinante para o trabalho escravo e a sujeição do homem ao homem. Essas características são essenciais para determinar o escravo no início do descobrimento do Brasil, na época do Brasil colônia.

Nos séculos XV e XVI o Brasil teve sua população de escravo aumentada consideravelmente para manter uma classe de nobres vindo de outros países, como França, Espanha e Portugal.

Como é notável, essas características que determinavam o escravo há séculos passados, pode ser atualizado para os dias de hoje, com pequenas alterações, mesmo existindo um leque de direitos, convenções, abolição da escravatura de 1888 com a Lei Aurea (“libertou” o escravo do seu dono, mas deixou escravizado pela sociedade à época, marginalizado, sem nenhum suporte para o seu desenvolvimento e inclusão como cidadão digno). Assim, pode-se afirmar que algumas daquelas características acima descritas, podem ser atualizadas da seguinte forma:

A) A coerção existe, mas de forma disfarçada, como prometendo condições dignas de trabalho, mas na verdade são formas desumanas, degradantes e como geralmente já chegam endividado, fica atrelado aquilo e vira uma dependência exorbitante, pois como geralmente trabalham no interior dos estados, o único meio de conseguir as coisas é por meio do seu “patrão” ou intermediários, assemelhando-se com os capatazes, no período colonial do Brasil.

B) Hodiernamente ainda se tem, de forma infeliz, esse pensamento por parte de algumas pessoas, de se “apropriar-se de alguém” como se fosse um bem móvel, ou seja, gozar, usar, despor e fruir praticamente, tendo em vista que os donos das propriedades podem mandar o trabalhador que está em condições análogas a de escravo a outra fazenda, enfim, tratam como verdadeiros objetos, máquinas de trabalho.

C) A partir do momento em que o obreiro adentra ao ambiente de trabalho, é nítido o fato de que ele perde praticamente toda a sua dignidade, exclui-se quase que por completo a sua vontade em pro do patrão, haja vista as condições em torno, que são de total dependência para com o mesmo.

Deste modo, é nítida que aquelas características que marcavam o escravo no início do Brasil, como colônia de Portugal foram substituídas para a contemporaneidade, como promessas de um bom emprego, a necessidade de conseguir um trabalho. Assim, como a sociedade cresceu, se transformou, o trabalho escravo, como foi dito, evoluiu, se adequou aos novos tempos, infelizmente ainda existe como será discriminado posteriormente.

### **3 TRABALHO ESCRAVO OU CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Quando se retrata a trabalho escravo ou em condição análoga à de escravo, deve-se associar de imediato o desrespeito a dignidade da pessoa humana. Como afirma Fabio Konder Comparato o fundamento dos Direitos do Homem não pode ser outro que não o próprio homem, “considerado em sua dignidade. substancial de pessoa, ou seja, um ser cujo valor ético é superior a todos os demais no mundo”. Então, natural que a dignidade seja considerada o fundamento base de tudo que diz respeito ao ser humano.

Como afirma o brilhante professor Ingo Wolfgang Sarlet, para quem dignidade é:

“a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”

Partindo-se desse pressuposto, conseguir trabalho, e em condições decentes, então, é forma de proporcionar ao ser humano os direitos que decorrem desse atributo, que é a própria dignidade. Quando se fala em trabalho escravo é imperioso considerar que é ferido o princípio da dignidade da pessoa humana, porque não há trabalho digno se o homem é reduzido a essa condição. Como entende a OIT (Organização Internacional do Trabalho), “O controle abusivo de um ser humano sobre outro é a antítese do trabalho decente”.

#### **4 TRABALHO ESCRAVO E SUAS FORMAS**

Com o advento do novo artigo no Código Penal, incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003, o 149, afirma veementemente, que considera-se trabalho escravo ou em condição análoga a de escravo o submetido a trabalho forçado ou em condições degradantes. Assim, deve-se desmitificar muitos pensamentos do senso comum, tendo em vista que não se deve considerar trabalho escravo somente aquele que proíbe a liberdade de ir e vir, mas também aquele cuja situação é de mínimas condições de dignidade, ou seja, em um ambiente totalmente insalubre, sem horário de descanso interjornada e intrajornada, sem equipamento de proteção individual, trabalhando de forma exaustiva e outros requisitos constantes na Legislação Trabalhista.

Deste artigo supracitado, pode-se analisar que o trabalho escravo é gênero, do qual o trabalho forçado e em condições degradantes são espécies. Assim, pode-se ter trabalho escravo tendo somente o trabalho forçado, sem em condições degradantes, ou o contrário, trabalho em condições degradantes, sem o trabalho forçado.

A Organização Internacional do Trabalho, na convenção 29, ratificada pelo Brasil, denomina o trabalho forçado, também, de trabalho obrigatório. Pode-se encontrar, ainda, a denominação dessa forma de super exploração do trabalho como trabalho compulsório. O artigo 2º, item I, da dita Convenção retrata que:

“trabalho forçado ou obrigatório” designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade

Assim, o que se destaca é a falta de liberdade. Quando o trabalhador não pode decidir, espontaneamente, pela aceitação do trabalho, ou em relação à sua permanência no ambiente onde labuta, há trabalho forçado. Ou seja, existe coação e negação da liberdade para o empregado. Desta maneira, existe a primeira forma de trabalho escravo, o trabalho forçado.

Esse trabalho forçado pode ser desde o início ou durante a execução, pois existiu algumas defesas técnicas por parte de empresas que foram condenadas por esse crime, cuja argumentação foi do total consentimento inicialmente, e que foi para aquela situação por vontade própria. Assim, como estamos em um Estado Democrático de Direito, e partindo do véis garantista, esse argumento foi facilmente combatido e aniquilado.

Ressalta-se que, não obstante a característica que se destaca seja a liberdade, não se afirmar que somente o princípio da liberdade é ferido. O da legalidade também é, porque a manutenção forçada do trabalho vai contra normas legais expressas no ordenamento jurídico brasileiro. O da igualdade também, pois é dado tratamento diferenciado do concedido a outras pessoas.

Com relação à outra espécie do trabalho escravo, o trabalho em condições degradantes é de difícil definição, porque é um conceito “aberto”. Desta forma, utilizando-se de uma técnica hermenêutica, fica mais compreensível afirmar que não seria o trabalho em condições degradantes aquele cujo princípio da dignidade da pessoa humana tenha sido alcançado, outrossim seria aquele que protegesse de forma mínima os direitos trabalhistas. Para ser mais concreto, afirma Luis Camargo que o trabalho em condições degradante é aquele em que há a falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da falta de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação.

Outrossim, destaca-se outra maneira de discriminar o trabalho em condições análogas à de escravo, que seria o trabalho em jornada exaustiva. Está diante de um conceito jurídico indeterminado. Pode-se nortear o pensamento para aquele trabalho que desrespeita as normas trabalhistas, como hora de descanso, hora interjornada, hora intrajornada, além de ferir por completo com a dignidade da pessoa humana de quem labuta.

Desta forma, pode-se definir trabalho escravo ou em condição análoga à de escravo como o exercício do trabalho humano em que há restrição, em qualquer forma, à liberdade do trabalhador, e/ou quando não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador.

## **5 ANÁLISE DO CASO JOSÉ PEREIRA NO BRASIL**

Essa infeliz prática de trabalho escravo no Brasil vem desde a sua origem como colônia, até a formação da República Federativa do Brasil. Entretanto, essa prática de combate não tinha uma repercussão imperiosa com tem hoje. Assim, os primeiros casos que foram noticiados e registrados, ganhando forte influência da mídia e saindo da sua circunscrição municipal, foram datados na década de 60 e 70 do século passado, época de expansão econômica e desenvolvimento da Amazônia. Processo iniciado pelo governo militar, através do estímulo à ocupação por camponeses das regiões Nordeste e Sul do país; e por incentivos fiscais para poder, assim, desenvolver a parte norte do Brasil.

A primeira instituição a denunciar os casos de trabalho escravo foi a Igreja, no início da década de 70. Em 1983, na fazenda-modelo da empresa Volkswagen, em Santana do Araguaia, no Sul do Pará, foram identificados aproximadamente mil homens submetidos a trabalho forçado. A denúncia foi feita pela Comissão Pastoral da Terra; o inquérito policial responsabilizou os aliciadores e empreiteiros pelos maus-tratos sofridos pelos trabalhadores. A Volkswagen não foi responsabilizada. A denúncia não resultou em ação penal, e somente quatro dos mil trabalhadores receberam indenizações trabalhistas, após quatorze longos anos de processo.

Entretanto, o caso que envolve o artigo científico em questão, é o primeiro no Brasil a ter repercussão mundial, atingir a toda comunidade internacional e assim trazer grandes repercussões hodiernamente. José Pereira partiu de sua cidade em direção a Xinguara (PA), juntamente com outros trabalhadores, permanecendo hospedados em uma pensão. Dias depois, um intermediário comprou a dívida contraída pelos trabalhadores na pensão – alimentação e hospedagem. Começava, então, a escravidão por dívida.

Na fazenda, havia mais 30 homens trabalhando na roça, preparando o pasto para o gado criado na fazenda. Os obreiros não sabiam quanto deviam, só tinham conhecimento que o valor da dívida era alto e que era necessário que

trabalhassem bastante para liquidar os débitos. José Pereira e seu colega de trabalho, Paraná, decidiram que não havia mais condições de permanecer ali por muito tempo. Tentou fugir, junto com alguns de seus colegas que estavam na mesma condição. Passaram mais de cinco horas escondido na mata, em que os homens de confiança do dono da fazenda estavam procurando, verdadeiramente “caçando”. Nessa situação deplorável, o José e os outros colegas foram capturados, e de ordem, atiraram nos mesmos. O único que conseguiu sobreviver foi José, em que o tiro acertou o olho e se fingiu de morto. Assim, depois desse fato, levaram os mortos, entre ele o José, e jogaram na rodovia PA – 150. Depois de terem ido embora, José consegue sair correndo e pedir socorro.

O episódio ocorreu em 1989, quando José Pereira tinha 17 anos de idade. Já em Belém, ele fez tratamento no olho, porém não conseguiu recuperar a visão. Após o ocorrido, o labutador denunciou a fazenda Espírito Santo à Polícia Federal.

A Polícia Federal já havia recebido denúncias da prática de trabalho escravo na Fazenda Espírito Santo desde 1987 pela Comissão Pastoral da Terra. Um mês após à denúncia, somente em virtude da insistência de grupos ativistas de direitos humanos ao governo central em Brasília, José Pereira retornou à fazenda acompanhado de autoridades policiais. No local, havia mais 60 trabalhadores vivendo sob regime de trabalho escravo. Os responsáveis não foram localizados.

O caso José Pereira foi o primeiro caso contra o Brasil a chegar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ganhando notoriedade nacional e internacional. A denúncia foi realizada pela Comissão Pastoral da Terra juntamente ao Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL). O Brasil violou a Convenção e a Declaração de Direitos Humanos, pois não cumpriu a obrigação de proteger todos aqueles submetidos a condições análogas à escravidão, permitindo sua permanência por omissão ou cumplicidade.

Assim, transcorridos mais de quatro anos dos fatos, em fevereiro de 1994, a Comissão Pastoral da Terra uniu-se à CEJIL e denunciou o Estado brasileiro à Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos com sede em Washington. A petição criada apontava o desinteresse e ineficácia nas investigações. Até o momento da denúncia, ninguém havia sido procurado ou condenado pelo caso, nem por nenhum outro caso relativo a trabalho escravo, no

Estado do Pará. Alegou cumplicidade de policiais estaduais, que, em muitos casos, apreendem os trabalhadores submetidos à escravidão e os devolvem às fazendas, além de amenizarem quando os aliciadores prendiam os obreiros fugitivos. Outrossim, denunciou o descaso do governo diante do aumento do número de trabalhadores escravizados e submetidos à extrema violência, pois nenhum fazendeiro ou capataz ou homem de confiança havia sido condenado até a data da denúncia.

Assim, esse caso evidenciou que o Brasil infringiu tratados internacionais do qual é signatário, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres, nos seus artigos I, XIV e XXV, como segue abaixo:

Art. I. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

[...]

Art. XIV. Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o direito de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.

[...]

Art. XXV. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes. Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil. Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

Outrossim, foi atingido a Convenção Americana de Direitos Humanos no que tange aos seguintes artigos:

Art. 6º - Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão ou servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.

3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:

a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;

b) serviço militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;

c) o serviço exigido em casos de perigo ou de calamidade que ameacem a existência ou o bem-estar da comunidade;

d) o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

[...]

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.

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:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à 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 obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-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.

[...]

Art. 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os estados-partes comprometem-se:

a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Somente em 18 de setembro de 2003, os peticionários e o Estado brasileiro, após pressão internacional, assinaram acordo de conciliação, no qual o governo reconheceu a responsabilidade perante a comunidade internacional e foi estabelecida uma lista de compromissos referentes ao julgamento e sanção dos responsáveis, medidas pecuniárias de reparação, medidas de prevenção, modificações legislativas, de fiscalização e sanção.

O reconhecimento público da responsabilidade do Estado brasileiro foi de extrema importância, porque revelou para a sociedade brasileira e comunidade internacional que o Brasil penaliza os casos de trabalho escravo e também impulsionou a criação da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE) e a alteração do art. 149 do Código Penal, que trata da condição análoga a escravo, por meio da Lei 10.803, de 11 de dezembro de 2003, como já foi dito no início do trabalho científico.

Somente em 2003, foi enviado ao Congresso um projeto de lei prevendo indenização, a José Pereira, por danos morais e materiais, contabilizando R\$52 mil reais. Quantia, infelizmente, pouca, mas de uma

representatividade grandiosa, em que o Brasil pune, penaliza e indeniza por crimes contra o trabalho escravo ou condição análoga à de escravo.

Apesar da grande repercussão do caso, os infratores não foram punidos, tendo em vista o grande espaço de tempo passado entre o inquérito e o oferecimento da denúncia.

## **6 REPERCUSSÕES DO CASO JOSÉ PEREIRA**

Não existe uma causa de fato que teve consequência devido ao ocorrido, mas é de se observar que as melhorias que tiveram em resolver esse mal que desarmoniza a sociedade, foram logo depois de ter repercussão geral o caso de José Pereira.

A primeira forma de erradicação do trabalho escravo foi com a nova redação dada ao Artigo 243 da Constituição Federal de 1988, que veio por meio da Proposta de Emenda Constitucional de número 438 A. Esse artigo retrata que existe a possibilidade de expropriar terras utilizadas para a prática desse crime de trabalho em condições análogas à de escravo. Isso inviabiliza economicamente a utilização desse tipo de trabalho.

Outra grande modificação foi o aumento considerado da atuação do Ministério Público do Trabalho, como se sabe o mesmo dispõe da ação civil pública e da ação civil coletiva para responsabilizar os empregadores que explorem trabalhadores em condições degradantes, na Justiça do Trabalho.

Através da ação civil pública é possível postular, a teor do artigo 3º da Lei nº 7.347/1985, a condenação do explorador em dinheiro ou o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. O dinheiro, no caso, deve se destinar à recomposição do bem jurídico coletivo lesado. A obrigação de fazer ou não fazer, por sua vez, engloba todas as medidas e providências tendentes a devolver a dignidade ao trabalhador, tais a determinação de registro do contrato de trabalho na Carteira respectiva, a cessação de descontos salariais indevidos, a retirada de seguranças que estiverem intimidando os trabalhadores ou restringendo sua liberdade de ir e vir, a observância do salário mínimo, da jornada de trabalho legal e de outros direitos reconhecidos aos trabalhadores, a oferta de condições de trabalho mínimas envolvendo água potável, alojamento, transporte adequado, equipamentos de proteção individual e coletiva de trabalho, entre outros direitos difusos e coletivos (SECRETARIA INTERNACIONAL DO TRABALHO. Relatório

Global do Seguimento da Declaração da OIT relativa a Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Não ao Trabalho Escravo. Conferência Internacional do Trabalho. 89<sup>a</sup> Reunião, Genebra: 2001, p. 28 - 33).

Outra medida adotada no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo foi a criação do Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado - GERTRAF (Decreto Presidencial nº 1538, de 27 de junho de 1995), com o objetivo de coordenar e implementar as providências necessárias à repressão ao trabalho forçado e do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (Portarias nºs 549 e 550, de 14 de junho de 1995), como a extensão operacional do GERTRAF, revelando o efetivo esforço do Estado brasileiro no combate a esta forma de exploração do trabalho.

Avançando nas estratégias de combate, prevenção, dissuasão do trabalho escravo e geração de alternativas de trabalho rural, surgiu a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, CONATRAE (Decreto Presidencial sem número de 31 de julho de 2003). A Comissão sucedeu o GERTRAF na missão de acompanhar o cumprimento das ações do Plano Nacional, na tramitação de projetos de lei no Congresso Nacional, na avaliação dos projetos de cooperação técnica com organismos internacionais e propor estudos e pesquisas sobre o trabalho escravo no país (MELO, Luis Antônio Camargo de. Revista do Ministério Público do Trabalho. Premissas para um eficaz combate ao Trabalho Escravo. Procuradoria-Geral do Trabalho, Volume semestral, Ano 1, nº 1, março, 1991. Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho, 1991, p. 40).

Como se observa, a erradicação do trabalho escravo depende de um esforço conjunto que envolva a repressão a quem se vale dessa prática e a melhoria das condições sociais das populações atingidas pelo aliciamento. Desde 1995, quando começou a dar um enfoque de âmbito internacional do caso José Pereira, o governo federal e a sociedade civil vêm combatendo o problema, buscando meios de libertar os trabalhadores da situação de escravidão em que se encontram.

Houve um salto de qualidade no combate ao trabalho escravo com a criação do Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, tanto que a quantidade de trabalhadores libertados entre 1995 e 2002 é equivalente ao que foi libertado apenas em 2003. As ações do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Trabalho são ajuizadas e condenações são feitas como não acontecia antes do lançamento do Plano (GOMES Marcel. Carta Maior.

Liminares da Justiça põe em xeque a “lista suja” do trabalho escravo. Mato Grosso: 21 de abril de 2005).

Assim, com essas medidas que fortaleceram o Estado brasileiro na busca de erradicar o trabalho escravo, tiveram melhorias consideradas, a título de exemplo o aumento do número de operações de resgate de trabalhadores, aumento dos próprios trabalhadores resgatados, e as quantias pagas pelos escravocratas durante as operações.

Outra importante medida realizada na luta contra o trabalho escravo, após o caso José Pereira, foi a criação das chamadas “Listas Sujas”, que são chamadas assim devido ao fato de conterem os nomes de quem foi flagrado pela fiscalização do Ministério do Trabalho explorando mão-de-obra escrava ou em condições degradantes, principalmente no setor agropecuário. Uma vez incluídos nessas listas, esses fazendeiros e ou empresas, haja vista que essa lista contém pessoas físicas e jurídicas, não têm acesso a nenhum tipo de financiamento relativo a fundos administrados pelo Ministério da Integração Nacional, e também ficam impossibilitados de adquirir créditos de bancos públicos. Essa prática da “lista suja” foi vista pela OIT (Organização Internacional do Trabalho) como uma atitude positiva, haja vista que com essa divulgação as pessoas poderão tomar conhecimento de empresas, pessoas físicas que utilizaram desse trabalho indigno, e como consequência, irão analisar se utilizam ou não desse produto, tendo assim, a possibilidade de saber como são feitos e por quem esses produtos comercializados.

## **7 CONCLUSÃO**

Como foi visto no decorrer do artigo científico, o trabalho em condição análoga à de escravo tem algumas formas de se detectar, alguns meios de se conseguir atrair o trabalhador, que geralmente é aquele com menor poder econômico e intelectual. Assim, ficou evidente que o trabalho escravo vai além da liberdade de locomoção, como afere o artigo 149 do Código Penal, mas sim fere a dignidade da pessoa humana, algo que tem que ser protegido ao extremo.

Mas o ponto principal do trabalho é o caso José Pereira, que teve uma importância tremenda para o Brasil até os dias de hoje. Por meio dele, foi possível caracterizar a responsabilidade do ocorrido ao Estado Brasileiro tanto no âmbito

interno, como para com a comunidade internacional. Isso teve consequências positivas.

Uma delas foi o fortalecimento entre os órgãos de fiscalização e atuação para erradicar ou diminuir essa mazela, como o Ministério Público Do Trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Federal. Estes dois últimos para proteger quem vai investigar, quem vai atuar no resgate desses obreiros, dando assim uma segurança para combater de forma efetiva esse crime indigesto por completo.

Coexiste também formas preventivas de se evitar o fato criminoso, como a implementação de programas de capacitação profissional para os grupos de população em risco, ou seja, aqueles que têm menor condição financeira, em que busca qualquer proposta de emprego, e aqueles de menor potencial intelectual. Outrossim, quando existe o resgate desses empregados e o Estado tira dessa situação de escravo, o que acontece é o retorno, de livre espontânea vontade daquele que foi resgatado, haja a vista a condição de ter que sustentar a família, de não ter condições de arranjar emprego, enfim, volta ao ciclo vicioso de dependência.

Como é sabido, mesmo por esse desenvolvimento nos órgãos responsáveis por erradicar o trabalho escravo, ainda existem casos, principalmente nas áreas rurais, de trabalho escravo. Para que esse problema social extingue-se por inteiro, é substancial que exista as denúncias por parte da sociedade, da população.

Como o Brasil é um país continental, os órgãos de fiscalização e controle desse fato criminoso não tem estrutura para acobertar o território brasileiro como um todo. Assim, por meio das denúncias perante o Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério Público Do Trabalho, que pode ser anônima e por meio de vídeo, email, telefone, pode-se ter maior eficiência na tentativa de erradicar essa mazela que maltrata a sociedade brasileira como um todo.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Lília; ZIMMERMANN Deyse Jaqueline. O trabalho escravo contemporâneo praticado no meio rural brasileiro. **Revista TRT São Paulo 12<sup>a</sup> Região**, n<sup>o</sup> 17, 1<sup>o</sup> Semestre, 2002.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

BENTEMULLER, Fernanda E. V. P. **Evolução do trabalho escravo no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23075/evolucao-do-trabalho-escravo-no-brasil/2>>. Acessado em 26/10/2015 as 22:05.>

BRASIL. **Lei nº 10.803/2003** - Altera o art. 149 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo.

FIRME, Telma Barros Penna. **O caso José Pereira: a responsabilização do Brasil por violação de direitos humanos em relação ao trabalho escravo**. 2005. 87 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2005.

MARCÍLIO, Maria Luiza et al. (Coord.). **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998.

MELO, Luis Antônio Camargo de. Premissas para um eficaz combate ao Trabalho Escravo. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano 1, nº 01. Brasília: março de 1991.

MELO, Luis Antônio Camargo de. Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, n. 26. Brasília: setembro de 2003.

MENEZES, Wagner, et al. Direito internacional, empresa e sustentabilidade. *In*: MEZZARROBA, Orides et al. (Org.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito**. Coleção Justiça, Empresa e Sustentabilidade [vol. 2]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 354-366.

**MPT encontra trabalho escravo em obra do Minha Casa, Minha Vida em Alagoas**. Disponível em: <<http://tnh1.ne10.uol.com.br/noticia/interior/2012/10/23/212739/mpt-encontra-trabalho-escravo-em-obra-do-minha-casa-minha-vida-em-al>>. Acesso em: 24 out. 2015

OEA. **Convenção americana de direitos humanos** (Pacto de San José de Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/san-jose.htm>>. Acesso em: 24 out. 2015

OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)**. Disponível em: <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 24 out. 2015

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2ª ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Trabalho escravo: a abolição necessária**. Uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil. São Paulo: LTr, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo: LTr, 1994.

# **DIREITO MILITAR E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: JULGAMENTO DE CIVIS EM FORO MILITAR E PRISÃO DISCIPLINAR À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL**

## **Military Law and Conventionality Control: Trial of Civilians by Military Courts and Disciplinary Confinement under International Law**

Cláudio Cerqueira Bastos Netto<sup>1</sup>

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade. 3 O Controle de Convencionalidade do Direito Militar Brasileiro. 3.1 Julgamento de civis. 3.2 Prisão disciplinar por transgressão militar. 3.2.1 Definição. 3.2.2 Análise crítica. 3.2.2.1 A definição dos aspectos da prisão através de decreto regulamentar. 3.2.2.2 O direito de habeas corpus da pessoa presa por transgressão militar e a observância do artigo 7 da CADH. 3.2.3 Considerações finais sobre a prisão disciplinar por transgressão militar. 4 Conclusão. Referências.

**Resumo:** A partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podem ser traçados alguns parâmetros para o funcionamento e a atribuição de competência da Justiça Militar. No presente estudo, não se pretende analisar a compatibilidade da justiça castrense brasileira com todos os parâmetros estabelecidos no direito internacional, dado que o tema é muito extenso, mas serão exploradas questões fundamentais deste assunto, sendo estas: a) o julgamento de civis em foro militar, e b) a regulamentação e o cabimento de habeas corpus na prisão disciplinar por transgressão militar. Diante disso, será feito um duplo controle, de constitucionalidade e de convencionalidade, destas normas do direito militar brasileiro.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Jurisdição militar. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Controle de convencionalidade.

**Abstract:** There are some standards established on International Human Rights Law for the competence and well-functioning of military tribunals, especially in the Inter-American Human Rights Courts jurisprudence. In this study, it is not intended to analyze the compatibility of the Brazilian military courts with all of those standards established on international law, given that it is a rather large subject, but essential matters on this subject will be explored, those being: a) the trial of civilians on a military court, and b) regulation and suitability of a writ on cases of disciplinary prison for military transgression. That being said, a dual control (constitutionality and conventionality) of those norms of Brazilian military law will be made.

**Key-words:** Human Rights. Military Jurisdiction. Inter-American Human Rights Court. Conventionality Control.

## **1 INTRODUÇÃO**

O respeito aos direitos humanos é de fundamental importância na atual ordem constitucional, com base em dispositivos constitucionais como, por exemplo, o inciso II do artigo 4º, que consagra o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. A vontade do constituinte de proteger os direitos fundamentais é evidente também em outros dispositivos,

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da UERJ.

como o inciso III do artigo 3º, que dispõe que a erradicação da pobreza é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Ademais, o constituinte inseriu no artigo 5º, parágrafo 2º, uma cláusula de abertura material, pela qual o catálogo de direitos fundamentais não se esgota no texto constitucional. Dessa maneira, há abertura inclusive às normas de matriz internacional oriundas de tratados ratificados pela República brasileira<sup>2</sup>, com o escopo de obter maior proteção à pessoa humana através de interação entre ambos os ordenamentos. Neste ponto, Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>3</sup> leciona:

Com a interação entre o Direito Internacional e o Direito interno, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. [...] No presente contexto, o Direito Internacional e o Direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano.

A interpretação do STF do referido parágrafo 2º, apesar de não ser a mais correta, corrobora com este entendimento. O precedente estabelecido com o Recurso Extraordinário n. 466.343, que julgou a legalidade da prisão civil do depositário infiel, consagra a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. Assim, é certo que a legislação doméstica deve estar de acordo com tais tratados, com base na hierarquia supralegal destes.

Nota-se que, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 5º, inserido na CRFB pela Emenda Constitucional nº 45/2004, há a possibilidade de outorgar o status constitucional a um tratado de direitos humanos mediante sua aprovação com quórum equiparado ao de emenda constitucional. Este dispositivo é duramente criticado pelo professor Cançado Trindade, que o considera “mal concebido, mal redigido e mal formulado”, e considera que põe em “risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo - O Controle de Convencionalidade pela via difusa como forma de otimização e exigibilidade dos direitos humanos (In: **Revista da AGU / Advocacia-Geral da União**, Ano 14, nº 04 – Brasília-DF, out./dez. 2015), p. 141.

<sup>3</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção aos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, v. 46, n, 182, p. 53, jul./dez. 1993.

<sup>4</sup> Voto separado do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade no caso Ximenes Lopes vs. Brasil, série C no. 149, Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas), parágrafos 30-31. 104 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 2 – v. 4, n. 2, dez. 2014 – dez. 2016, p. 103-128

Dessa forma, a adequação da lei brasileira aos dispositivos convencionais não é apenas um compromisso assumido internacionalmente, mas um dever estabelecido na Constituição, pelo parágrafo 2º, art. 5º. Tal dever vincula o direito interno como um todo, e, neste trabalho, pretende-se analisar alguns pontos relativos à necessidade de compatibilização do direito militar a esses instrumentos internacionais, com foco nas obrigações decorrentes do compromisso junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Neste trabalho, será analisada a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com a jurisprudência interamericana em relação a alguns aspectos do direito militar, sendo esses: o julgamento de civis em foro militar, e a regulamentação e o cabimento de habeas corpus na prisão disciplinar por transgressão militar. Não se pretende analisar os demais standards advindos do direito internacional, já que se trata de tema muito extenso.

## **2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Em primeiro lugar, é importante entender como as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>5</sup> (doravante CADH), também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH)<sup>6</sup> vinculam o direito interno. A referida Convenção elenca um rol de direitos humanos que devem ser respeitados pelo Estado parte, que também deve adequar seu ordenamento jurídico para garantir esses direitos. Assim preveem seus artigos 1º e 2º:

Artigo 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 efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

---

<sup>5</sup> Entra em vigor no Brasil em 1992, e é internalizada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

<sup>6</sup> O Estado brasileiro reconheceu a jurisdição da Corte IDH em 10 de dezembro de 1998, apenas em relação a fatos posteriores a esta data. Contudo, a referida declaração só foi promulgada por meio do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.

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.

Estes artigos impõem deveres específicos aos Estados partes. Como bem aponta Alexandre Dantas Coutinho Santos<sup>7</sup>, “eles podem ser basicamente resumidos em dois: (i) o dever de respeitar os direitos da Convenção e (ii) o dever de garantir tais direitos, sem qualquer discriminação. Com isto, assegura-se efeito útil (*effet utile*) ao Pacto”.

A expressão ‘controle de convencionalidade’, por sua vez, não está presente no texto da CADH, e aparece pela primeira vez na Corte IDH no julgamento do caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, no qual o juiz Sergio García Ramírez<sup>8</sup> a utiliza no voto que proferiu em apartado. O plenário da Corte passa a adotar esta nomenclatura três anos depois, na sentença de mérito do caso Almonacid Arellano vs. Chile<sup>9</sup>, de 26 de setembro de 2006. Em seu parágrafo 124, dispõe:

*La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe*

---

<sup>7</sup> SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. **A harmonização entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro no sistema interamericano de proteção**. 2013. Monografia de conclusão de curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, pág. 70

<sup>8</sup> Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C no. 101. No seu voto apartado, em seu parágrafo 27, García Ramírez diz: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “**control de convencionalidad**” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (grifos acrescentados) (Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, voto: Juez García Ramírez, disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf), acesso em 3/10/2013, p. 165).

<sup>9</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf), acesso em 4/10/2013.

*ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (grifo acrescentado)*

Esta decisão conceitua o controle de convencionalidade nacional, que “consiste no exame de compatibilidade do ordenamento interno diante das normas internacionais incorporadas, realizado pelos próprios tribunais internos”, como leciona André de Carvalho Ramos<sup>10</sup>. Ainda, como aponta a decisão supra transcrita, este controle não leva em conta apenas os dispositivos da CADH, mas também a interpretação dada a ela pela Corte Interamericana, sendo esta a intérprete última da Convenção.

Não obstante, o controle de convencionalidade também pode ser realizado na ordem internacional, como ocorre na atuação da própria Corte IDH e de outros organismos internacionais, e se dá pelo exame de compatibilidade de atos internos em face de normas internacionais. Alguns juristas, como o magistrado Eduardo Ferrer Mac-Gregor<sup>11</sup>, preferem chamar este, realizado pela Corte Interamericana, de controle de convencionalidade concentrado, sendo o controle de convencionalidade difuso exercido pelos juízes nacionais dos Estados que reconheceram a jurisdição da Corte IDH.

A noção deste controle difuso se desenvolve na jurisprudência interamericana. Ainda no ano de 2006, na sentença de mérito do caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*. No seu parágrafo 128<sup>12</sup>, dispõe:

*Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada*

<sup>10</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016. , p. 430.

<sup>11</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional**. pág. 175-176 – Disponível em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>

<sup>12</sup> Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados Del Congreso (Aguado Alfaro Y Otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

*exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.*

Assim, são apontados dois aspectos importantes desta doutrina<sup>13</sup>: 1) o controle de convencionalidade pode ser feito de ofício pelos juízes domésticos, sem necessidade de que as partes a invoquem, e 2) devem ser obedecidas as competências e as regulações processuais correspondentes, considerando outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência.

Pode-se concluir que, por força da integração da Constituição da República com a CADH e a jurisprudência da Corte IDH, há no Brasil um sistema de duplo controle do direito interno: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade. Neste ponto, André de Carvalho Ramos<sup>14</sup> leciona: “[q]ualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil.” Esse entendimento foi adotado no parecer da Procuradoria Geral da República na ADPF 320/DF<sup>15</sup>, cujo objetivo é o exercício do controle de convencionalidade da Lei de Anistia (Lei 6.683/1979) e o cumprimento das recomendações estabelecidas na sentença do caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, julgado pela Corte IDH em 2010.

Por fim, é importante ressaltar que a Corte IDH também tem competência para dar opiniões consultivas, estabelecida pelo art. 64 da CADH. Segundo André de Carvalho Ramos<sup>16</sup>,

[a]s opiniões consultivas, apesar de formalmente não obrigatórias, têm importante peso doméstico, uma vez que consagram a interpretação internacionalista (a ser seguida por todos os órgãos internos, no âmbito administrativo, legislativo e judicial) sobre as normas de direitos humanos que vinculam o Brasil.

O ex-juiz da Corte Interamericana Pedro Nikken<sup>17</sup> aponta que o Estatuto da Corte Interamericana a define como uma “instituição judiciária autônoma cujo

<sup>13</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Op. cit. P. 178

<sup>14</sup> RAMOS, André de Carvalho. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério. **Crimes da ditadura militar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 217.

<sup>15</sup> Parecer de 28 de agosto de 2014 - pág. 30-31. Consulta realizada em 06 de agosto de 2016. A ação aguarda julgamento (verificado em 08/8/16). Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1747\\_texto\\_5102145.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1747_texto_5102145.pdf)

<sup>16</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. Ed. Ver., atual., e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016. P. 362.

<sup>17</sup> NIKKEN, Pedro. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. P. 171-172 - Disponível em : <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>

objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”<sup>18</sup>. Em consequência, ao exercer a função de aplicar ou interpretar o Pacto de San José, seja de forma consultiva ou em caso contencioso, a Corte atua como um órgão jurisdicional e suas decisões têm natureza jurisdicional. Portanto, trata-se de fonte auxiliar do Direito Internacional, como estabelecem os artigos 38 e 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Ademais, o jurista venezuelano conclui que as opiniões consultivas têm um valor análogo ao das sentenças dos tribunais internacionais para os Estados que não foram parte no caso julgado: não são diretamente obrigatórias, mas representam interpretação autêntica do Direito Internacional, sendo sua fonte auxiliar. Logo, os Estados americanos devem considerá-los como normas para o cumprimento de suas obrigações<sup>19</sup>.

Dessa maneira, os juízes brasileiros, ao realizarem o controle de convencionalidade, devem observar não só o entendimento adotado pela Corte IDH no julgamento de casos contenciosos, mas também o conteúdo das opiniões consultivas, visto que estas fazem parte de sua jurisprudência. Nota-se que a própria Corte já utilizou tais opiniões para resolver vários casos contenciosos, usando-as para sustentar a fundamentação de suas sentenças<sup>20</sup>.

### 3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO DIREITO MILITAR BRASILEIRO

#### 3.1 Julgamento de civis

O julgamento de civis pela Justiça Militar em tempos de paz está previsto no artigo 9º do Código Penal Militar<sup>21</sup> (doravante CPM), que assim dispõe:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, **qualquer que seja o agente**, salvo disposição especial;

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

<sup>18</sup> ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, artigo 1º. (Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979)

<sup>19</sup> NIKKEN, Pedro, op. cit., pág. 176

<sup>20</sup> Para um estudo mais aprofundado: NIKKEN, Pedro, op. cit.

<sup>21</sup> Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969

- b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
- c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
- d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. (*grifos acrescentados*)

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal Militar, o artigo supra permite que civis sejam julgados pela Justiça Militar<sup>22</sup>. Entende-se que deve ser observada a intenção do agente civil para definir se o crime terá natureza comum ou se será considerado crime militar. Se a conduta atingir a instituição militar, será considerado crime militar e a competência será da Justiça Militar. Caso contrário, a competência será da justiça comum.

Na ADPF 289, cujo objeto é este dispositivo, aponta-se em sua petição inicial, oferecida pelo Procurador Geral da República, que este ato legislativo causa lesão e restam vulnerados “o próprio conceito de estado democrático de direito, o princípio do juiz natural, além do princípio do devido processo legal material, como reflexo da proibição do excesso legislativo, bem como os arts. 124 e 142 da Constituição”<sup>23</sup>. É feito o seguinte questionamento<sup>24</sup>:

[Q]ual o sentido de a Justiça Militar julgar civis em tempo de paz, se o que justifica a jurisdição militar especial é o respeito à hierarquia e à disciplina, e se o agente de crime militar impróprio é civil, desconhecedor da hierarquia e disciplina? Para ir além, como um civil em tempo de paz seria capaz de atentar contra a hierarquia e a disciplina da tropa, se ele nem sequer é militar ou integra os efetivos das Forças Armadas?

A petição inicial da ADPF 289 faz menção ao Direito Internacional de forma muito breve<sup>25</sup>. É citado o caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, no qual a Corte IDH condenou o Estado chileno a adequar seu ordenamento interno aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar. No entanto, não se aprofunda em

---

<sup>22</sup> Nota-se que o artigo 124 da Constituição da República prevê que a Justiça Militar processará e julgará os crimes militares definidos em lei.

<sup>23</sup> Petição inicial da ADPF 289, P. 3. A ação ainda aguarda julgamento (verificado em 08/8/16). Disponível em: [http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2014/02/uerjdireitos\\_competencia-da-justica-militar-para-julgamento-de-civis-adpf-289131.pdf](http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2014/02/uerjdireitos_competencia-da-justica-militar-para-julgamento-de-civis-adpf-289131.pdf)

<sup>24</sup> Petição inicial da ADPF 289, P. 10.

<sup>25</sup> Petição inicial da ADPF 289, P. 13.

dizer quais são os parâmetros presentes na jurisprudência interamericana, o que merece maior atenção.

No caso referido, a Corte Interamericana ressalta que a jurisdição penal militar deve ter alcance excepcional e restritivo, e estar destinada a proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados com as funções que a lei atribui às Forças Armadas. Assim, só deve ser a ela submetido o militar que cometer delitos ou infração que atente contra bens jurídicos próprios da ordem militar<sup>26</sup>. Dessa maneira, entende-se que a vítima em questão, o sr. Palamara Iribarne, por ser militar já em status de aposentadoria, não poderia ser sujeito ativo de um delito militar, visto que apenas militares em serviço ativo podem sê-lo. Portanto, a Corte IDH define que não só os civis devem ser julgados pela justiça ordinária, mas também os militares aposentados, observando o alcance restritivo e excepcional da jurisdição militar<sup>27</sup>.

Ainda, o direito de ser julgado por tribunais ordinários de acordo com procedimentos legalmente previstos constitui um princípio básico do devido processo legal. Para que se respeite a garantia do juiz natural, não basta que a competência esteja previamente estabelecida por lei, mas que sejam claramente estabelecidos os elementos constitutivos do delito penal<sup>28</sup>. Assim, considerou-se que houve violação do artigo 8.1 em prejuízo do sr. Palamara Iribarne.

Este artigo da CADH também é violado no caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru, julgado pela Corte IDH em 1999, o qual pode ser considerado um dos casos mais relevantes nesta matéria. Entendeu-se que<sup>29</sup>, *inter alia*, há violação do artigo 8.1 quando a Justiça Militar assume competência sobre um assunto que deve conhecer a justiça ordinária, pois se veem afetados o direito ao juiz natural e, *a fortiori*, o devido processo legal, que, por sua vez, está intimamente ligado ao próprio acesso à justiça<sup>30</sup>. Ademais, entende-se que a jurisdição militar não é

---

<sup>26</sup> Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005(Fondo, reparaciones y costas). Serie C, no. 135, párr. 124. Entendimento proferido anteriormente nos casos julgados pela Corte IDH: Caso de la “Masacre de Mapiripán”, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 202; Caso Lori Berenson Mejía. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 142; y Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 165.

<sup>27</sup> Caso Palamara Iribarne vs. Chile, supra citado, Párr. 125.

<sup>28</sup> Caso Palamara Iribarne vs. Chile, supra citado, Párr. 140.

<sup>29</sup> Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C. no. 52, parágrafo 128

<sup>30</sup> Entendimento reproduzido nos casos: Caso Lori Berenson, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 141; Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C

naturalmente aplicável a civis que não exercem funções militares e que não podem incorrer em condutas contrárias a deveres funcionais deste caráter<sup>31</sup>.

Dessa maneira, a Corte Interamericana declarou que as normas presentes no direito interno peruano que tornam a jurisdição militar aplicável a civis violam a Convenção Americana. O Estado peruano foi condenado a adotar medidas apropriadas para reformar tais normas e assegurar o gozo dos direitos consagrados na CADH a todas as pessoas que se encontram sob sua jurisdição<sup>32</sup>, com base em seus arts. 1 e 2<sup>33</sup>.

Mais recentemente, no caso *Arguelles y otros vs. Argentina*, julgado em 2014<sup>34</sup>:

*[L]a Corte ha establecido que en un Estado democrático de Derecho, dicha jurisdicción [militar] ha de ser restrictiva y excepcional de manera que se aplique únicamente en la protección de bienes jurídicos especiales, de carácter castrense, y que hayan sido vulnerados por miembros de las fuerzas militares en el ejercicio de sus funciones.*

Logo, pode ser dito que a jurisprudência da Corte Interamericana é pacífica e reiterada em relação à interpretação do artigo 8.1, sendo necessário que o direito militar brasileiro a ela se adeque. Portanto, deve ser feito o controle de convencionalidade do artigo 9º do Código Penal Militar, de modo a paralisar sua aplicação, e vedar a submissão de civis e militares reformados à Justiça Militar.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal ainda profere decisões em desacordo a esse entendimento. No Habeas Corpus nº 124.858/DF<sup>35</sup>, entendeu-se que “[à] luz do princípio da legalidade, é militar o crime definido na Parte

---

No. 109, párr. 167; y Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 52.

<sup>31</sup> A Corte IDH cita também os *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, adotados pelas resoluções 40/32 e 40/146 da Assembleia Geral da ONU, que preveem que “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”.

<sup>32</sup> Caso Castillo Petruzzi. *supra* nota 28, parágrafo 222

<sup>33</sup> Corte IDH. Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, par. 106.

<sup>34</sup> Corte IDH. Caso Arguelles y otros vs. Argentina. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, no. 288, parágrafo 148. Entendimento reproduzido nos casos: Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 117, y Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 189.

<sup>35</sup> HC nº 124.858/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 31/8/15. No mesmo sentido o HC nº 112.382/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 13/10/15; ARE nº 878.019/RJ-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 6/8/15; HC nº 11.724/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 30/10/14; HC nº 119.581/PA, Primeira Turma, relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 7/5/14.

Especial do CPM, praticado, ainda que por civil, contra bens colocados sob a administração militar (art. 124 da CF c/c art. 9º, III, 'a', do CPM)".

Deve ser ressalvado que a Justiça Militar é incompetente para julgar civis em tempos de paz sob qualquer circunstância, consubstanciando-se na jurisprudência da Corte IDH supra exposta. O STF ainda não segue tal entendimento, como se pode ver no julgado abaixo<sup>36</sup>:

**A competência penal** da Justiça Militar da União **não se limita**, apenas, aos **integrantes** das Forças Armadas, **nem se define**, por isso mesmo, 'ratione personae'. **É aferível, objetivamente**, a partir da subsunção do comportamento do agente – **de qualquer agente, mesmo** o civil, **ainda** que em tempo de paz – ao preceito primário incriminador **consubstanciado** nos tipos penais definidos em lei (**O Código Penal Militar**).

Apesar do paciente em questão ter seu pedido deferido, isto só ocorreu porque sua conduta não se enquadrou nas hipóteses do artigo 9º do CPM. A Corte Suprema diz expressamente que é possível que civis sejam julgados pelo foro militar, considerando possível a aplicação do referido artigo 9º. A jurisprudência interamericana chega a ser citada no referido HC supra transcrito:

A REGULAÇÃO DO TEMA PERTINENTE À JUSTIÇA MILITAR NO PLANO DO DIREITO COMPARADO.

(...) – Uma relevante sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos ('Caso Palamara Iribarne vs. Chile', de 2005): determinação para que a República do Chile, adequando a sua legislação interna aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, adote medidas com o objetivo de impedir, quaisquer que sejam as circunstâncias, que um civil seja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares (...) (item nº 269, n. 14, da parte dispositiva, 'Puntos Resolutivos'). (*grifos acrescentados*)

No entanto, não é correto considerar como apenas uma mera fonte de direito comparado os julgados da Corte Interamericana que não tenham o Brasil como uma das partes. Como foi dito anteriormente, os Estados partes da CADH devem considerá-los como normas para o cumprimento de suas obrigações. Afinal, essas decisões representam a interpretação que é dada ao Pacto de San José, que não é direito estrangeiro, mas um tratado vinculante do qual o Brasil é signatário. Assim, a jurisprudência reiterada da Corte deve ser entendida como parâmetro para o controle de convencionalidade, integrando o chamado bloco de convencionalidade. Alexandre Dantas Coutinho Santos<sup>37</sup> explica:

<sup>36</sup> STF. HC 106.171/AM, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>37</sup> SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho, Op. cit., p. 76

Em relação ao fato de que a jurisprudência firmada pela Corte IDH passa a fazer parte do denominado “bloco de convencionalidade” (i.e., do parâmetro para a realização do controle), afirma-se que este órgão internacional, em sua doutrina do controle de convencionalidade, adotou postura semelhante à Suprema Corte americana no que tange à obrigatoriedade de observância dos seus precedentes, dentro da noção de *stare decisis*.

Por conseguinte, a jurisprudência da Corte IDH também baseará o controle de convencionalidade. Nota-se que não são diretamente obrigatórias as sentenças nas quais o Estado brasileiro não seja parte, mas se considera como entendimento mais acertado o de que essas decisões são fonte do direito internacional e devem ser respeitadas pelos Estados partes da CADH, visto que se trata de interpretação última da Convenção, por julgamento da Corte IDH, dotada de certeza e finalidade, e não simplesmente um acessório interpretativo.

Portanto, o julgamento de civis por foro militar deve ser totalmente abolido do direito brasileiro, por força da correta aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Afinal, deve ser realizado um duplo controle das leis internas, de constitucionalidade e convencionalidade.

### **3.2 Prisão disciplinar por transgressão militar**

#### **3.2.1 Definição**

Os militares estão sujeitos à punição disciplinar, que tem como objetivo a “preservação da disciplina e deve ter em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence”, como dispõe o artigo 23 do Regulamento Disciplinar do Exército<sup>38</sup>. O mesmo decreto prevê tais punições, que podem chegar a até trinta dias de prisão para os casos de prisão disciplinar, e de dez dias para o impedimento disciplinar<sup>39</sup>.

Tal decreto regula o dispositivo presente na lei nº 6.880, de 1980, que prevê:

Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

§ 1º As penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão não podem ultrapassar 30 (trinta) dias.

---

<sup>38</sup> Decreto-Lei nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

<sup>39</sup> Artigo 24, incisos II e IV, e parágrafo único, do mesmo decreto.

Entende-se que este tipo de prisão é decretado por via administrativa, e apenas a autoridade militar pode entrar no mérito da questão. Assim, apenas o superior hierárquico, e não o Judiciário, tem a competência para aplicar a pena ao militar que venha a cometer tal transgressão. Este instituto constitui exceção à regra geral, autorizada pelo artigo 5º da Constituição da República, em seu inciso LXI:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Deve ser destacado que este inciso exige que tal exceção seja definida em lei, o que não ocorre no instituto supra descrito. Afinal, o Regulamento Disciplinar do Exército é um decreto-lei expedido pelo Presidente da República, com base no artigo 84, inciso IV, da Constituição. Portanto, não constitui lei formal e não atende ao requisito constitucional.

Também deve ser observado o artigo 142, parágrafo 2º, da Constituição, no qual se prevê que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”. Dessa maneira, os tribunais brasileiros já entenderam reiteradamente que não cabe à autoridade judiciária analisar o mérito deste tipo de prisão. Em decisão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, os desembargadores entenderam que “[a] previsão constitucional deve ser interpretada no sentido de que não cabe Habeas Corpus em relação ao mérito desta destas punições, limitando-se o Poder Judiciário a uma análise quanto à verificação da legalidade do ato praticado”<sup>40</sup>.

Portanto, entendeu-se que o ato administrativo pode determinar prisão do militar por até 30 dias, e o Judiciário controla apenas a regularidade formal de tal ato, sendo incabível o *writ*. Diante do exposto, há duas questões que merecem maior reflexão: a) que tal prisão seja definida por decreto regulamentar, conforme prevê o artigo 47 da lei 6.880/1980; e b) a limitação, nestes casos, do direito de *habeas corpus*, aos aspectos formais do ato administrativo que ordena a prisão, de acordo com o art. 142, §2º, da Constituição da República, além da observância do artigo 7 da CADH. Faz-se necessário analisar a constitucionalidade e a convencionalidade de tais dispositivos.

---

<sup>40</sup> TRF 2ª Região – Recurso de Habeas Corpus 172/RJ (Proc. Originário: 2003.51.09.001161-1). Desembargador Relator: Paulo Espírito Santo. Julgado em 13 de outubro de 2004.

### **3.2.2 Análise crítica**

#### **3.2.2.1 A definição dos aspectos da prisão através de decreto regulamentar**

Como dito anteriormente, o art. 5º, inciso LXI, da CRFB, exige que lei defina os casos de restrição ao direito de locomoção. Dessa maneira, a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que o artigo 47 da lei 6.880 não foi recepcionado pela CRFB/88, dado que desrespeita este requisito formal imposto no inciso LXI para a previsão de prisão disciplinar por transgressão militar. Assim diz a ementa do acórdão<sup>41</sup>:

2. As sanções de detenção e prisão disciplinares, por restringirem o direito de locomoção do militar, somente podem ser validamente definidas através de lei stricto sensu (CF, art. 5º, LXI), consistindo a adoção da reserva legal em uma garantia para o castrense, na medida que impede o abuso e o arbítrio da Administração Pública na imposição de tais reprimendas. 3. Ao possibilitar a definição dos casos de prisão e detenção disciplinares por transgressão militar através de decreto regulamentar a ser expedido pelo Chefe do Poder Executivo, o art. 47 da Lei nº 6.880/80 restou revogado pelo novo ordenamento constitucional, pois que incompatível com o disposto no art. 5º, LXI. Consequentemente, o fato de o Presidente da República ter promulgado o Decreto nº 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército) com fundamento em norma legal não-recepcionada pela Carta Cidadã viciou o plano da validade de toda e qualquer disposição regulamentar contida no mesmo pertinente à aplicação das referidas penalidades, notadamente os incisos IV e V de seu art. 24. Inocorrência de repristinação dos preceitos do Decreto nº 90.604/84 (ADCT, art. 25). (*grifos acrescentados*)

A decisão é objeto do Recurso Extraordinário 603.116/RS, interposto pela União, que aguarda julgamento<sup>42</sup>. O Ministro Dias Toffoli, na condição de relator, reputou a questão como de repercussão geral, sendo seu posicionamento aceito por maioria do Tribunal.

Nesse mesmo caso, o parecer da Procuradoria Geral da União<sup>43</sup> entende que o instituto da prisão disciplinar foi recepcionado pela CRFB/88, já que também é previsto e regulado pelo Decreto 90.608/84. A PGR considera que este

---

<sup>41</sup> TRF4/Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 2004.71.02.004167-4/RS. Relator: Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz. Julgado em 09 de agosto de 2006.

<sup>42</sup> Consulta realizada em 01/8/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=603116&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

<sup>43</sup> Consulta realizada em 02/08/2016. Disponível em [http://www.mpf.mp.br/pgp/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-10-de-13-08-2015/docs/RE%20603116%20-%20sancao%20disciplinar%20militar-%20decreto%20inconstitucional%20-%20FRS%20-CD\\_1.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgp/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-10-de-13-08-2015/docs/RE%20603116%20-%20sancao%20disciplinar%20militar-%20decreto%20inconstitucional%20-%20FRS%20-CD_1.pdf)

decreto foi recepcionado pela Carta Cidadã, já que estava de acordo com a Constituição de 1967/1969 quando editado, pois esta não exigia lei formal para disciplinar tal matéria. Assim, não desrespeitou a ordem constitucional vigente à época de sua edição e foi recepcionado pela CRFB/88 com força de lei.

Não se deve entender esta interpretação como a mais acertada. No entanto, mesmo que aceita a tese da PGR de que o dispositivo é constitucional, é necessário levar em conta a convencionalidade do instituto. Como vimos anteriormente, deve ser feito um duplo controle das normas, o que não ocorre no referido parecer. No presente exemplo, é imperativo que seja feito o controle difuso de convencionalidade, sempre respeitando os princípios *pro persona* e da vedação ao retrocesso.

Nesse aspecto, a Opinião Consultiva nº 6/1986, da Corte IDH é categórica, ao interpretar o significado da palavra 'leis' no artigo 30 da CADH. Tal artigo dispõe:

Artigo 30 - Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

A Corte entendeu que para restringir um direito garantido pelo Pacto de San José da Costa Rica, como ocorre no caso do instituto aqui discutido, é imprescindível a edição de norma jurídica de caráter geral, de acordo com o bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas constituições dos Estados partes para a formação de leis.

Assim como a CRFB/88 prevê uma reserva de lei no art. 5º, inciso LXI, para restrição de um direito, a CADH o faz no seu artigo 30, como bem interpreta a Corte IDH ao citar o princípio da legalidade, o qual garante que os direitos fundamentais só podem ser restringidos por lei, enquanto expressão legítima da vontade da nação<sup>44</sup>. Na referida OC, diz-se que na proteção dos direitos humanos está necessariamente compreendida a noção de restrição ao exercício do poder estatal. Os atos estatais que afetem os direitos humanos não podem recair ao arbítrio do poder público, por isso a necessidade de que as limitações sejam

---

<sup>44</sup> Corte IDH - Opinião Consultiva nº 6, parágrafo 23.

estabelecidas por uma lei adotada pelo Poder Legislativo, de acordo com o estabelecido na Constituição<sup>45</sup>.

Além disso, a Corte entende que o princípio da legalidade está vinculado ao princípio da legitimidade, que inclui a eleição popular dos órgãos que editam as normas jurídicas, respeitando a participação de minorias e o bem comum. A OC prevê que, pela leitura do art. 30 e outros arts. da CADH, autoriza-se a imposição de limitações e restrições a determinados direitos e liberdades, desde que: 1) se trate de restrição expressamente autorizada pela CADH, 2) tenha fins legítimos, ou seja, que obedeça a razões de interesse geral e não se afastem do propósito para qual foi estabelecido (critério teleológico), 3) que as restrições estejam dispostas por lei e sejam aplicadas em conformidade com elas<sup>46</sup>. Portanto, no art. 30, a expressão 'leis' não significa qualquer norma jurídica.

Dessa maneira, é certo que o referido decreto não passa pelo controle de convencionalidade, dado que, de acordo com o entendimento da Corte IDH, o artigo 30 da CADH exige que um direito seja restringido apenas por lei formal, aprovada pelo Poder Legislativo, e nunca por um instrumento legal como um decreto. Ainda que se entenda que o decreto foi recepcionado pela CRFB/88, trata-se de caso de aplicação do princípio *pro persona*, também chamado de princípio *pro homine*.

Este princípio “pode ser definido como o mecanismo interpretativo através do qual se busca sempre conferir maior proteção ao ser humano”<sup>47</sup>. Este postulado é fundamental para garantir o efeito útil e a regular aplicação das normas convencionais. Diante de um conflito de normas, será aplicada aquela que for mais favorável ao ser humano, quer nacional ou internacional, e independente do seu status hierárquico. Logo, o princípio *pro homine* permite certa quebra da ideia de hierarquia, pois, mesmo que se considere um dispositivo convencional como hierarquicamente inferior à norma em colisão, aplica-se a norma mais benéfica a pessoa<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Corte IDH - Opinião Consultiva n° 6, parágrafo 20-23.

<sup>46</sup> Corte IDH - Opinião Consultiva n° 6, parágrafo 18.

<sup>47</sup> SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. Op. cit., p. 86

<sup>48</sup> Nota-se que muitos autores dão significados variados a este princípio, ou o dividem em diferentes postulados. Para fins deste trabalho, este será o sentido escolhido.

No âmbito da Corte IDH, o juiz Rodolfo E. Piza Escalante, em opinião separada na Opinião Consultiva nº 7<sup>49</sup>, define de forma brilhante a aplicação deste princípio:

*[...] En este aspecto, me parece que el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental – principio pro homine del Derecho de los Derechos Humanos –, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción, (...) (grifos acrescentados).*

Dessa maneira, deve ser ampliado o sentido da norma quando se trata de reconhecer direitos protegidos, enquanto no caso de restringir o exercício e o gozo de um direito deverá ser usada uma interpretação mais restritiva. Esta interpretação é encontrada em diversas decisões judiciais, como neste HC julgado pelo STF, sobre a legalidade da prisão do depositário infiel:

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

- O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

- Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

A decisão acima cita corretamente o artigo 29 da CADH, que dispõe:

Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

---

<sup>49</sup> Corte IDH. Opinião Consultiva nº 7. Série A, no. 7. Concedida em 29 de agosto de 1986, sobre a exigibilidade do direito de retificação ou resposta (artigos 14, 1.1 e 2, da CADH).

- a) permitir a qualquer dos Estados partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; (...)

Deve ser citado também o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que prevê: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Portanto, o princípio *pro homine* é fundamental para o regular cumprimento do direito internacional. Neste caso, sua aplicação é imperativa para assegurar o efeito útil do Pacto de San José.

Assim, mesmo que entendido como constitucional o referido decreto<sup>50</sup>, faz-se necessária a regulamentação por lei formal da prisão disciplinar, com base no artigo 30 da CADH, já que se trata de restrição a direito consagrado no artigo 7 da Convenção (direito a liberdade pessoal). Ademais, como indica a própria jurisprudência do STF, aplica-se a regra mais benéfica à pessoa, que, neste caso, é a de exigência de reserva legal para restringir o direito à liberdade pessoal.

Por fim, mesmo que não aceita a tese supra, nota-se que o STF já reconheceu a supralegalidade dos tratados de direitos humanos, com base no artigo 5º, §2º, da Constituição. Portanto, a CADH goza de status supralegal, logo, é hierarquicamente superior aos referidos decretos que regulam a prisão disciplinar. Assim, paralisa sua vigência, restando inaplicável a prisão disciplinar por transgressão militar, dada a ausência de regulamentação legal satisfatória aos crivos constitucional e convencional.

### **3.2.2.2 O direito de *habeas corpus* da pessoa presa por transgressão militar e a observância do artigo 7 da CADH**

O art. 142, § 2º, da Constituição, dispõe: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”. Assim, uma pessoa pode ficar presa por até 30 dias e não ter direito a remédio legal. Este dispositivo está flagrantemente em desacordo com a CADH, especialmente com seu artigo 7.6, que prevê o direito a *habeas corpus* e dispõe:

---

<sup>50</sup> Nota-se que há outros decretos do Executivo que regulam a prisão disciplinar por transgressão militar, de acordo com as competências constitucionais de cada ente público. É o caso, por exemplo, dos decretos nos quais os Governadores dos estados da federação instituem os regulamentos para a punição de transgressões militares dos policiais militares.

Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

Deve ser levado em conta também o artigo 25.1, que prevê a instituição processual de amparo, entendida como procedimento judicial breve e simples, que tem por objeto a tutela de direitos. Se examinados conjuntamente, pode se dizer que o amparo é gênero e o habeas corpus é um de seus aspectos específicos. Esse foi o entendimento concedido pela Corte Interamericana na Opinião Consultiva n° 8<sup>51</sup>, na qual se entendeu que o *writ* é uma das garantias judiciais indispensáveis previstas no artigo 27.2, que não podem ser suspensas nem mesmo em estado de exceção. Independente da gravidade da emergência, o direito ao habeas corpus não pode ser afastado.

Na mesma OC, entende-se que, se examinados conjuntamente, pode se dizer que o amparo (art. 25.1) é gênero e o habeas corpus é um de seus aspectos específicos. A Corte entende que o habeas corpus deve verificar judicialmente a legalidade da privação de liberdade e o detento deve ser levado diante ao juiz ou tribunal competente para tal. Dessa maneira, é um meio para controlar respeito à vida e integridade física da pessoa presa, observando que torturas e desaparecimentos são realidades comuns em nosso hemisfério, e não deve ser suspenso nem mesmo em situação de emergência.

Ademais, a jurisprudência pacífica e reiterada da Corte é de que toda pessoa tem direito a um recurso rápido e simples, ou qualquer outro recurso efetivo diante de juiz ou tribunal competente para ampará-la contra atos que violem seus direitos fundamentais

*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 [...]. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo*

---

<sup>51</sup> Corte IDH. Opinião Consultiva n° 8, concedida em 30 de janeiro de 1987. Serie A, no. 8. Parágrafos 32-35. Solicitada pela CIDH. Tema: A possibilidade de suspensão do direito de *habeas corpus* no estado de exceção (arts. 27.2, 25.2 e 7.6)

*1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes*<sup>52</sup>.

Portanto, o referido dispositivo constitucional é claramente inconveniente, pois suspende um direito que é considerado pela Corte IDH como garantia judicial indispensável, imprescindível até mesmo no estado de exceção. Mais uma vez, é necessário utilizar aqui o princípio *pro homine*.

A interpretação do STF é de que, no caso de punição disciplinar, o HC é cabível para analisar apenas os pressupostos de legalidade do ato que determina a prisão. Vê-se nesse julgado<sup>53</sup>:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. Não há que se falar em violação ao art. 142, 2º, da CF, se a concessão de habeas corpus, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito. Concessão de ordem que se pautou pela apreciação dos aspectos fáticos da medida punitiva militar, invadindo seu mérito. A punição disciplinar militar atendeu aos pressupostos de legalidade, quais sejam, a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente, tornando, portanto, incabível a apreciação do habeas corpus. Recurso conhecido e provido.

Deve ser ressaltado que, para que sejam cumpridas as disposições da CADH, não basta que o recurso apenas esteja previsto no ordenamento interno ou que seja formalmente admissível, mas se requer que seja realmente idôneo para estabelecer se ocorreu violação aos direitos humanos e prover o remédio necessário<sup>54</sup>. O entendimento do STF é de que a análise do mérito cabe apenas à autoridade militar. Diante desse cenário, resta dúvida sobre a convencionalidade do próprio instituto da prisão disciplinar por transgressão militar.

Cita-se, na OC nº 8, caso julgado por tribunal doméstico da Argentina, em 1977, no qual se entendeu que não se pode admitir a tese de que só Presidente da

---

<sup>52</sup> Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Peru. Sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C, no. 69. Par.163. Entendimento reiterado em: Caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, par. 101; Caso Castillo Petruzzi y otros, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, par. 184; Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, par. 164; Caso Blake, Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, par. 102; Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, par. 82-83 e Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, par. 65.

<sup>53</sup> STF. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 338.840/RS. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 19/8/2003

<sup>54</sup> Caso Cantoral Benavides, supra nota 51, par. 164.

República pode avaliar a situação de pessoas presas, e que esses casos não podem ficar desprovidos de controle judicial<sup>55</sup>.

No caso Castillo Petruzzi<sup>56</sup>, a Corte entendeu que dispositivo da legislação peruana viola a CADH ao permitir que pessoa seja presa por até trinta dias, sem que autoridade judicial conheça do caso, pela prática do delito de traição à pátria:

*La Corte estima, en cuanto a la alegada violación por parte del Estado del artículo 7.5 de la Convención, que la legislación peruana, de acuerdo con la cual una persona presuntamente implicada en el delito de traición a la patria puede ser mantenida en detención preventiva por un plazo de 15 días, prorrogable por un período igual, sin ser puesta a disposición de autoridad judicial, contradice lo dispuesto por la Convención en el sentido de que “[t]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales [...]”.*

Esse caso é citado pelo professor Cançado Trindade quando ele tece comentários sobre a importância de um remédio doméstico efetivo. Sobre o tema, o eminente jurista afirma<sup>57</sup>:

*Article 8 of the Universal Declaration, and the corresponding provisions in human rights treaties in force, establish the duty of the State to provide adequate and effective domestic remedies; such duty constitutes – as I have always maintained – in effect a basic pillar not only of the mechanisms of protection of those treaties, but of the rule of law itself in a democratic society, and its correct application is to the effect of improving administration of justice (material and not only formal) at national level.*

Ademais, afirma que a CADH determina a observância de garantias jurídico-processuais previstas em seu artigo 8, que abrangem os requisitos procedimentais a serem observados para que todas as pessoas possam se defender adequadamente de atos emanados do poder estatal que possam afetar seus direitos<sup>58</sup>.

Dessa maneira, é certo que o artigo 142, §2º é flagrantemente inconveniente, visto que impede o exercício do direito de habeas corpus, consagrado no artigo 7.6 e no artigo 25.1, ambos da CADH.

### **3.2.3. Considerações finais sobre a prisão disciplinar por transgressão militar**

---

<sup>55</sup> OC n° 8/87, supra nota 50, parágrafo 41.

<sup>56</sup> Caso Castillo Petruzzi. Supra nota 28. Parágrafo 110.

<sup>57</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **The access of individuals to international justice**. Oxford: Oxford University Press, 2011. pág. 54

<sup>58</sup> Ibid., p. 62

Ao analisar as decisões da Corte IDH, pode ser dito que ainda não há base jurisprudencial suficiente para dizer que a determinação da prisão por ato administrativo seja, por si só, contrária ao Pacto de San José. Por outro lado, é importante pontuar que a prisão disciplinar pode ser usada, em alguns casos dentro da esfera militar, para restringir direitos garantidos na Constituição da República e na CADH.

Isso ocorreu no caso do soldado da Polícia Militar do Rio Grande do Norte João Maria Figueiredo da Silva, que publicou o seguinte comentário crítico à Polícia Militar nas redes sociais:

Esse estado policialesco não serve nem ao povo e muito menos aos policiais que também compõe uma parcela significativa de vítimas do atual contrato social brasileiro. Temos uma Polícia que se assemelha a jagunços, reflexo de uma sociedade hipócrita, imbecil e desonesta!

O soldado Figueiredo foi punido com prisão disciplinar de 15 (quinze) dias por ter publicado esse comentário em uma página do Facebook<sup>59</sup>. O caso ganhou certa repercussão na mídia nacional, dado o descabimento da punição aplicada. Uma decisão judicial subsequente, em sede de *habeas corpus*, suspendeu o cumprimento da punição de Figueiredo, até que fosse avaliado o mérito da questão<sup>60</sup>. Cabe observar que, como vimos anteriormente, o *writ* não é plenamente efetivo nesses casos de prisão disciplinar, de acordo com a interpretação do STF reproduzida por muitos dos juízes brasileiros.

O caso em tela se trata de flagrante violação ao direito de liberdade de expressão, garantido pela CRFB/88 e pela CADH<sup>61</sup>. A jurisprudência pacífica da Corte IDH determina que a expressão e a difusão do pensamento são indivisíveis, e, para que o direito à liberdade de pensamento e expressão seja realmente efetivo, o Estado não pode limitar indevidamente o direito de difundir ideias e opiniões<sup>62</sup>.

Nota-se que o objetivo desse trabalho não é esgotar o tema da proteção da liberdade de expressão, que não é considerado como um direito absoluto pela

---

<sup>59</sup> Mais informações sobre o caso em: <http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2016/09/comandante-manda-prender-pm-que-usou-rede-social-para-criticar-policia.html>

<sup>60</sup> Mais informações em: <http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2016/10/habeas-corpus-impede-prisao-de-pm-do-rn-que-criticou-modelo-de-policia.html>

<sup>61</sup> Está garantido no artigo 5º, incisos IV e VIII, da CRFB/88; e no artigo 13, da CADH.

<sup>62</sup> Caso Palamara Iribarne. Supra citado. Parágrafo 72

jurisprudência da Corte IDH<sup>63</sup>. No entanto, o caso do soldado Figueiredo é suficiente para demonstrar que a existência desse instituto deve ser revista, e devem ser tomadas as medidas necessárias para que a prisão disciplinar por transgressão militar não seja usada dentro da esfera castrense como um instrumento para violações de direitos humanos, que não podem ocorrer em um Estado Democrático de Direito.

#### 4 CONCLUSÃO

Neste trabalho, não se pretendeu analisar toda a jurisprudência da Corte IDH sobre a jurisdição militar, já que o tema é muito extenso, e podem se aferir vários padrões sobre a justiça castrense a partir do Direito Internacional. No entanto, buscou-se ressaltar conceitos básicos, como o caráter restritivo e excepcional da justiça militar e a vedação do julgamento de civis por foro militar, sendo que este deve ser abolido do direito brasileiro.

Conclui-se que há inconveniências no instituto da prisão disciplinar por transgressão militar. No que tange à necessidade de lei formal para regulamentar esta modalidade de prisão, nota-se que o direito militar brasileiro não atente este requisito, exigido pela CRFB/88 e pelo artigo 30 da CADH, restando inaplicável o instituto até que lei o regule adequadamente. Ressalta-se que a interpretação adequada desta questão é de que há vício de constitucionalidade e convencionalidade pela falta de lei formal, ao contrário do posicionamento defendido no referido parecer da PGR no RE 603.116/RS.

Ademais, a restrição ao direito de *habeas corpus* também não deve ocorrer no Estado Democrático de Direito, baseado na jurisprudência interamericana. O artigo 142, §2º, da Constituição, deve ser interpretado à luz do princípio *pro homine* e do entendimento pacífico e reiterado da Corte IDH, sendo certo que o direito ao HC é uma garantia judicial indispensável, que não pode ser suspensa nem mesmo em estado de exceção.

Portanto, deve ser feito o controle de convencionalidade do direito militar brasileiro, a fim de garantir que o ordenamento jurídico brasileiro esteja de acordo com a Convenção Americana e cumpra com a obrigação estabelecida pelos seus arts 1 e 2. Leva-se em consideração a jurisprudência da Corte IDH, que

---

<sup>63</sup> Caso Palamara Iribarne. Supra citado. Parágrafo 79

engloba seus casos contenciosos e suas opiniões consultivas, e integra o bloco de convencionalidade.

Nota-se que não se trata aqui de hostilidade à Justiça Militar. Não se advoga aqui pelo seu fim, mas apenas pela preservação de seu caráter restrito e excepcional, e se reconhece a importância das Forças Armadas no Estado contemporâneo. O atual Presidente da Corte IDH, juiz Roberto Caldas, já reforçou esses pontos em debate realizado pela Justiça Militar da União com membros do SIDH<sup>64</sup>, ressaltando que direitos humanos e Justiça Militar não podem ser contrapostos, mas sim complementares.

## 5 REFERÊNCIAS

### **Bibliográficas**

CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo - O Controle de Convencionalidade pela via difusa como forma de otimização e exigibilidade dos direitos humanos (In: **Revista da AGU / Advocacia-Geral da União**. Ano 14, nº 04 – Brasília-DF, out./dez. 2015)

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **The access of individuals to international justice**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional**. – Disponível em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério. **Crimes da ditadura militar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NIKKEN, Pedro. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. - Disponível em : <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3<sup>a</sup>. Ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016.

SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. **A harmonização entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro no sistema interamericano de proteção**. 2013. Monografia de conclusão de curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

### **Legal e Jurisprudencial**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

---

<sup>64</sup> Publicado por Empresa Brasil de Comunicação, em 09/02/2015. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/02/justica-militar-e-corte-interamericana-discutem-direitos-humanos-na-ditadura>

BRASIL. Decreto nº 4,463, de 8 de novembro de 2002.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, artigo 1º. (Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979)

Petição inicial da ADPF 289, P. 3. A ação ainda aguarda julgamento (verificado em 08/8/16). Disponível em: [http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2014/02/uerjdireitos\\_competencia-da-justica-militar-para-julgamento-de-civis-adpf-289131.pdf](http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2014/02/uerjdireitos_competencia-da-justica-militar-para-julgamento-de-civis-adpf-289131.pdf)

STF. HC 106.171/AM, Rel. Min. Celso de Mello  
\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 338.840/RS. 2ª Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 19/8/2003

\_\_\_\_\_. HC nº 124.858/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 31/8/15

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário 603.116/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli.

Consulta realizada em 01/8/2016. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=603116&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

Parecer da Procuradoria Geral da República no Recurso Extraordinário

603.116/RS. Consulta realizada em 02/08/2016. Disponível em

[http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-10-de-13-08-2015/docs/RE%20603116%20-%20sancao%20disciplinar%20militar-%20decreto%20inconstitucional%20-%20FRS%20-CD\\_1.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-10-de-13-08-2015/docs/RE%20603116%20-%20sancao%20disciplinar%20militar-%20decreto%20inconstitucional%20-%20FRS%20-CD_1.pdf)

Parecer da Procuradoria Geral da República na ADPF 320/DF Parecer de 28 de agosto de 2014 - pág. 30-31. Consulta realizada em 06 de agosto de 2016. A ação aguarda julgamento (verificado em 08/8/16). Disponível em:

[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1747\\_texto\\_5102145.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1747_texto_5102145.pdf)

TRF 2ª Região – Recurso de Habeas Corpus 172/RJ (Proc.

Originário: 2003.51.09.001161-1). Desembargador Relator: Paulo Espírito Santo. Julgado em 13 de outubro de 2004.

TRF 4ª Região – Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 2004.71.02.004167-4/RS. Relator: Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz. Julgado em 09 de agosto de 2006.

Corte IDH. Opinião Consultiva nº 6. Serie A, no 6. Concedida em 9 de maio de 1986.

Corte IDH. Opinião Consultiva nº 7. Série A, no. 7. Concedida em 29 de agosto de 1986, sobre a exigibilidade do direito de retificação ou resposta (artigos 14, 1.1 e 2, da CADH).

Corte IDH. Opinião Consultiva nº 8. Serie A, no. 8. Concedida em 30 de janeiro de 1987. Parágrafos 32-35. Solicitada pela CIDH. Tema: A possibilidade de suspensão do direito de *habeas corpus* no estado de exceção (arts. 27.2, 25.2 e 7.6)

Corte IDH. Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C. no. 52.

Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Peru. Sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C, no. 69

Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, reparaciones y costas). Serie C, no. 135.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C no. 101.

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, série C no. 149, Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas)

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf), acesso em 4/10/2013.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados Del Congreso (Aguado Alfaro Y Otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

Corte IDH. Caso Arguelles y otros vs. Argentina. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, no. 288.



## **ENTREVISTAS**

Esta seção é composta por entrevistas concedidas à Revista de Direito Cosmopolita por estudiosos de vanguarda do Direito Internacional e Cosmopolita.

O material também pode ser conferido em vídeo, no endereço apontado junto à transcrição da entrevista.



## EXTENSÃO E LIMITES DA JURISDIÇÃO NACIONAL: ENTREVISTA COM A PROFESSORA CARMEN TIBURCIO

Carmen Tiburcio<sup>1</sup>  
Siddharta Legale<sup>2</sup>

O vídeo está disponível em: <https://www.youtube.com/debatesvirtuaisuff>



**Prof. Siddharta Legale<sup>3</sup>:** Bom, estamos aqui hoje para falar um pouquinho sobre competência internacional, sobre imunidade de jurisdição, e outros temas associados à extensão da jurisdição internacional com a Prof<sup>a</sup>. Carmen Tiburcio, a quem eu queria agradecer por participar. É uma professora muito querida, que nós desde a primeira edição já estávamos querendo trazer aqui. Já entrevistamos o Prof. Barroso, Prof. Calmon, parceiros queridos dela, e até brincamos que deveríamos transformar o canal num estúdio de homenagens à professora Carmen Tiburcio! (risos). Então eu queria, assim, de verdade, agradecê-la muito por ter vindo trocar essa ideia com a gente, levar esse conteúdo para os alunos de Governador Valadares, do Rio, da UERJ, da Unicarioca, e começar com uma pergunta que sempre fazemos, que é para contar um pouquinho de sua trajetória acadêmica, como você saiu de aluna da UERJ até professora titular, professora da pós-graduação em direito internacional, coordenadora. Num momento em que a UERJ está comemorando seus 80 anos, acho que é bem interessante ouvirmos um pouco dessa trajetória.

**Prof<sup>a</sup>. Carmen Tiburcio:** Bom, antes de mais nada, Siddharta, gostaria de agradecer o convite tão gentil, tão carinhoso para que eu estivesse aqui presente, nessa iniciativa que acho tão relevante, que é uma iniciativa de divulgar informações. Acho que qualquer iniciativa nesse sentido, para tornar a

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela University of Virginia. Professora Titular de Direito Internacional Privado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Assistente da Universidade Federal de Juiz de Fora, *campus* de Governador Valadares. Coordenador do canal Debates Virtuais (< <https://www.youtube.com/channel/UChpZM6wq37FdUEMiitz2dOQ> >).

<sup>3</sup> A transcrição foi realizada por Mateus Pedrosa – acadêmico e monitor de direito constitucional da UFJF no *Campus* de Governador Valadares.

informação acessível, é uma iniciativa que deve ser louvada. Então, agradeço o convite e cumprimento todos aqueles que participam dessa iniciativa. E respondendo a sua pergunta, é uma história longa. Eu entrei na UERJ em 1977, como aluna. O interessante é que, na época, eu não tinha bem certeza de que o direito era meu caminho. Eu gostava da ideia das culturas diferentes, diferentes países, tanto que eu considerei fazer faculdade de turismo, letras... Eu, na época, estudava alemão, inglês, francês, espanhol, italiano, eu gostava dessa ideia do mundo, da diversidade cultural. E aí eu comecei a faculdade de direito, em 1977, e logo de início é um choque, porque é muito abstrato, o conteúdo programático é muito abstrato. Então, eu cheguei até a considerar deixar a faculdade, mas, depois, eu engrenei. É, custei a achar meu caminho dentro do direito. Eu até agradeço a pergunta, e isso é um ponto importante que eu até queria, aqui, destacar, que nós nunca chegamos a lugar nenhum sem ajuda, e eu tive muita ajuda. A primeira foi do Prof. Simão Isaac Benjó, que foi meu professor de Civil, e eu conversei muito com ele – foi um professor muito próximo dos alunos. Eu conversei com ele quando eu comecei a ter aulas de Direito Internacional Privado. Eu senti que aquele era o meu caminho, que eu realmente, ali tinha encontrado tudo aquilo que eu procurava, a ideia da diversidade, de culturas, de outros países... E eu queria me aproximar do professor Jacob Dolinger e aí eu estava um pouco constrangida. Então, a minha primeira ajuda foi do Prof. Simão Isaac Benjó, que fez esse contato inicial. Depois eu procurei o Prof. Jacob, ele foi extremamente gentil e acessível, me permitiu que eu examinasse material de trabalho dele, casos que ele tinha trabalhado, e foi assim que começou meu amor pelo Direito Internacional Privado. E aí, inclusive, eu até, aqui, trago uma figura que é muito cara ao professor Jacob, que eu acho que exemplifica bem o porquê o Direito Internacional Privado é tão importante para mim. O prof. Jacob sempre gosta de lembrar outro professor famoso, que vive na Argentina, que vivia na Argentina, o Prof. Werner Goldschmidt, que, no seu livro “Derecho Internacional Privado: Derecho de la Tolerancia”, então, a grande característica do Direito Internacional Privado é a tolerância, a tolerância com o diferente, com o estrangeiro, com uma lei estrangeira, diferente da nossa, então esse é que é, essa é a grande característica do Direito Internacional Privado e eu acho que é seu grande atrativo. Então, eu comecei no Direito Internacional Privado, comecei um mestrado aqui no Brasil, comecei por pouco tempo, até junto com o Luís Roberto,

um mestrado nacional na UFRJ, e cursamos só um semestre. Depois, eu comecei, também, um outro mestrado na PUC, que eu também não terminei porque eu fui para os Estados Unidos.

**SL:** Para a Virgínia, não é?

**CT:** É, para a Virgínia.

**SL:** E você chegou a publicar até um trabalho sobre direitos humanos dos estrangeiros bem legal...

**CT:** Isso. Então, eu lá fiz mestrado e doutorado, e justamente o tema do meu mestrado foi Direito do Comércio, Direito das Relações Comerciais Internacionais, e no doutorado foi o tema dos direitos humanos do estrangeiro. Depois voltei aqui para o Brasil, e comecei a trabalhar com o Luís Roberto, trabalhamos em vários casos juntos, e durante muitos anos foi uma parceria muito profícua, porque nós somos amigos e, também, conseguimos desenvolver um bom trabalho juntos e recentemente eu fiz o concurso para titularidade. Foi um concurso bastante sofrido, não é? Sempre é, um concurso de titularidade, muito estudo, muita apreensão, principalmente para quem já é professor, porque nós nunca sabemos e temos aquela responsabilidade “não posso dar vexame perante os meus alunos, os meus colegas” (risos). Então me lembro que foi uma época de muita angústia, mas que...

**SL:** O tema foi sobre os limites e a extensão da jurisdição nacional.

**CT:** Isso. O tema, é...

**SL:** E que vai ser publicado daqui a pouco, não é?

**CT:** Isso. Já a partir de um certo período – eu diria até 1997 – quando começou o programa de pós-graduação *stricto sensu* na UERJ, eu comecei a dar aulas de Direito Processual Internacional. E, desde então, esse tem sido o meu tema central de pesquisas. O Processo Internacional, um dos grandes objetos de estudo

do Direito Internacional Privado. E o tema da minha tese de titularidade foi exatamente esse, a extensão e limites da jurisdição nacional.

**SL:** Bom, já que você estava falando um pouquinho da sua tese de titularidade, eu queria ouvir um pouco mais também sobre outras obras que foram desenvolvidas muito em parceria, porque ninguém é bom sozinho, ninguém é bom o tempo inteiro, como diz Luís Roberto (risos). Tem uma parceria importante com o Prof. Jacob, com o Prof. Barroso, numa obra de Direito Constitucional e Internacional, Prof. Calmon que, inclusive, objeto do Grupo de Estudos lá na UERJ...

**CT:** Que você participou! (Risos).

**SL:** Sim, eu participei, lá na Justiça Federal, foi um prazer enorme, enfim, você foi minha professora na pós-graduação. E fui seu estagiário também... É sempre um prazer estar com você. Quais as afinidades, assim, qual a importância dessas parcerias nesse caminho?

**CT:** Bom, até aproveitando a sua primeira fala, eu acho que essa é uma importante característica da vida acadêmica, que eu acho que a vida acadêmica não pode ser solitária. E eu acho que tudo aquilo que se produz em parceria, a quatro mãos, a seis mãos, sem dúvida, é um trabalho melhor do que um trabalho isolado, solitário. Então, eu – isso é uma coisa que eu acho que até me orgulho – tive várias parcerias ao longo da minha vida acadêmica. Sem dúvida, tudo começou com o Prof. Jacob. Tivemos já há algum tempo alguns livros juntos, livros de compilações de legislação, depois um livro sobre arbitragem comercial internacional e, mais recentemente, esse ano, acabou de ser lançado o livro “Direito Internacional Privado”, a 12ª edição da obra “Direito Internacional Privado” que inclui, também, processo internacional, e eu passo a ser coautora desse livro também. Está para ser lançado um livro no exterior pela Editora Kluwer, “Private International Law in Brazil”, também em coautoria com ele. Trabalhos que eu publiquei com o Luís Roberto, o livro “Direito Internacional e Constitucional”, e tivemos outros artigos que escrevemos em conjunto anteriormente. Nós temos essa amizade, que tudo começou com uma amizade e

depois se tornou uma parceria profissional e também uma parceria acadêmica. Com o Guilherme Calmon também, nos últimos anos desenvolvemos uma parceria muito interessante, muito profícua. Estamos estudando assuntos de Direito de Família Internacional, então estudamos o tema da Convenção de Haia sobre sequestro, o tema da Convenção da ONU de Alimentos. E é uma parceria também muito boa. Eu destaco também a parceria com a Prof<sup>a</sup>. Marilda Rosado, que é uma amiga, ministra aulas de Direito Internacional Privado, temos projeto em conjunto, participei de livros organizados por ela, ela participou de livros organizados por mim. Parceria com o Prof. Rafael Vasconcelos, que é um professor que recentemente entrou na UERJ, com o projeto do “Panorama of Brazilian Law”, que era um sonho antigo do Prof. Jacob que foi desenvolvido pelo Rafael e pelo Bruno Almeida, de quem sentimos muita falta. Também quero destacar a parceria com o Daniel Gruenbaum, com Isabela Miranda, com Bernardo na competição de arbitragem do VISMOOT. E agora recentemente com o Felipe Albuquerque, com quem eu trabalho, que é doutorando lá da UERJ, estamos com alguns trabalhos em parceria, e ele está começando a colaborar com os livros que eu e o Prof. Jacob estamos publicando em coautoria. Então você vê que tudo é uma maneira de...

**SL:** É uma rede, não é?

**CT:** Exatamente!

**SL:** E dessas parcerias especificamente, eu queria ouvir um pouco mais sobre a obra “Direito Constitucional Internacional”. Eu acho bastante interessante porque começa a introduzir uma certa sinergia entre as áreas, que chamamos muito de temas sobrepostos. Mas acho que ali quando você trabalha com os princípios do Direito Internacional, cooperação internacional, imunidade, jurisdição – que inclusive foi tema da sua tese – você vê já, exatamente, esse entrelaçamento maior entre as áreas. Eu queria te ouvir falar um pouquinho mais disso, sobre como você enxerga esse processo.

**CT:** Bom, sem dúvida, eu acho que a disciplina que tem mais afinidade com o Direito Internacional Privado é o Direito Internacional Público. Tanto que há até

alguns autores que pretendem abandonar essas denominações, Direito Internacional Privado e Público, e passam a chamar Direito Internacional, que compreenderia as duas disciplinas. Eu não partilho dessa visão, mas é só para dizer que, sem dúvida, essas são disciplinas irmãs. Mas, logo em seguida, a disciplina que mais tem afinidade com o Direito Internacional Privado é o Direito Constitucional. Há vários temas comuns, por exemplo, o tema de direitos humanos é um tema que nasceu no Direito Internacional, mas indubitavelmente também é um tema do Direito Constitucional. O tema da nacionalidade que é um tema importante para o Direito Internacional Privado, sob a ótica do Direito Internacional, porque a nacionalidade tem duas vertentes, não é? É a nacionalidade voltada para fora e a nacionalidade voltada para dentro, que é o conceito de cidadania. Então é um tema que o Direito Internacional divide com o Direito Constitucional. O tema da condição jurídica do estrangeiro, que também é um tema tratado em nossa Constituição. Desde a Constituição Imperial de 1824, nós tivemos dispositivos. E tivemos inclusive um grande debate, no qual até Rui Barbosa se envolveu, e Pedro Lessa: a discussão se o estrangeiro residente poderia ou não ser expulso, que é um tema de Direito Internacional Privado e de Direito Constitucional. O tema da imunidade de jurisdição, que é um tema afeto à ideia de soberania. O tema da cooperação: a nossa Constituição traz dispositivos sobre extradição, sobre homologação de sentença, sobre rogatória. O tema do conflito entre fontes: se há um conflito entre um Tratado firmado pelo Brasil e a Constituição ou a legislação ordinária, qual deve prevalecer? Então são temas comuns a ambas as disciplinas e só ganhamos com essa interação de pessoas com formações diferentes.

**SL:** E eu acho interessante, assim, a maneira como você trabalha a imunidade no livro, porque ali tem uma visão clássica, apoiada naquela distinção de *ius imperium* e *ius gestionis*, e você vê como recentemente há uma flexibilização dessa imunidade, abrindo exceções para proteger direitos fundamentais também, o direito trabalhista contra uma embaixada. Acho muito interessante como você sistematiza essas exceções e essa flexibilização da imunidade, que tem esse duplo olhar mesmo, tipo, a soberania do ponto de vista do Direito Internacional, algo mais clássico, e do ponto de vista constitucional, a importância de se proteger os direitos humanos nessa interação.

**CT:** Bom, é verdade que eu trato desse tema da imunidade de jurisdição *vs.* acesso à justiça, mas até na minha tese de titularidade eu trago até críticas a esse equilíbrio e às decisões de tribunais que, lamentavelmente, tem dado prevalência à imunidade de jurisdição e não ao direito de acesso à justiça. Há muitas decisões de tribunais internacionais e aí começo com uma decisão não tão recente, que foi até um caso muito famoso, o caso “Al-Adsani”, em que a Corte Europeia – e foi uma votação muito apertada, de nove a oito – entendeu que a imunidade de jurisdição deveria prevalecer sobre o direito de o indivíduo de acessar a jurisdição estatal. No caso, era um indivíduo que possuía dupla nacionalidade, kuaitiano e também tinha a nacionalidade do Reino Unido, e os tribunais ingleses entenderam que a ação contra o Kuwait não poderia ser ajuizada nos tribunais londrinos, ou seja, dando prevalência à imunidade de jurisdição. E depois disso, a Corte Europeia, reiteradamente, tem seguido essa mesma orientação. E recentemente tivemos ainda uma decisão da Corte Internacional de Justiça de Haia num caso que envolveu Alemanha e Itália com intervenção da Grécia, e mais uma vez o tribunal deu prevalência à imunidade de jurisdição. Então, eu acho que ainda temos um longo caminho a percorrer, porque há que se encontrar um equilíbrio entre esses dois importantes princípios e, na minha opinião, isso ainda não foi alcançado.

**SL:** Então, assim, ainda tem a prevalência muito de uma visão clássica da imunidade.

**CT:** Sem dúvida, sem dúvida. A soberania – porque é fundamento da imunidade – acaba prevalecendo sobre o direito do indivíduo de acesso à justiça.

**SL:** Aqui no Brasil, com o novo Código de Processo Civil, algo mudou ou ainda tem essa tendência também?

**CT:** Não. A rigor, o novo Código não tem dispositivos sobre o tema da imunidade da jurisdição. É verdade que o novo Código está muito fundado em princípios, na ideia de efetividade, então pode ser que esses princípios venham a prevalecer e,

eventualmente, uma alteração da nossa jurisprudência venha a se manifestar, porque também em nosso Judiciário nós temos decisões que, na minha opinião, são também decisões que reproduzem essa visão tradicional da prevalência do Estado, da soberania, e não a prevalência do indivíduo.

**SL:** O caso Jango, por exemplo.

**CT:** Sim, exatamente, o caso Jango. E também um caso do... que foram até vários casos, na verdade, durante a Segunda Guerra Mundial, um submarino, aqui em Cabo Frio, um barco pesqueiro foi afundado por um submarino alemão, e existiu toda uma discussão, vários casos foram submetidos à Justiça Federal, visando a uma indenização, e a Justiça Federal reiteradamente entendeu que era hipótese de imunidade. Também o caso Jango, o mesmo fundamento. O interessante é que o caso Jango é um exemplo ainda melhor dessa visão tradicional, porque os modernos diplomas internacionais sobre imunidade de jurisdição sempre trazem essa exceção, ou seja, não se pode alegar imunidade de jurisdição nas hipóteses de ilícito ocorrido no foro, do qual tenha resultado morte ou dano material, o que era, sem dúvida, a hipótese, e o nosso Judiciário deu prevalência ao princípio da imunidade de jurisdição, entendendo que era hipótese de ato *ius imperi*, e por isso a hipótese não poderia prosseguir, porque os Estados Unidos não haviam se submetido à jurisdição brasileira.

**SL:** Entendi. Inclusive, assim, no novo Código, houve algumas novidades, também em matéria de extensão da jurisdição nacional. Cobrança de alimentos, por exemplo, foi uma novidade que, inclusive, se trabalha no grupo de estudos, enfim, o seu Grupo de Pesquisa lá da UERJ, junto com o Prof. Calmon. Você podia contar para nós que novidade é essa?

**CT:** Bom, o novo Código de Processo Civil traz algumas novidades em matéria de exercício da jurisdição nacional. Há algumas novidades que são muito relevantes, como por exemplo essa que você mencionou, a questão dos alimentos como hipótese de competência concorrente; a residência do credor de alimentos, quando o credor de alimentos está domiciliado ou residente no Brasil, ou quando o devedor tem aqui no Brasil bens que possam responder pela sua dívida. Então,

é uma hipótese que visa a facilitar o acesso à justiça da parte mais fraca da relação jurídica, que é justamente o credor de alimentos. E também dentro dessa ótica – de favorecer a parte mais fraca – uma outra hipótese também prevista no art. 22 do novo Código de Processo Civil, que é a hipótese da propositura da demanda no Brasil, da jurisdição brasileira, quando o consumidor tem residência ou domicílio no Brasil. Então são duas hipóteses que tiveram esse objetivo de facilitar o acesso à justiça da parte mais fraca da relação jurídica. E também a grande novidade do novo Código foi a expressa admissão da eleição de foro, dos efeitos positivos e negativos da eleição de foro no plano internacional. Então, quando as partes, num contrato internacional, elegem o Judiciário brasileiro como competente para conhecer de uma demanda, então o art. 22, III traz essa hipótese como de competência concorrente do nosso Judiciário. E contrariamente, ainda que seja uma hipótese de competência concorrente, quando as partes elegem um Judiciário estrangeiro como competente para decidir aquela causa, o Judiciário brasileiro deverá se abster de julgar a questão, isso está previsto no art. 25 do novo Código. Então, finalmente, essa questão que sempre despertou muita polêmica, e a rigor, já há algum tempo não tem o menor sentido a dificuldade da nossa, de alguns casos da nossa jurisprudência com a eleição de foro, principalmente diante da aprovação, da promulgação da Lei de Arbitragem, porque era uma situação que não fazia sentido! Se as partes, num contrato, haviam se comprometido a submeter o litígio à arbitragem, o Judiciário se abstinha e ainda se abstém de julgar, mas se as partes escolhessem um Judiciário estrangeiro não. Então, porque a arbitragem recebia um peso maior do que um Judiciário estrangeiro?

**SL:** E essa foi uma novidade grande também no Novo Código de valorizar essas formas não judiciais, consensuais, ou, enfim... sei que a arbitragem não é propriamente consensual, mas, a mediação, a conciliação, a arbitragem vem nesse caminho. E como você é uma das maiores especialistas em arbitragem no país, tem livros, enfim, com o Prof. Jacob, eu acho que seria legal comentar um pouco sobre essa novidade não só no Código, mas vocês também trabalham uma minirreforma que teve na Lei de Arbitragem, que introduziu algumas novidades ali, não é isso?

**CT:** Bom, na verdade, a Lei de Arbitragem de 1996 é uma lei que está, na verdade, fazendo 20 anos, é uma lei que trouxe muitas novidades. Então, isso já antecedeu, isso é anterior ao novo Código de Processo Civil, e aqui no Brasil há muitos grupos que fizeram um belo movimento e uma bela campanha em favor da arbitragem. E hoje é interessante que até nos seminários, nos congressos no exterior, se usa o Brasil como exemplo. Como o Brasil, em tão pouco tempo, saiu de uma situação na qual não se utilizava a arbitragem para uma situação em que o Brasil hoje é um país onde mais se utiliza a arbitragem? E mais ainda, é um país até conhecido como um país favorável à arbitragem. Até se usa uma expressão, “*favor arbitratis*”, que o nosso Judiciário é muito favorável à arbitragem. Então isso começou com a promulgação da Lei de Arbitragem, em 1996, teve aquele momento inicial que foi o momento da discussão, sobre a possível inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei de Arbitragem, o que foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, e desde então, sem dúvida, a arbitragem passou a merecer aqui entre nós um enorme desenvolvimento. Até recentemente, no ano passado, em 2015, tivemos uma alteração à Lei de Arbitragem com relação a alguns pontos específicos que ainda despertavam alguma controvérsia. E aqui eu destaco dois, que é a questão da possibilidade da arbitragem envolvendo a Administração Pública, e a arbitragem em matéria societária. Principalmente a arbitragem em matéria de Administração Pública que sempre foi um tema que despertou muita dúvida entre nós. E há uma decisão antiga do Supremo Tribunal Federal – o Caso Lage – que admitiu a arbitragem envolvendo a União, mas naquele caso havia uma lei autorizativa, então a discussão sempre foi no sentido de haver ou não a necessidade de uma lei autorizativa, e por isso, até, algumas leis especificamente admitiram a arbitragem em matéria de concessão, telecomunicações, petróleo, até para sanar essa dúvida. Houve até algumas decisões favoráveis do STJ, admitindo a arbitragem em matéria de administração pública mesmo sem lei autorizativa, até que finalmente essa Lei n. 13.129 de 2015, passou expressamente a admitir a possibilidade da arbitragem envolvendo a Administração Pública. Então, agora é uma questão que já foi superada: tanto a Administração Direta como a Administração Indireta podem se submeter à arbitragem. É verdade que ainda há muitas dúvidas sobre a matéria que a lei não regulamentou, como p. ex., pode se submeter à arbitragem no exterior? Porque aí ainda tem o problema da imunidade de jurisdição. É

verdade que não se fala em imunidade de jurisdição em arbitragem, mas quando se escolhe uma arbitragem com sede no exterior, implicitamente, se está submetendo ao Judiciário da sede da arbitragem, para todas as questões atinentes àquela arbitragem. Então, há ainda alguns temas que precisam ser enfrentados, mas, em resumo, estamos andando para frente em matéria de arbitragem.

**SL:** Então, assim, têm novos estudos vindo por aí a caminho, bastante interessantes.

**CT:** Sem dúvida.

**SL:** E já caminhando um pouco para o final, tem sempre uma pergunta que nós fazemos, que é se tem alguma pergunta que eu não fiz que você gostaria que eu tivesse feito, e aí, eu não resisti e acabei perguntando, queria ouvir uma “palhinha” sobre o curso que você vai dar em Haia em 2017, enfim, no ano que vem.

**CT:** Bom, como eu até disse antes, ainda esse ano, eu estou aguardando também a publicação da minha tese de titularidade, que vai ser publicada pela Juspodivm, onde eu trato do tema da jurisdição, do exercício da jurisdição brasileira e da imunidade de jurisdição, dois temas importantes do Processo Civil Internacional. Então, no ano que vem, eu vou ministrar – ainda não sei se isso vai ser no início de julho, que isso ainda não está agendado, ou no início de agosto – um curso na Academia de Direito Internacional Privada da Haia, sobre o tema da Cooperação Jurídica Internacional em matéria cível, que é um tema que integra o Processo Civil Internacional, mas é um tema que não tem recebido muita atenção da doutrina. É verdade que há, até, algumas convenções – até multilaterais - muitas convenções bilaterais, mas há algumas também multilaterais sobre o assunto. Mas o que se percebe é que o assunto não está um assunto ainda muito organizado, porque como é um assunto novo, houve pouco debate, poucos estudos a respeito. Tanto que até um professor americano, que escreve um trabalho sobre cooperação jurídica, diz que nesse contexto vigora um verdadeiro “caos processual”, ou seja, é o que nós percebemos, não há muita coerência até

mesmo entre convenções, quer dizer, a Conferência da Haia até elaborou algumas convenções sobre o tema da cooperação, rogatória para a coleta de provas, citações no exterior, homologação de sentença estrangeira, e o que nós percebemos é que, até mesmo numa mesma organização, como a Conferência da Haia, se percebe que há até alguma diversidade. Há temas tratados num diploma de uma maneira, e em outro diploma de uma maneira diferente. Até, mais ainda entre organizações diferentes. A CIDIP, no âmbito da OEA, trata o tema da citação no exterior diferente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Então, é um tema que é novo, e por isso é interessante, mas é um tema difícil porque há pouco material escrito, e eu estou justamente em preparação desse material. É um curso que vai ser ministrado em inglês. E até aproveito para fazer uma divulgação não do meu curso, mas da ideia, que é muito interessante. A cada ano, são três semanas de curso de Direito Internacional Privado e três semanas do curso de Direito Internacional Público, isso tem anualmente. É um curso muito acessível para todos aqueles que não podem passar um ano fora estudando, essa é uma possibilidade fácil, não é cara, e é uma experiência maravilhosa. Então eu aproveito para divulgar que quem puder pensar nessa possibilidade é uma experiência muito bacana para ter contatos com professores de outros países, com alunos de outras instituições de países diferentes, é uma experiência muito enriquecedora.

**SL:** Eu queria te agradecer, parabenizar, e convidar a todos para fazer o curso em Haia. Para quem gosta de Direito Internacional como nós amamos, é a nossa Meca, não é? Então, ter a oportunidade de lecionar lá, acho que é uma das maiores honras que um professor de Internacional poderia receber. Lá, estiveram autores clássicos, Kelsen, Triepel, enfim, tantos professores de referência em nossa área, e tenho certeza que o Brasil vai estar bem representado ano que vem com a Prof<sup>a</sup>. Carmen. Muito, muito, muito obrigado, Carmen, foi um prazer muito grande. E ainda convido, também, todo mundo a ler, enfim, conhecer um pouco mais os temas, não só aqui no Debates, mas também no livro de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, e, ainda, o livro que está “saindo do forno”, no prelo, enfim, sobre extensão e limites da jurisdição internacional, que é sua tese de titularidade.

**CT:** Nacional, da jurisdição nacional! (Risos).

**SL:** Desculpa, dos limites e extensão da jurisdição nacional! (Risos).  
Internacional não podia ser, obviamente! (Risos). Enfim, mas é isso...

**CT:** Isso é a sua tese de doutorado! (Risos). Está pensando na tese de doutorado!  
(Risos).

**SL:** Ato falho, ato falho... (risos).

**CT:** Bom, eu mais uma vez agradeço, e agradeço o convite e louvo essa iniciativa  
do Siddharta e do Luiz Antônio. É uma iniciativa que, sem dúvida, merece muitos  
elogios. Obrigada!



## **RESENHAS DE DECISÕES**

Esta seção é composta por relatos de casos preparadas por alunos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Em cada resenha procurou-se sintetizar os aspectos principais da decisão e apontar sua possível relevância para a evolução do Direito Internacional.



# CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: CROÁCIA *versus* SÉRBIA: APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO

## International Court of Justice: Croatia v. Serbia: Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide

Raquel Belay<sup>185</sup>

**Sumário:** 1 Incidentes processuais iniciais. 2 Fatos históricos essenciais. 3 Direito aplicável: *actus reus* e *mens rea*. 4 Decisões da Corte e exame de fundo. 5 Exame da demanda de reconvenção. 6 Precedentes de genocídio: Ruanda e Bósnia. 7 Interpretação do conceito de intencionalidade no caso: o *dolus specialis* e o *ius cogens*. 8 A demanda de reconvenção. 9 A responsabilização por omissão. 10 Conclusão. Referências bibliográficas.

**Resumo:** Trata das acusações de violação da convenção contra o crime de genocídio, feitas mutuamente pela Croácia e pela Sérvia e julgadas pela Corte Internacional de Justiça. Dois precedentes são analisados com vistas a esclarecer a decisão da Corte, assim como os elementos que constituem o crime de genocídio.

**Palavras-chave:** Genocídio. *Actus reus*. *Mens rea*. *Dolus specialis*. *Ius cogens*.

**Abstract:** The article focus on the accusations of violation of the convention against the crime of genocide, presented before the International Court of Justice by Croatia and Serbia against each other. Two precedents and the elements constituting the crime of genocide are analyzed so as to clarify the Court's decision.

**Key-words:** Genocide. *Actus réus*. *Mens rea*. *Dolus specialis*. *Ius cogens*.

### 1 INCIDENTES PROCESSUAIS INICIAIS

No dia 3 de fevereiro de 2015, a Corte Internacional de Justiça proferiu a sentença sobre o caso referente à aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (ora designada “Convenção”), encerrando assim a lide que opôs Croácia e Sérvia por 16 anos. Foi, de certo modo, um prolongamento jurídico das rivalidades observadas na Iugoslávia desde a morte de Josip Tito, pois tinha por objeto os crimes ocorridos durante a Guerra da Iugoslávia. Estes, se definidos como atos de genocídio, ensejariam a responsabilidade internacional pela violação da Convenção.

Em 1999, iniciou-se a lide a partir da demanda depositada na CIJ pela recém-formada Croácia contra a República Federal da Iugoslávia (doravante “RFI”) a

---

<sup>185</sup> Graduanda em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

respeito dos atos cometidos entre 1991 e 1995 no território da ex-república socialista da Iugoslávia. A base de competência alegada para o julgamento foi o artigo IX da Convenção. Em contrapartida, a Sérvia questionou a competência da Corte e a admissibilidade da demanda como exceções preliminares.

A RFI mudou de nome em 2003 para “Sérvia e Montenegro” e a declaração de independência da República de Montenegro em 2006 suscitou a necessidade de identificação da parte. Frente à rejeição de Montenegro quanto a continuar no processo e à declaração do presidente da Sérvia de que seu país sucederia a Sérvia e Montenegro nos assuntos relacionados à ONU, a CIJ definiu que a Sérvia continuaria a personalidade jurídica internacional da Sérvia e Montenegro e que, portanto, constaria como ré.

A exceção apresentada pela Sérvia de que as demandas baseadas em atos ou omissões anteriores ao dia 27 de abril de 1992 (data na qual a RFI passou a existir como Estado) estavam fora do escopo de competências da CIJ foi considerada como relativa ao mérito e o órgão reconheceu então a sua competência para julgar a causa. Em 2010, a Sérvia ajuizou uma demanda de reconvenção, alegando que a Croácia teria igualmente infringido a Convenção, em relação a fatos cometidos em 1995 na “Republika Srpska Krajina”, estabelecida no final de 1991.

## **2 FATOS HISTÓRICOS ESSENCIAIS**

Em 1980 faleceu o presidente ditatorial da República Socialista Federativa da Iugoslávia (RSFI). Sem os esforços de Josip Tito, que por 45 anos conciliou as pretensões das diversas etnias e manteve o equilíbrio dos poderes regionais, a República Socialista da Iugoslávia estava fadada à fragmentação. A crise econômica e o aumento da expressividade dos grupos nacionalistas agravaram o quadro e, em 1991, a Croácia e a Eslovênia declararam a independência. Seguiram-nas a Macedônia e a Bósnia-Herzegovina, tendo todos os novos Estados sido admitidos como membros da ONU até 1993. Nesse contexto, a RFI declarou que continuava a personalidade jurídica da RFSI.

A Croácia era então composta por minorias nacionais e étnicas, grande parte próxima à Bósnia-Herzegovina e à Sérvia. Devido à alta concentração de sérvios na Croácia, a sua independência deflagrou um conflito armado entre croatas e sérvios

contrários à independência. Em 1991, a armada popular iugoslava (conhecida como “JNA” e supostamente controlada pelo governo sérvio) e as forças sérvias controlavam cerca de um terço do território croata.

O empenho da comunidade internacional para pacificar a região (com o plano Vance e as forças de proteção da ONU, a “FORPRONU”) não foi capaz de resolver o conflito. Apenas em 1995, depois de uma série de operações militares, a Croácia conseguiu reaver uma parte substancial do território ocupado. Destaca-se, dentre essas operações, a “Tempestade” para reaver a região da Krajina, na qual haveriam ocorrido as transgressões que serviram de base para o pedido de reconvenção da Sérvia.

### **3 DIREITO APLICÁVEL: *ACTUS REUS* E *MENS REA***

A CIJ levou em consideração as decisões dos tribunais internacionais, em especial do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia (TPI). Quanto ao genocídio, analisou os seus elementos constitutivos: o *actus reus* – elemento material, para definir se os atos haviam realmente sido perpetrados – e o *mens rea* – elemento moral, para precisar a intenção do réu.

Em relação ao elemento moral, a CIJ frisou a indispensabilidade do *dolus specialis*: só há genocídio quando fica provado que o conjunto de atos teve o objetivo específico de destruir um grupo física ou biologicamente, no todo ou em parte. Esse dolo seria inferido a partir de comportamentos individuais, desde que os atos apontassem exclusivamente para o genocídio – os fatos não poderiam levar à dedução de que outro crime qualquer fora cometido. Ademais, destacou-se a relevância de se examinar a zona geográfica ocupada pela parcela do grupo atingida e a sua representatividade em relação à totalidade do povo.

Os magistrados decidiram ainda que o ônus da prova era da Croácia e que, dada a gravidade das alegações, a Corte deveria estar absolutamente convencida de que os atos haviam sido cometidos com dolo para que se pudesse defini-los como característicos de genocídio. No entanto, foi negada a força probatória de algumas declarações avançadas pela Croácia devido a detalhes formais.

#### 4 DECISÕES DA CORTE E EXAME DE FUNDO

A Corte determinou que sua competência se limitava às questões ligadas ao genocídio, não podendo se pronunciar sobre outros crimes, mesmo que fossem obrigações *erga omnes*. Quanto ao argumento sérvio de que só atos posteriores a 27 de abril de 1992, dia em que a RFI se obrigou à Convenção, poderiam ser julgados pela Corte, esta constatou que o dispositivo não fixa limites *ratione temporis* à sua competência.

O Tribunal optou por não examinar os incidentes alegados pela Croácia separadamente, mas apenas alguns eventos emblemáticos. Após a apuração dos fatos, a CIJ concluiu que o JNA e as forças sérvias cometeram:

- Diversos assassinatos do grupo protegido na área de Vukovar e seus arredores (elemento material do art. II, a estabelecido) e

- Maus tratos, tortura, violência sexual e estupro em diversas localidades da Eslavônia oriental, ocidental e Dalmácia; atentados graves à integridade física ou mental dos membros do grupo que poderiam contribuir para a sua destruição física ou psicológica (elemento material do art. II, b estabelecido).

Não ficou estabelecido que os croatas foram submetidos a condições de existência que resultariam na sua destruição física, total ou parcial (art. II, c) ou que foram tomadas medidas para impedir os nascimentos no seio do grupo (art. II, d).

No que concerne o *dolus specialis*, a Corte reputou que os croatas que viviam nas zonas dos ataques constituíam uma parte substancial do grupo. Discutiu-se então a existência de uma linha de conduta que revelaria a intenção das autoridades sérvias de destruir parcialmente essa população.

Com base nas conclusões do TPI, estabeleceu que os atos que constituiriam o elemento material do genocídio (de acordo com os incisos a e b do art. II da Convenção<sup>186</sup>) foram realizados não com a intenção de destruir os croatas, mas de

---

<sup>186</sup> “Art. II - Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:

(a) assassinato de membros do grupo;

(b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

(c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;

(d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

obrigá-los a deixar as áreas disputadas para criar um Estado sérvio etnicamente homogêneo. A intenção de cometer genocídio não era, portanto, a única logicamente deduzível das condutas verificadas.

No que se refere a Vukovar, os ataques e a evacuação dos croatas da região foram considerados como uma resposta à declaração de independência croata, por meio da qual a Sérvia buscou exibir sua capacidade de controle - o genocídio não seria, portanto, a única conclusão a ser tirada dos acontecimentos. Seguindo esse entendimento, os maus tratos praticados em Ovčara foram classificados como uma forma de punição do inimigo, no sentido militar do termo.

Ainda no caso de Vukovar, a CIJ lembrou que nem todos os combatentes croatas capturados pelas forças sérvias foram executados. O número de vítimas croatas foi também tido como pouco expressivo em relação à parte visada da população. De tal fato depreendeu-se que os réus não tentavam exterminar a etnia, visto que muitas situações houve nas quais não se deu a violência que seria esperada caso esse foi o real objetivo sérvio.

Em vista do exposto, a Corte avaliou que o *dolus specialis* não foi provado: os *actus reus* não foram cometidos com a intenção específica de praticar o genocídio. Dessa forma, a demanda da Croácia foi julgada improcedente. Rejeitou-se a possibilidade de responsabilização pelo descumprimento da obrigação de prevenir ou de punir o genocídio ou por cumplicidade quanto a atos dessa natureza. Não houve pronúncia sobre se à RFSI poderiam ser imputados atos anteriores a 27 de abril de 1992 e se, no caso positivo, a Sérvia a haveria sucedido.

Dessa decisão apenas discordaram o juiz Cançado Trindade e o juiz *ad hoc* da Croácia. Do voto dissidente daquele, destaca-se a crítica ao tratamento conferido às provas. De fato, quanto à aceitação das evidências, a Corte teria adotado um critério excessivamente restritivo, destoante do consolidado em jurisdições especializadas de Direitos Humanos e tribunais penais internacionais. Ademais, a análise parcial dos fatos teria violado o princípio da humanidade.

---

(e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.” *Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio*. 1951. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>>. Acesso em: 8 set. 2015.

O juiz nomeado pelo querelante denunciou, por sua vez, que a sentença havia sido dada mais para normalizar as relações entre os países do que para punir os culpados de genocídio. Em relação à operação *Storm* - objeto da demanda de reconvenção sérvia que analisaremos em seguida – aludiu ao fato de que ela só foi considerada como uma possível violação ao tratado contra o genocídio após a demanda croata.

## 5 EXAME DA DEMANDA DE RECONVENÇÃO

Em 2010, a Sérvia ajuizou uma demanda de reconvenção, baseada nos ataques da artilharia croata contra cidades da região de Krajina durante a operação *Storm*, que violariam o art. II da Convenção. A Croácia, por sua vez, negou que tais atos tenham ocorrido. Além disso, ressaltou que se porventura a existência dos mesmos fosse estabelecida, eles não teriam sido orientados para a destruição dos sérvios na Croácia.

A Corte iniciou o julgamento a partir da aferição do *actus reus*. Quanto à morte de civis por bombardeamentos na região de Krajina, levou-se em conta a decisão do TPI, que em primeira instância decidiu que os ataques croatas haviam sido indiscriminados. Em apelação, porém, o entendimento foi modificado e o TPI considerou que os atos não consistiram em violação do referido dispositivo.

Vários atos elencados pelo autor da demanda foram rechaçados, pois não demonstrariam o *actus reus*. Não obstante, o assassinato de sérvios que fugiam em colunas das cidades atacadas e dos que ficaram nas zonas de Krajina protegidas pela ONU foram qualificados como indicativos do elemento material. Da mesma forma, os maus tratos antes e durante a operação teriam violado o art. II, b da Convenção<sup>187</sup>.

Os juízes decidiram que a reunião de Brioni não encerrava o *dolus specialis*: no máximo poder-se-ia dizer que os dirigentes tinham conhecimento de que os ataques levariam à fuga de sérvios e que o desejavam. Além disso, estimou-se que

---

<sup>187</sup> “Art. II - Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:

(b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo”. *Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio. 1951. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>>. Acesso em: 8 set. 2015.*

não foi provada a existência de uma linha de conduta que demonstrasse a intenção de cometer genocídio.

Frente ao exposto, a Corte sentenciou que não houve *dolus specialis* e que, sendo assim, não se poderia declarar que a Convenção havia sido violada. Convém salientar que a importância do elemento subjetivo na aferição do crime do genocídio já havia sido consagrada pela jurisprudência, em especial nos julgamentos dos crimes ocorridos em Ruanda e na Bósnia, que analisaremos a seguir.

## **6 PRECEDENTES DE GENOCÍDIO: RUANDA E BÓSNIA**

O julgamento dos fatos ocorridos em Ruanda no ano de 1994 e na Bósnia durante a Guerra da Iugoslávia criou precedentes que influenciaram a decisão da Corte Internacional de Justiça na lide que opôs a Croácia e a Sérvia, particularmente em relação à aferição do *dolus specialis*.

### **6.1 Ruanda e o caso Akayesu**

Após o genocídio levado a cabo em Ruanda, o Conselho de Segurança da ONU editou a resolução 955, pela qual foi criado o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), um tribunal de exceção com o intuito de julgar os responsáveis pelo genocídio. Dentre esses casos, é de especial relevância o que determinou a culpabilidade de Jean-Paul Akayesu, prefeito acusado de violar várias leis de Direito Humanitário Internacional entre 1º de janeiro e 31 de dezembro.

No caso Akayesu, como ficou conhecido, decidiu-se que os atos cometidos pelos Hutus contra os Tutsis foram animados pela vontade de destruir esta etnia e o réu foi condenado por diversas violações, em especial o genocídio. No curso da ação, gerou-se um precedente essencial para as questões posteriormente suscitadas por crimes de genocídio, quanto à aferição do elemento subjetivo. Nas palavras do juiz do caso Croácia v. Sérvia, Cançado Trindade:

*intent is a mental factor which is difficult, even impossible to determine”, and it held that “in the absence of a confession from the accused”, intent may be inferred from the following factors: a) “general context of the perpetration” of grave breaches “systematically” against the “same group”; b) “scale of atrocities committed”; c) “general nature” of the atrocities committed “in a region or a country”; d) “the fact of deliberately and systematically targeting victims on account of their membership of a particular group, while excluding the members of other groups”; e) “the general political doctrine which gave rise to the acts”; f)*

*grave breaches committed against members of a group specifically because they belong to that group; g) “the repetition of destructive and discriminatory acts”; and h) the perpetration of acts which violate, or which “the perpetrators themselves consider to violate the very foundation of the group”, committed as part of “the same pattern of conduct”<sup>188</sup>*

## 6.2 O caso bósnio

O caso da Bósnia está intimamente ligado ao da Croácia: ambos foram julgados pela Corte, envolveram a interpretação e aplicação da Convenção e tinham a RFI (e posteriormente a Sérvia) no pólo passivo. Em 1993 a Bósnia ajuizou uma demanda em face da Sérvia, baseada nas violações que esta teria cometido ao dispositivo mencionado durante os conflitos na região dos Bálcãs – aludia, sobretudo, aos crimes perpetrados contra muçulmanos bósnios pelos sérvios.

Na sentença foi acordado que, a partir do momento em que o objetivo militar passou a ser a tomada da cidade, foi cometido um genocídio em Srebrenica. Mais uma vez se apoiando nas conclusões do TPI, a Corte decidiu que a partir daquele momento preciso se constituiu o *dolus specialis*, havia a intenção de destruir parcialmente os muçulmanos da Bósnia.

Segundo os juízes, a Sérvia descumpriu igualmente a obrigação de meio imposta pela Convenção, de atuar para impossibilitar o genocídio e, como o genocídio não foi praticado no seu território, tinha o dever de prender os acusados de genocídio que estivessem dentro de suas fronteiras – deveria ter colaborado com o TPI.

Não foi considerado que a indenização seria uma reparação adequada. Como sanção, a Sérvia teve que anexar uma declaração à sentença, na qual reconhecia que

---

<sup>188</sup> “A intenção é um fator mental que é difícil, até impossível de se determinar”, e ele [Tribunal Internacional Penal para o Ruanda] manteve que, “na ausência de uma confissão do acusado”, a intenção poderia ser aferida dos seguintes fatores: a) “contexto geral de cometimento” de graves violações “sistematicamente” contra o “mesmo grupo”; b) “escala das atrocidades cometidas”; c) “natureza geral” das atrocidades cometidas “em uma região ou um país”; d) “o fato de deliberada e sistematicamente ter como alvo vítimas que pertenciam a um grupo em particular, enquanto excluindo os membros de outros grupos”; e) “a doutrina política geral que deu início aos atos”; f) graves violações cometidas contra membros de um grupo especificamente porque eles pertencem àquele grupo; g) “a repetição de atos destrutivos e discriminatórios”; e h) o cometimento de atos que violam, ou que “os próprios autores consideraram que violam a própria base do grupo”, cometidos como parte do “mesmo padrão de conduta”. (Tradução livre). *Opinião dissidente do juiz Cançado Trindade, par. 128*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18432.pdf>>. Acesso em: 30 de junho de 2015.

havia faltado ao dever de prevenir o crime de genocídio, de acordo com a Convenção. Além disso, deveria transferir ao TPI pessoas acusadas de genocídio, em especial o general Mladić.

## **7 A INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE INTENCIONALIDADE NO CASO: O *DOLUS SPECIALIS* E O *IUS COGENS***

De acordo com o rol do caso Akayesu, a intenção não está subordinada a uma confissão do réu, podendo ser inferida a partir de elementos fáticos. Entende-se que esse elenco teve por finalidade aumentar a eficácia das normas a respeito do genocídio. No entanto, a CIJ ao julgar o caso não interpretou os eventos como um todo, mas separou os episódios tidos pela Croácia como mais expressivos para com base neles verificar se houve *dolus specialis* por parte da Sérvia.

Embora a escolha da CIJ seja compreensível, por uma questão de celeridade e economia processual, ela pode ter influenciado a decisão do mérito. A análise dos fatos isoladamente dificulta a comprovação do dolo específico, dado que a intenção de cometer genocídio pode ser confundida com outros crimes, como a limpeza étnica. Por conseguinte, se os juízes tivessem analisado o quadro geral, haveria uma maior probabilidade de se ver caracterizado o genocídio.

No caso, o ônus da prova na acusação contra a Sérvia pertencia à Croácia. No entanto, esse pode ser considerado excessivo, por requerer que a intenção de cometer genocídio seja a única inferência possível, quando falha em analisar o panorama global. Nesse contexto, a crítica do juiz Cançado Trindade deve ser citada: a interpretação restritiva da Convenção vem com um alto risco, tornando-a letra morta e propiciando uma situação de impunidade.<sup>189</sup>

Sustenta-se, desse modo, a interpretação *lato sensu* da Convenção. A intensidade do crime que ela encerra reclama que os interesses da Humanidade tenham também relevância quando confrontados com os do Estado réu. Não se deve perder de vista que o genocídio é *crime of crimes*; de acordo com o Estatuto de Roma, uma das transgressões mais sérias das quais cuida a comunidade internacional.

---

<sup>189</sup> SCHABAS, William. *Genocide in international law: The crime of crimes*. 2ª Ed. New York: Cambridge University Press, 2009.

A vedação ao genocídio é, ainda, *ius cogens*, norma imperativa devido à gravidade do crime, não precisa estar positivada para que esse se configure. Além disso, o genocídio é *mala in se* - uma ofensa *per se* - e por essa razão é universalmente condenado e obriga os Estados a puni-lo<sup>190</sup>. Rafael Nieto-Navia, juiz das Cortes de Apelação para o TPI e o TPR, explica a relação entre genocídio e *ius cogens*:

*These laws develop or are created not by an international legislator or sovereign, but very generally through the consensus of States which have recognized that certain 'values' amount to valid legal norms which must be respected as between States. [...] These principles are those from which it is accepted that no State may derogate by way of treaty. As a result they are generally interpreted as restricting the freedom of States to contract while 'voiding' treaties whose object conflicts with norms which have been identified as peremptory.*<sup>191</sup>

## 8 A DEMANDA DE RECONVENÇÃO

A decisão da CIJ de não acolher a demanda de reconvenção da Sérvia foi acertada. Com efeito, quando da independência da Croácia, a RSI invadiu o seu território, para dar apoio aos croatas de origem sérvia que se sentiram ameaçados pela promulgação da nova Constituição, que os reduziu a cidadão de segunda classe. Devido à desmilitarização que a RSI promovera na Croácia, a resistência daqueles que defendiam a independência não durou muito e logo cerca de um terço do território croata estava ocupado por forças sérvias.

Sem embargo, desde 1928 o pacto de Briand-Kellogg tornara a ocupação um modo ilícito de aquisição derivada do território. Como resultado, a presença das forças sérvias em território croata gerava para a Croácia um direito de legítima

---

<sup>190</sup> MIRKOVIC, Damir. *Ethnic Conflict and Genocide: Reflections on Ethnic Cleansing in the Former Yugoslavia*. Annals of the American Academy of Political and Social Science, v. 548. The Holocaust: Remembering for the Future, pp. 191-199, 1996. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/1048552](http://www.jstor.org/stable/1048552)>. Acesso em: 28 de junho de 2015.

<sup>191</sup> “Essas leis se desenvolvem ou são criadas não por um legislador ou soberano internacional, mas geralmente através do consenso dos Estados que reconheceram que alguns “valores” equivalem a normas legais válidas que devem ser respeitadas entre os Estados. [...] A partir desses princípios aceita-se que nenhum Estado pode derogar por meio de tratado. Como resultado, eles são geralmente interpretados como restrições à liberdade dos Estados de contratar enquanto “esvaziando” tratados cujo objeto conflite com normas que foram identificadas como peremptórias.” (Tradução livre). NIETO-NAVIA, Rafael. *International peremptory norms (ius cogens) and international humanitarian law*. 2001. Disponível em: <[www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf](http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf)> Acesso em: 28 de junho de 2015.

defesa (partindo-se do pressuposto de que a Croácia já era considerada um Estado formado e legítimo).

Assim, embora violenta, a operação *Storm* não pode ser considerada ilegal. A intenção do Estado croata era precipuamente de reaver seu território ocupado. Conquanto não seja possível afirmar que se buscou praticar o genocídio dos croatas de origem sérvia, o termo limpeza étnica é apropriado, uma vez que a tentativa de retomar a posse da área foi combinada com a de “limpá-la” de todos os que não eram croatas.

## **9 A RESPONSABILIZAÇÃO POR OMISSÃO**

O artigo I da Convenção, quando trata da prevenção do genocídio, não é um mero preâmbulo, mas já possui caráter normativo. Com efeito, daí decorre uma obrigação distinta da dos artigos subsequentes, visto que o tratado é guiado pelo princípio da humanidade. Consequentemente, pode haver responsabilização pela omissão estatal.

Assim, a Sérvia foi considerada culpada de violar a Convenção por haver praticado genocídio na modalidade omissiva quanto aos massacres que ocorreram em Srebrenica, no caso ajuizado pela Bósnia. Nesse sentido, uma frase do julgamento de Akayesu é marcante: *“The offender is culpable because he knew or should have known that the act committed would destroy, in whole or in part, a group.”*<sup>192</sup>

No caso em questão, a propaganda estatal, o conhecimento da atuação dos grupos paramilitares pelos governantes sérvios, o plano de criar a Grande Sérvia e o encobrimento dos crimes perpetrados pelo próprio governo sérvio demonstram que este não só tinha total conhecimento dos ilícitos que estavam sendo praticados, como também falhou na sua obrigação de impedi-los. Logo, poderia ter sido admitida a tese de que foi cometido um genocídio por omissão em relação aos croatas, como ocorreu no caso Bósnia v. Sérvia.

## **10 CONCLUSÃO**

---

<sup>192</sup> “O ofensor é culpado porque ele sabia ou deveria saber que o ato cometido destruiria, total ou parcialmente, um grupo.” (Tradução livre). QUIGLEY, John. *The genocide convention: an international law analysis*. Ashgate Publishing Limited, 2006.

Em 1941, Hitler estabeleceu o Estado independente da Croácia e criou as *Ustashas* com o objetivo de remover sérvios, ciganos e judeus do território croata. Paralelamente, os sérvios da guerrilha nacionalista *Chetnik* também usavam métodos genocidas, mas para “limpar” o leste da Bósnia dos muçulmanos e criar uma Sérvia “homogênea”.<sup>193</sup>

Isso confirma que, apesar de atualmente se sustentar que o conflito entre sérvios e croatas tem origens remotas, até a Segunda Guerra Mundial essas etnias dos Bálcãs coabitavam pacificamente. Havia, inclusive, certa união, fomentada pela necessidade de se combater as potências estrangeiras – como Itália, Áustria e Hungria - que tentavam dominar a região.<sup>194</sup>

As tensões nacionalistas despertadas por Hitler foram intensificadas com o fim do regime soviético. Ademais, as crises do petróleo impactaram na economia do país, que contratou empréstimos junto ao Fundo Monetário Internacional, com a condição de que fossem implementados programas de austeridade. Por outro lado, o final da Guerra Fria significou a redução do apoio econômico dos EUA, posto que a zona não mais representava um ponto geoestratégico de resistência às pretensões da União Soviética.

À luz do exposto, a decisão da CIJ pode ser entendida como uma decisão política, que buscou apaziguar os ânimos e abrir caminho para a restauração da estabilidade entre as etnias. Mesmo que o *Draft Articles* de 2001 da ONU sobre a responsabilidade internacional determine que “a genocide cannot justify a counter-genocide”<sup>195</sup>, os juízes constataram que os genocídios dos *Chetniks* e *Ustashas* influenciaram os crimes contra as diversas etnias nos Bálcãs a partir de 1991.

Deve-se reconhecer, portanto, o valor da sentença dada pela CIJ. Com efeito, ela teve o condão de dar publicidade aos crimes perpetrados durante a Guerra, uma

---

<sup>193</sup> MIRKOVIC, Damir. *Ethnic Conflict and Genocide: Reflections on Ethnic Cleansing in the Former Yugoslavia*. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 548. The Holocaust: Remembering for the Future, pp. 191-199, 1996. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/1048552](http://www.jstor.org/stable/1048552)>. Acesso em: 28 de junho de 2015.

<sup>194</sup> DENICH, Bette. *Dismembering Yugoslavia: nationalist ideologies and the symbolic revival of genocide*. Disponível em: <<http://ocean.sci-hub.bz/ae1a3e1bbafbecb3c47352665cc2a3eb/denich1994.pdf>>. Acesso em: 30 de junho de 2015.

<sup>195</sup> “Um genocídio não pode justificar um contra genocídio”. (Tradução livre). *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*. 2001. p. 56, par. 4. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 30 de junho de 2015.

forma de reconhecimento do que ocorreu. Igualmente, não se negou que houve genocídio, mas apenas se precisou que ele não foi provado.

Infelizmente, a tentativa da Corte de aproveitar a discussão para aproximar os dois Estados não teve sucesso. Os julgamentos foram usados como manobras políticas pelos governos da Sérvia e da Croácia e a imprensa de cada um desses países deixou de noticiar os crimes pelos quais haveria sido responsável, de modo que não houve uma real discussão a respeito da responsabilidade nos massacres.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

*CONVENÇÃO para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio.* 1951. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>>. Acesso em: 8 set. 2015.

DENICH, Bette. *Dismembering Yugoslavia: nationalist ideologies and the symbolic revival of genocide.* Disponível em: <<http://ocean.sci-hub.bz/ae1a3e1bbafbecb3c47352665cc2a3eb/denich1994.pdf>>. Acesso em: 30 de junho de 2015.

*DRAFT articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries.* 2001. p. 56, par. 4. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 30 de junho de 2015.

MIRKOVIC, Damir. *Ethnic Conflict and Genocide: Reflections on Ethnic Cleansing in the Former Yugoslavia.* *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 548. The Holocaust: Remembering for the Future, pp. 191-199, 1996. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/1048552](http://www.jstor.org/stable/1048552)>. Acesso em: 28 de junho de 2015.

NIETO-NAVIA, Rafael. *International peremptory norms (jus cogens) and international humanitarian law.* 2001. Disponível em: <[www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf](http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf)> Acesso em: 28 de junho de 2015.

QUIGLEY, John. *The genocide convention: an international law analysis.* Ashgate Publishing Limited, 2006.

SCHABAS, William. *Genocide in international law: The crime of crimes.* 2ª Ed. New York: Cambridge University Press, 2009.

TRINDADE. Cançado. *Opinião dissidente do juiz Cançado Trindade, par. 128.* Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18432.pdf>>. Acesso em: 30 de junho de 2015.