

# USO DO SISTEMA PENAL DO INIMIGO PARA CONTROLE DAS MANIFESTAÇÕES DE 2013: UMA ESTRATÉGIA INCONSTITUCIONAL

## USE OF THE PENAL SYSTEM OF THE ENEMY TO CONTROL THE PROTEST OF 2013: AN UNCONSTITUTIONAL STRATEGY

*Antonio Eduardo Ramires Santoro\**

### RESUMO

O artigo expõe as razões por que se pode identificar o sistema penal do inimigo como estratégia utilizada pelo poder público brasileiro, em especial pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, para controle das manifestações populares que se espalharam pelo país em junho de 2013, bem como sua inconstitucionalidade. Para tanto, realiza um estudo comparado sobre a constitucionalização dos direitos humanos plasmados nos tratados internacionais, um histórico sobre a gênese da inserção desses direitos na Constituição de 1988 e a posição de nossos tribunais superiores. Em seguida, apresenta o sistema penal do inimigo como estratégia de controle social violadora dos direitos humanos que ultrapassa o estado de exceção constitucionalmente admissível. Por fim, apresenta algumas formas concretas de manifestação dessa estratégia de controle, assim como identifica sua utilização para contenção dos protestos populares realizados no Brasil em junho de 2013 e, portanto, sua inconstitucionalidade.

**Palavras-chave:** Sistema penal; Inimigo; Protestos; Controle social.

---

\* Professor Ajuento de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogado. Pós-doutor em Direito Penal e garantias constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza – Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidad de Granada – Espanha. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra – Portugal. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas/RJ. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Correspondência para/Correspondence to: Avenida Armando Lombardi, 800, sala 207, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro/RJ, 22640-906. E-mail: antoniosantoro@antoniosantoro.com.br e antoniosantoro@direito.ufrj.br.

#### ABSTRACT

The article discusses the reasons why one can identify the penal system of the enemy as a strategy used by the Brazilian government, especially by the government of Rio de Janeiro, to control protests that spread across the country in June 2013 as well as its unconstitutionality. For that conducts a comparative study on the constitutionalization of human rights enshrined in international treaties, a history of the genesis of the insertion of these rights in the 1988 Constitution and the position of Brazilian higher courts. Then presents the penal system of the enemy as an strategy of social control that surpasses the state of exception constitutionally permissible and violate human rights. Finally, it presents some concrete manifestations of this control strategy, and identifies their use for unconstitutional suppression of popular protests held in Brazil in June 2013.

**Keywords:** Penal law; Enemy; Protests; Social control.

#### INTRODUÇÃO

390 Em 1º de janeiro de 2013 o salário mínimo e as tarifas de transporte público, como ocorre normalmente, sofreriam um reajuste. O salário mínimo foi reajustado de R\$ 622,00 para R\$ 678,00, um acréscimo de 9%. Em São Paulo, as tarifas de transporte estavam congeladas há 3 anos, e o reajuste que compensasse esse período estagnado implicaria em um aumento de 11,84%, ao passo que, no Rio de Janeiro, o prefeito Eduardo Paes e o ministro da fazenda Guido Mantega, em reunião realizada em dezembro de 2012, já haviam definido uma correção de 5,5%, apesar de ter havido um reajuste de 10% em 1º de janeiro de 2012.

Todavia, a inflação oficial do mês de janeiro demonstrava uma tendência de alta extremamente preocupante, vez que poderia bater 1% no mês, e o acumulado dos 12 meses ficaria muito próximo de 6,5%, trazendo receio ao mercado, o que provocou uma reação do governo federal: pedir às duas maiores capitais do país que adiassem o aumento das tarifas de transporte público de janeiro de 2013 para maio ou junho do mesmo ano.<sup>1</sup> Com adiamento do aumento, a inflação de janeiro não sofreria esse impacto, e o acumulado dos 12 meses não seria tão alto. Reajustando as tarifas em um mês com menor inflação, estaria manipulado o índice necessário para que o governo conseguisse alcançar suas metas.

Ocorre que o aumento do salário mínimo, embora cause impacto nas contas públicas, não reflete um aumento da renda da população comum, que em geral não tem a sua remuneração indexada a ele. Portanto, o progressivo aumento das

<sup>1</sup> SPINELLO, Evandro; SOARES, Pedro. Dilma pede, e SP e Rio congelam a tarifa de ônibus para conter inflação. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1214940-dilma-pede-e-sp-e-rio-congelam-a-tarifa-de-onibus-para-conter-inflacao.shtml>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

tarifas públicas sem o conseqüente reajuste da receita da população implica em uma perda de capacidade financeira e um esvaziamento do poder de compra das famílias.

Apesar do sucateamento do orçamento doméstico, janeiro é momento estrategicamente adequado para realizar um aumento de tarifas públicas, não apenas porque se faz com o reajuste do salário mínimo, mas também por se tratar de um período de férias e, assim, estudantes não estão normalmente mobilizados a protestar, ao contrário do que ocorre em maio e junho.

Isso implicou, contra o governo, com suas constantes interferências para manipulação indevida de índices econômicos, ao adiar o aumento das tarifas de transporte para os meses posteriores, as fecundas condições para que a população se indignasse.

Para completar esse quadro, especificamente em junho de 2013, o Brasil sediou a Copa das Confederações, tendo se evidenciado o imenso aporte de dinheiro público na construção de estádios de futebol para atendimento das rigorosas exigências da FIFA, em confronto com as calamitosas condições em que se encontravam, e ainda se encontram, os serviços públicos colocados à disposição da população.

Mais ainda, em especial no Rio de Janeiro, a cidade se apresenta como um verdadeiro canteiro de obras para alteração dos aparelhos de mobilidade urbana para a Copa e para a Olimpíada. O caos urbano instaurado poderia ser compreendido pela população como um período que precede a melhorias, porém a opção pelo transporte rodoviário em detrimento do ferroviário, como metrô e trem urbano, com a simples conversão de vias que já existiam para automóveis em faixas exclusivas para ônibus, e o questionável volume de investimento público despendido para isso desvelam, aos olhos da população, um favorecimento às empresas de ônibus.

Agregue-se a isso o financiamento de campanhas eleitorais com a contribuição do capital privado, entre elas as empresas de ônibus, que, posteriormente, terminam por se beneficiar das inadequadas opções de políticas públicas, como a escolha do transporte rodoviário (em especial o ônibus, em razão da proibição e repressão ao transporte por vans no Rio de Janeiro), que fez a população, sobretudo jovens estudantes que precisam se locomover com o uso do transporte público, revoltasse-se com esse estado de coisas.

Desta forma, o acréscimo de R\$ 0,20 nas tarifas foi a centelha que incendiou um amplo movimento de protestos por todo o Brasil, que os governos insistiram em reduzir sua importância à uma luta mesquinha contra o aumento das passagens de ônibus, quando as pautas em debate eram muito mais amplas, inclusive a própria democracia representativa corrompida pelo sistema eleitoral e o incontrolável financiamento das campanhas.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 389-420, jul./dez. 2013*

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Lamentavelmente, a forma como o Poder Público lidou com os legítimos movimentos cidadãos que tomaram as ruas em junho de 2013 foi a tão conhecida repressão pela violência policial. O enfrentamento se deu por conhecidas formas autoritárias de perseguição política àquilo que parecia ser o centro de irradiação do movimento: os estudantes. À guisa de exemplo, basta citar o que aconteceu na noite do dia 20 de junho de 2013. Após mais de 300 mil pessoas tomarem a Avenida Presidente Vargas, a Polícia Militar fez um cerco à Faculdade Nacional de Direito e ao Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, ambas da UFRJ<sup>2</sup>. Além do uso de gás lacrimogênio, foram usadas armas que dispararam balas de borracha não apenas em direção aos protestantes, mas também às pessoas que se socorriam no Hospital Souza Aguiar, ao lado da Faculdade Nacional de Direito, desvelando que a repressão com violência não decorria de um despreparo para lidar com as manifestações, mas uma forma de controle social.

Embora a imprensa livre e as redes sociais tenham dado publicidade direta aos protestos e os fatos violentos que ocorriam, a estratégia governamental foi justificar a violência oficial e criar inimigos públicos.

O objetivo deste trabalho é analisar, sob o ponto de vista jurídico, a adequação da reação das autoridades públicas aos movimentos de protesto de junho de 2013 no país, em especial no Estado do Rio de Janeiro, em confronto com as bases democráticas e humanitárias forjadas pela Constituição brasileira.

Para tanto, será feita uma abordagem sobre os direitos humanos no Brasil, sua constitucionalização, sob a perspectiva comparada, e, em seguida, será analisada a evolução da posição do STF sobre o tema.

Definidas as bases em que os direitos humanos estão aderidos ao ordenamento brasileiro, passa-se ao estudo do estado de exceção, com o objetivo de estabelecer se é possível que o Estado afaste a proteção dos direitos humanos, e em que casos isso pode ser realizado, mantendo íntegros a ordem constitucional, o Estado de Direito e o respeito à democracia.

Por fim, será feita uma análise do que se convencionou chamar de direito penal do inimigo ou, ainda mais amplo, sistema penal do inimigo, como forma de afastamento dos direitos fundamentais, que não se compatibiliza com os preceitos humanísticos e que comumente se manifesta em democracias. Passa-se a expor os casos de sistema penal do inimigo no mundo, e identifica-se esta estratégia como a utilizada pelos governantes brasileiros para repressão às manifestações populares que eclodiram em 2013 no Brasil.

<sup>2</sup> *Jovens se refugiam em universidade por temer prisões*; PM nega cerco. *Gl*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/06/jovens-se-refugiam-em-universidade-por-temer-prisoos-no-rio.html>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

### A positivação dos direitos humanos e os sistemas constitucionais nacionais em perspectiva comparada

A previsão em textos internacionais de normas protetivas de direitos humanos não é suficiente para se compreender o impacto que esta mudança vem causando nos ordenamentos internos de cada país. Há que se perquirir de que forma os Estados soberanos passaram a lidar com essas normativas, que vão desde concepções fechadas até cláusulas constitucionais abertas de direitos fundamentais.

Na Argentina, a reforma constitucional de 1994 deu nova redação ao art. 75, inciso 22, da Constituição deste país, o qual elencou os instrumentos internacionais<sup>3</sup>, que passam a ter “hierarquia constitucional, não derogam artigo algum da primeira parte desta Constituição e devem entender-se complementares dos direitos e garantias por elas reconhecidos” (tradução nossa).

Sem qualquer dificuldade interpretativa, esta norma incorpora à Constituição argentina as principais declarações e tratados internacionais sobre direitos humanos, situando-os no mesmo nível que as normas constitucionais, criando o que Cafferata Nores chamou de sistema constitucional integrado<sup>4</sup>, o qual sincroniza fontes nacionais e internacionais sem que se anulem ou se neutralizem, mas se retroalimentando, formando um complexo axiológico e jurídico de mesma hierarquia.

Com isso, toda a legislação infraconstitucional deve estar adequada às normativas supranacionais, bem como o Poder Judiciário deverá tomá-las em conta como fonte do Direito a nortear suas decisões.

Um efeito dessa disposição criativa de um complexo de normas constitucionais que englobam os tratados relacionados no art. 72, inciso 22, da Constituição argentina, que se fez sentir logo no ano seguinte à reforma constitucional, foi precisamente a decisão que declarou a inconstitucionalidade das leis de perdão dos crimes praticados durante a ditadura militar: Lei do Ponto Final (Lei n. 23.492, de 1986) e Lei da Obediência Devida (Lei n. 23.521, de 1987).

<sup>3</sup> A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; a Declaração Universal de Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo; a Convenção sobre a Prevenção e a Sanção do Delito de Genocídio; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança.

<sup>4</sup> CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Proceso penal e derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. 2. ed. atualizada por Santiago Martínez. Buenos Aires: Del Puerto, 2011. p. 4.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Isso porque a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina entendeu que deve se considerar que os crimes praticados pelo regime militar eram, na forma do Direito Internacional, crimes de lesa-humanidade, que são imprescritíveis e, em caso de omissão do país de origem, submetem-se à jurisdição universal.<sup>5</sup>

No Brasil a introdução dos tratados de direitos humanos em nível constitucional não é pacífica.

o Brasil rege-se nas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, e a Constituição brasileira de 1988 prevê em seu art. 1º, inciso III, um dos seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, e dedica-se a referida Carta no art. 5º, com seus 78 incisos, à garantia dos direitos e deveres individuais e coletivos; no Capítulo II, aos direitos sociais; no Capítulo III, à nacionalidade; e o Capítulo IV, aos direitos políticos.

Quanto aos tratados que digam respeito a direitos e deveres individuais e coletivos, a Constituição dispôs no § 2º do art. 5º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Essa redação deu margem a interpretações distintas.

394

Em primeiro lugar deve se deixar claro que a competência para celebrar tratados ou qualquer instrumento internacional é privativa do Presidente da República, de acordo com o art. 84, inciso VIII, da Constituição, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

O Congresso Nacional tem competência exclusiva para resolver sobre instrumentos internacionais, na forma do art. 49, inciso I, da Constituição.

Assim, os tratados demandam um ato complexo em que o Presidente da República celebra e o Congresso Nacional aprova mediante decreto legislativo, não gerando efeitos a simples assinatura do tratado.

Não há, lamentavelmente, qualquer determinação de prazo para que o Presidente encaminhe o instrumento internacional que assinou para aprovação do Congresso, também não prevê a Constituição prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado, tampouco para que o Presidente o ratifique.

Todavia, uma vez que o tratado tenha sido assinado pelo Presidente, aprovado pelo Congresso Nacional e, então, ratificado pelo Chefe do Poder Executivo, o instrumento internacional aderiu ao ordenamento nacional.

A questão é saber se o § 2º do art. 5º implica incorporação dos tratados que disponham sobre direitos humanos ao texto constitucional ou não.

<sup>5</sup> Com essa declaração de inconstitucionalidade por incompatibilidade à normativa internacional que alçou hierarquia constitucional, mais de 200 militares já foram condenados pelas Cortes argentinas.

### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

Piovesan entende que o “Poder Constituinte soberano criador está longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado”; ao contrário, esse Poder está “cada vez mais vinculado a princípios e regras do direito internacional”, que passa a ser “parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais”, as quais, caso disponham de forma a violar o *jus cogens* internacional, são reputadas normas nulas. Para ela, o paradigma ineliminável de todos os constitucionalismos é a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana<sup>6</sup>.

Canotilho afirma que o Poder Constituinte tem uma vinculação jurídica com os princípios de direito internacional, entre eles o princípio da observância de direitos humanos<sup>7</sup>. Ao tratar dos direitos fundamentais, entende que estes devem ser estudados como direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional, o que não implica que deixem de ser elementos constitutivos da legitimidade constitucional, ou seja, são elementos legitimativo-fundamentantes da ordem jurídico-constitucional positiva, e a positivação jurídico-constitucional os torna “realidade jurídica efetiva”.

Afirma, ainda, que a constitucionalização dos direitos efetivos do homem é a incorporação deles em normas formalmente básicas, subtraindo seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário, tendo como mais notória consequência a sua proteção mediante controle de constitucionalidade. Essa constitucionalização é o que categoriza a “fundamentalização formal” do direito fundamental.

De outro lado, admite Canotilho que a ideia de “fundamentalidade material” desempenha seu papel de importância no reconhecimento de direitos materiais que não são formalmente constitucionais por não estarem na Constituição escrita, como ocorre na tradição inglesa, mas que também opera nos países de tradição continental:

Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16º/1º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe “norma com

<sup>6</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 81.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

*fattispecie* aberta” (Baldassare) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras* de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional<sup>8</sup>.

A norma portuguesa consagradora da compreensão aberta dos direitos fundamentais enquanto materialmente constitucionais, encontra-se no art. 16º, 1, do texto fundamental português com o título “Âmbito e sentido dos direitos fundamentais” e dispõe que “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.

Para Canotilho, a norma com *fattispecie* aberta permite compreender que há normas de direito fundamental que não são formalmente constitucionais, mas materialmente o são, ou seja, esses “direitos são densificações possíveis e legítimas do âmbito normativo-constitucional de outras normas e, conseqüentemente, direitos positivo-constitucionalmente plasmados, e, nesta hipótese, formam parte do *bloco de constitucionalidade*”<sup>9</sup>.

Como tal, os direitos fundamentais aderidos ao “bloco de constitucionalidade” pela criação de um modelo constitucional aberto que engloba, além dos direitos expressos no texto escrito, aqueles materialmente constitucionais, servem de parâmetro para decisões que invocam as normas constitucionais, pois “todos eles são, sem qualquer dúvida, normas de referência obrigatória em qualquer controlo da constitucionalidade dos actos normativos”<sup>10</sup>.

396

A interpretação de Canotilho para o art. 16º da Constituição portuguesa como cláusula constitucional aberta é compartilhada por Piovesan quanto à Constituição brasileira, para quem “os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado ‘bloco de constitucionalidade’, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta,<sup>11</sup>” o que implica dizer que a “Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional”<sup>12</sup>.

A adoção pelo Poder Constituinte brasileiro de um modelo constitucional aberto decorreu de proposta feita por Antonio Augusto Cançado Trindade<sup>13</sup>, então Consultor Jurídico do Itamaraty, à Assembleia Nacional Constituinte que

<sup>8</sup> CANOTILHO. Op. cit., p. 379-380. No mesmo sentido MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v. 4, p. 153.

<sup>9</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 922.

<sup>10</sup> Ibid., p. 921.

<sup>11</sup> PIOVESAN, op. cit., p. 111.

<sup>12</sup> Ibid., p. 114.

<sup>13</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 631.



### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

deu origem à previsão constitucional brasileira de 1988, durante sua exposição intitulada “Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional”, à Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais na 5ª Reunião de Audiência Pública realizada em 29 de abril de 1987:

Seria de todo indicado, para concluir, recordando uma vez mais a compatibilização entre esses tratados [internacionais sobre direitos e garantias individuais] e o Direito Interno, que a nova Constituição explicitasse, dentre os princípios que regem a conduta do Brasil no plano nacional e internacional, promoção e a proteção dos direitos humanos, entendidos estes como abrangendo, tanto os consagrados na própria Constituição, ou os decorrentes do regime democrático, que ela estabelece, quanto os consagrados nos tratados humanitários de que o Brasil é parte e nas declarações internacionais sobre a matéria de que o Brasil é signatário (sic)<sup>14</sup>.

Durante os debates com os deputados constituintes após sua exposição, Cançado Trindade foi questionado onde seria topograficamente mais adequado inserir na Constituição em elaboração os direitos humanos, “abrangendo tanto os consagrados na própria Constituição quanto os consagrados nos tratados humanitários de que o Brasil é parte”, nas exatas palavras utilizadas pelo deputado Eliel Rodrigues, *in verbis*:

O SR. CONSTITUINTE ELIEL RODRIGUES: – (...) Tenho aqui uma dúvida; onde melhor poderia ser inserida explicitação da promoção e proteção dos direitos humanos, abrangendo tanto os consagrados na própria Constituição quanto os consagrados nos tratados humanitários de que o Brasil é parte? (...)

O SR. ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE: – (...) Parece-me ótima ideia privilegiar, por assim dizer, o capítulo sobre direitos e garantias individuais, no sentido de que seria capítulo de abertura, da Constituição se assim entenderem V. Ex<sup>as</sup>. Mas seja no Capítulo dos Princípios Fundamentais, seja no Capítulo dos Direitos e Garantias individuais, estaria, assim, privilegiado.

O SR. CONSTITUINTE ELIEL RODRIGUES: – Muito obrigado. De-sejo apresentar uma proposta nesse sentido (...)<sup>15</sup>.

397

<sup>14</sup> BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte (Atas das Comissões)*, v. 1-C. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente)>. Acesso em: 08 ago. 2013.

<sup>15</sup> BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte (Atas das Comissões)*, v. 1-C. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente)>. Acesso em: 08 ago. 2013.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Não há dúvida de que o § 2º do art. 5º da Constituição brasileira consagra um modelo aberto de normas constitucionais de direitos fundamentais que engloba não apenas as previsões constitucionais escritas ou formais, mas também uma plêiade de direitos e garantias plasmados nos tratados de direito internacional humanitário de que o Brasil seja parte.

Mas deve se ponderar que a norma aberta da Constituição portuguesa tem traço diverso da brasileira. Isso porque a Carta lusitana, em seu art. 16º, 1, faz menção à inclusão na ordem constitucional das regras aplicáveis de direito internacional, ao passo que a Constituição brasileira não faz referência ao direito internacional em geral, e sim apenas aos tratados dos quais o Brasil faça parte<sup>16</sup>. É forçoso concluir que a cláusula portuguesa é mais aberta que a brasileira.

Distinguindo a cláusula aberta da Constituição brasileira com o inciso 22 do art. 75 da Constituição argentina, Diogo Pignataro de Oliveira alerta que “na Argentina há uma pequena diferença: os tratados de direitos humanos que são incorporados como norma constitucional são expressamente elencados em rol taxativo trazido pelo inciso XXII do art. 75, após a reforma ocorrida em 1994, o que termina por construir uma limitação que a Constituição brasileira não possui”<sup>17</sup>.

Todavia, há apenas uma aparente maior garantia brasileira de proteção constitucional dos direitos fundamentais em relação à Argentina. Isso porque, a despeito da intenção expressa do legislador detentor do Poder constituinte originário decorrente da proposta realizada e acolhida nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal trilhou entendimento muito diverso.

398

### A posição da jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil

Antes de 1977, o STF havia firmado entendimento segundo o qual os tratados internacionais tinham hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, o que estava de pleno acordo com o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>18</sup>, muito embora o Brasil não o tivesse ratificado<sup>19</sup>.

Ocorre que com a decisão proferida no Recurso Extraordinário RE 80.004, de relatoria do Ministro Xavier Albuquerque, o STF mudou seu entendimento e

<sup>16</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 395-396.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flavia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. VI, p. 115.

<sup>18</sup> Art. 27: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” - Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

<sup>19</sup> o Congresso Nacional aprovou a Convenção de Viena somente em 17 de julho de 2009 – Decreto n. 7.030/2009 – e o Presidente da República o depositou em 25 de setembro de 2009.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 389-420, jul./dez. 2013*

### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

firmou posição segundo a qual o direito interno pode revogar tratado internacional do qual o Brasil seja parte, retrocedendo em relação ao entendimento que se perfilava anteriormente sobre a primazia do direito internacional e equiparando as normas internacionais a que o Brasil tenha se obrigado à legislação ordinária brasileira.

Esse entendimento, que, *a priori*, dizia respeito aos tratados internacionais em geral, e não aos tratados concernentes aos direitos humanos, foi, em 1995, estendido aos instrumentos internacionais que tratavam de direitos humanos. Com efeito, no julgamento do *Habeas Corpus* HC 72.131, do qual era relator o Ministro Celso de Mello, o STF entendeu que era constitucional a prisão civil por dívida no caso do depositário infiel, a despeito da proibição inserta no art. 7, VII, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, externando fundamento no sentido de que “a circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual (...)”<sup>20</sup>. Divergiram desse entendimento os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

Mais contundente foi a decisão proferida pela 1ª Turma do STF em 26 de setembro de 2000 no RE 274.183, de relatoria do Ministro Moreira Alves, que, além de reconhecer a constitucionalidade do Decreto-Lei n. 911/69, que previa a possibilidade de prisão do depositário infiel no caso de alienação fiduciária, em detrimento da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (Pacto de São José da Costa Rica), frisou “que § 2º do art. 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e por isso ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional”<sup>21</sup>.

Não é demais atentar para o fato de que em 1988 o Brasil ainda não havia admitido no seu ordenamento os mais importantes tratados de direitos humanos celebrados em âmbito mundial e continental, entre eles o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos,

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=146&dataPublicacaoDj=01/08/2003&incidente=1603947&codCapitulo=5&numMateria=21&codMateria=1>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

<sup>21</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=226&dataPublicacaoDj=24/11/2000&incidente=1826937&codCapitulo=5&numMateria=37&codMateria=3>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Sociais e Culturais<sup>22</sup> e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)<sup>23</sup>.

Naturalmente, esses tratados são todos fruto de negociação e elaboração internacional do período em que o Brasil estava submetido ao governo ditatorial militar, o que impediu fossem ratificados.

Dessa forma, a decisão da 1ª Turma do STF no RE 274.183 colocou em xeque a postura do Brasil perante a comunidade internacional no que concerne ao respeito aos direitos humanos.

Embora o RE 274.183 tenha sido julgado em 26 de setembro de 2000 pela 1ª Turma, o Pleno do STF decidiu, menos de seis meses antes, precisamente em 29 de março de 2000, o RHC 79.785, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em que ficaram assentadas duas importantes questões: (1) a Constituição é norma superior às convenções internacionais e, por isso, afasta sua aplicabilidade em caso de antinomia entre a norma internacional e a Carta Maior brasileira; (2) o relator não comunga da opinião que prevalecia até então de que as normas internacionais de proteção de direitos fundamentais teriam a mesma hierarquia das normas ordinárias internas.

400

Quanto à primeira conclusão, o Ministro Sepúlveda Pertence deixou claro que “(...) a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)”<sup>24</sup>.

Com esse entendimento, o Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhado por maioria pelos demais Ministros (votaram contra os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, e esteve ausente o Ministro Celso de Mello), entendeu que: (1) a Constituição se sobrepõe aos tratados, porque a forma de introdução dos instrumentos internacionais ditados pela Constituição é menos exigente que a das emendas constitucionais; (2) os tratados que digam respeito a direitos humanos têm hierarquia superior às leis ordinárias, criando um entendimento de que estes têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal.

<sup>22</sup> Aprovados pela Assembleia Geral da ONU em 1966, só em 1992 foram aprovados pelo Congresso Nacional, depositadas as cartas de adesão e promulgados pelos Decretos n. 592 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) e n. 591 (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

<sup>23</sup> Aprovada na Conferência Especializada Interamericana sobre direitos humanos da Organização dos Estados Americanos em 22 de novembro de 1969, porém a Carta de adesão e a promulgação (Decreto 678) também só se realizaram em 1992.

<sup>24</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=225&dataPublicacaoDj=22/11/2002&incidente=1791517&codCapitulo=5&numMateria=38&codMateria=1>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

Como bem coloca Piovesan, “há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supra-constitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infra-constitucional, mas supralegal; d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal<sup>25</sup>”.

Com o objetivo de resolver a polêmica que envolvia a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, criou um novo parágrafo (§ 3º) no art. 5º da Constituição, com o seguinte teor: “§ 3º 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”.

Com essa Emenda Constitucional, o legislador equiparou o procedimento de aprovação dos tratados com o das Emendas Constitucionais, dando resposta à perplexidade que o Ministro Sepúlveda Pertence havia externado em seu voto no Plenário do STF, quando do julgamento do RHC 79.785, em 29 de março de 2000, e conferindo *status* de norma formalmente constitucional às convenções internacionais em matérias de direitos humanos.

Até hoje, apenas uma Convenção foi aprovada com a formalidade prevista no § 3º do art. 5º da Constituição: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo<sup>26</sup>.

No entanto, a introdução do § 3º ao art. 5º da Constituição, que tinha como objetivo encerrar qualquer dúvida a respeito da hierarquia dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, criou novas indagações e condições adversas à introdução dos tratados de proteção aos direitos humanos na ordem constitucional.

Com o devido respeito ao argumento apresentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento RHC 79.785, a diferença procedimental para aprovação das emendas constitucionais e dos tratados não pode influir na sua inserção na ordem constitucional, pois que foi uma decisão do poder constituinte originário incluir os tratados dos quais o Brasil é parte entre os direitos individuais a serem protegidos constitucionalmente. Em outras palavras, a aprovação expressa e deliberada de uma norma constitucional que inaugurou um modelo aberto de Constituição, no que respeita à proteção dos direitos humanos, confere legitimidade para que a própria Constituição não precise exigir um quórum ou uma maioria votante qualificada para plasmarem-se normas internacionais com densidade de direitos fundamentais no bloco de constitucionalidade que do § 2º do art. 5º da Constituição adveio.

<sup>25</sup> PIOVESAN, op. cit., p. 127.

<sup>26</sup> assinada em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Todavia, algumas questões devem ser abordadas diante do texto do § 3º do art. 5º da Constituição.

Qual seria o critério de seleção dos tratados que serão submetidos ao novo procedimento de aprovação qualificado pelas Casas Legislativas do Congresso Nacional<sup>27</sup>?

E se um tratado de proteção de direitos humanos for aprovado sem a formalidade do § 3º do art. 5º da Constituição, já que o método anterior, constante do art. 49, inciso I, não foi revogado, que hierarquia terá?

O que ocorre com os tratados que já haviam sido ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes da introdução da exigência do § 3º do art. 5º da Constituição?

Piovesan questiona, por exemplo, que “o Brasil é parte do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais desde 1992. Por hipótese, se vier a ratificar – como se espera – o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU em 10 de dezembro de 2008 [§ 3º do art. 5º da Constituição], não haveria qualquer razoabilidade a se conferir a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – hierarquia constitucional e ao instrumento principal, hierarquia meramente legal<sup>28</sup>”.

402

Oliveira<sup>29</sup> chega até mesmo a pugnar pela inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da Constituição por contradição ao § 2º do mesmo dispositivo, a menos que ambos sejam interpretados harmonicamente.

A interpretação possível, diante da linha de pensamento humanitário objetivamente exposta por Piovesan, é que os tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 são material e formalmente constitucionais, pelos seguintes motivos:

Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.<sup>30</sup>

Em outras palavras, o § 3º do art. 5º da Constituição não tornou os tratados que protegem direitos humanos anteriormente ratificados normas de hierarquia equivalente à legislação ordinária, tão somente fez a previsão da possibilidade de

<sup>27</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 126.

<sup>28</sup> PIOVESAN, op. cit., p. 129.

<sup>29</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 129.

<sup>30</sup> PIOVESAN, op. cit., p. 129-130.

### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

que os novos tratados garantidores de direitos humanos, além de materialmente constitucionais (que já o são pelo simples fato de estarem aderidos ao ordenamento nacional), sejam também formalmente constitucionais se obedecerem o processo legislativo previsto.

Assim, os tratados de direitos humanos que já haviam sido aderidos ao ordenamento anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 são material e formalmente constitucionais, fazem parte do “bloco de constitucionalidade”, como forma de harmonizar a interpretação dos parágrafos do art. 5º.

Ademais, os tratados que protegem direitos humanos que tenham sido aderidos ao ordenamento brasileiro após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004 e que não tenham passado pela exigência formal do § 3º do art. 5º da Constituição são normas materialmente constitucionais, embora não formalmente constitucionais.

O entendimento acima apresentado foi agasalhado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no RHC 18.799, de 09 de maio de 2006, que tratava da inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel à luz da CADH. Restou claro que, para a 1ª Turma do STJ, as normas internacionais que já haviam sido incorporadas ao direito brasileiro não perderam vigência com a introdução do § 3º no art. 5º da Constituição, tampouco retirou delas a hierarquia constitucional, porque o conteúdo material do direito não se altera com a exigência posterior de formalidade ou, nas suas palavras, “(...) a tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto n. 678/92, não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado (...)”. Interpretando o novel dispositivo constitucional com o que constava do § 2º, bem como das normas de recepção, sentença que “de acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional”.

Esse julgamento ainda tem mais uma questão importante. O julgamento na 1ª Turma do STJ foi unânime e participaram dele dois ministros do STJ, que hoje ocupam a cadeira de ministro do STF: Luiz Fux e Teori Albino Zavascki.

Isso poderia implicar que ambos assimilariam esse entendimento de que as convenções de direitos humanos aderidos ao ordenamento antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 teriam hierarquia constitucional. Todavia, essa conclusão, que pode até ser verdadeira para o Ministro Luiz Fux, não o é para o Ministro Teori Albino Zavascki. Isso porque ele proferiu um voto-vista, em que deixa claro estar concedendo a ordem de *habeas corpus* por motivo diverso daquele externado pelo Ministro relator José Delgado.

É que para ele a aquisição da condição de depositário pressupõe o efetivo recebimento de um bem para guarda ou conservação, ao passo que nos autos o que houve foi a assunção judicial, em acordo perante o juízo da execução fiscal

Antonio Eduardo Ramires Santoro

de realizar depósito mensal de certo valor da renda da empresa, de tal sorte que nenhum valor foi entregue ao paciente em depósito, sendo descabida a prisão por não haver sequer depósito, que, portanto, não poder ser qualificado como depositário infiel. Dessa forma, não há como se afirmar que o Ministro Teori Albino Zavascki adota esse entendimento.

O STF também mudou seu entendimento, porém de forma a não se pacificar quanto à natureza das normas de direito internacional protetivas de direitos humanos.

Com efeito, em 22 de novembro de 2006, o STF julgou o RE 466.343, em que foi relator o Ministro Cezar Peluso e entendeu-se, por unanimidade, ser inconstitucional a prisão do depositário infiel e estabeleceram-se duas posições bem claras, uma capitaneada pelo entendimento do Ministro Gilmar Mendes, para quem as normas internacionais protetivas de direitos humanos têm hierarquia supralegal, e outra, encabeçada pelo Ministro Celso de Mello (mudando seu entendimento), no sentido de que os tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional.

Esse entendimento pela ilicitude da prisão do depositário infiel foi sendo reiterado pelo STF, até que, quando do julgamento do HC 92.566, em 03 de dezembro de 2008, do qual foi relator o Ministro Marco Aurélio, foi cancelada a súmula 619,<sup>31</sup> que autorizava a decretação da prisão do depositário infiel sem necessidade de propositura de ação de depósito e, em meio aos debates, iniciou-se uma discussão sobre qual o fundamento para o entendimento de que a prisão do depositário infiel contrariaria a ordem jurídica brasileira.

Isso porque se a CADH fosse norma com hierarquia de lei ordinária, ela seria revogada por lei ordinária posterior. Como o Código Civil, que prevê a prisão do depositário infiel por dívida, é norma ordinária posterior à CADH, então a prisão civil do depositário infiel estaria admitida pelo ordenamento. Assim, passaram os ministros a discutir se estavam aderindo à tese da supralegalidade ou da constitucionalidade dos tratados em matéria de direitos humanos. *In verbis*:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Eu também, pedindo vênias ao eminente Ministro Menezes Direito, acompanho o eminente Ministro Marco Aurélio, Relator.

Aqui, podemos entender que, na verdade, a maioria perfilhou a tese da supralegalidade – acho que até com o voto do Ministro Marco Aurélio –, porque temos, hoje, no Código Civil, a previsão da prisão civil do depositário infiel, mesmo pós-*Pacto de San José*.

<sup>31</sup> Súmula 619 – STF: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.” De 17 de outubro de 1984, publicada no Diário oficial em 29 de outubro de 1984.



### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas não teríamos, Presidente, as normas instrumentais necessárias ao implemento do Código de Processo de 73 e o Pacto de 92.

Agora, pelo Código Civil, sim, mas não quanto – eu precisaria conferir – ao depositário judicial em si.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Houve, no julgamento anterior, clara dispersão dos fundamentos que deram suporte às correntes que se formaram, nesta Corte, no exame da controvérsia em referência.

De um lado, e conferindo natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, situam-se os votos dos Ministros ELLEN GRACIE, CEZAR PELUSO, EROS GRAU, além do meu próprio.

De outro lado, estão os votos dos Ministros que atribuem hierarquia especial (Ministro MENEZES DIREITO) ou conferem caráter de supralegalidade às referidas convenções internacionais (Ministros GILMAR MENDES, RICARDO LEWANDOWSKI, CARMEN LÚCIA e CARLOS BRITTO).

O eminente Ministro MARCO AURÉLIO não perfilhou qualquer dessas duas orientações.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: A Ministra Carmen Lúcia, creio, acompanhou nessa linha também.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim, o voto da eminente Ministra CARMEN LÚCIA acolheu a tese da supralegalidade.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: Pela hierarquia especial.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Observo, por relevante, que, embora majoritária (cinco votos), a tese da supralegalidade ainda não foi acolhida pela maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal, eis que a corrente que confere natureza constitucional aos tratados internacionais em referência foi sufragada por 04 (quatro) votos (o meu próprio e os votos dos Ministros ELLEN GRACIE, CEZAR PELUSO e EROS GRAU).

Vê-se, desse modo, que somente 09 (nove) Ministros se pronunciaram sobre as 02 (duas) posições debatidas nesta causa, pois, além do Ministro MARCO AURÉLIO – que entendeu desnecessário aderir a qualquer das 02 (duas) correntes em discussão (critério da supralegalidade x critério da constitucionalidade) para resolver a controvérsia jurídica –, também o eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA não se pronunciou sobre essa específica questão.

Embora não se tenha chegado a uma posição definitiva sobre o tema da natureza das normas internacionais de direitos humanos, deve se ressaltar que os Ministros Menezes Direito, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Eros Grau, Carlos Britto e Joaquim Barbosa não compõem mais o STF.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 389-420, jul./dez. 2013*

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Um ponto de extrema relevância nas posições do STF, e que avançou depois do julgamento do RE 466.343 e do HC 92.566, diz respeito à hermenêutica constitucional dos direitos humanos.

No HC 96.772, julgado em 09 de junho de 2009, pela 2ª Turma, o relator Ministro Celso de Mello reiterou seu entendimento de que as normas internacionais de direitos humanos têm hierarquia constitucional, porém reconheceu, em linhas gerais, que esta não é uma questão plenamente definida pelos demais Ministros da Corte. De toda forma, conformou seu entendimento sobre a hermenêutica das normas de direitos humanos, compreendendo que, para além da hierarquia das normas, há de se aplicar a norma mais favorável à pessoa humana, que, tanto pode estar na Constituição, como na norma internacional ou na lei interna, no que foi acompanhado à unanimidade pelos demais Ministros. *In verbis*:

406

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<sup>32</sup>.

Compreende-se, diante de tudo que se expôs, que não há uma posição consolidada no STF quanto à hierarquia das normas internacionais que dispõem sobre direitos humanos.

<sup>32</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=96772&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

Duas correntes se formaram: uma, que adota a tese da infraconstitucionalidade, porém da suprallegalidade das normas internacionais de direitos humanos, que parece ser majoritária, embora não conte com a adesão da maior parte dos Ministros do STF (daqueles que ainda se encontram no STF, filiam-se a essa posição o Ministro Gilmar Mendes, a Ministra Carmen Lúcia e o Ministro Ricardo Lewandowski); outra, a dos que adotam a tese da constitucionalidade das normas internacionais de direitos humanos (hoje está no STF apenas o Ministro Celso de Mello, porém deve se ressaltar que este foi o entendimento do Ministro Luiz Fux, ao julgar o RHC 18.799, de 09 de maio de 2006, do qual não era relator, quando ainda era Ministro do STJ).

Há, todavia, o entendimento de que *a priori* resta consolidado (HC 96.772) no sentido de que a hermenêutica dos direitos humanos deve ser na máxima efetividade dos direitos fundamentais, devendo ser aplicada a norma mais favorável, independentemente de ser ela de natureza internacional ou interna, constitucional ou infraconstitucional. Resta saber se, no conflito entre uma norma constitucional e um direito fundamental assegurado por tratado de que o Brasil faça parte, esta posição prevalecerá.

A despeito desta análise da posição do STF, firma-se entendimento no sentido de que há no Brasil, diante do conteúdo dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição brasileira, três espécies de tratados de proteção dos direitos humanos no que respeita à sua entronização no ordenamento brasileiro: (1) os tratados de direitos humanos que têm hierarquia constitucional formal e material, por terem sido aprovados pelo Congresso Nacional pelo procedimento qualificado equiparado às Emendas Constitucionais, na forma do § 3º do art. 5º da Constituição; (2) os tratados de direitos humanos aprovados de forma ordinária anteriormente à introdução do § 3º do art. 5º da Constituição, que têm hierarquia formal e materialmente constitucional; (3) os tratados de direitos humanos que têm hierarquia constitucional apenas material, por terem sido aprovados pelo Congresso Nacional na forma ordinária, posteriormente à Emenda Constitucional que incluiu o § 3º no art. 5º da Constituição.

Isso implica que os tratados de direitos humanos que forem material e formalmente constitucionais não podem ser denunciados por alcançarem o *status* de cláusula pétrea, na forma do art. 60, § 4º, da Constituição e formam o núcleo de valores fundamentais da ordem constitucional, não podendo sequer serem revogados por Emenda Constitucional. Já os tratados de direitos humanos que constituem normas apenas materialmente constitucionais podem ser denunciados na forma prevista no texto do próprio tratado a que aderiu.

### ESTADO DE EXCEÇÃO E SISTEMA PENAL DO INIMIGO FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

A versão mais violenta de controle social pelo Estado é precisamente o sistema penal. Por sistema penal não estão compreendidos o sistema legislativo, o

Antonio Eduardo Ramires Santoro

sistema judiciário, a dogmática do direito penal ou as regras de processo penal, mas, como na visão de Zaffaroni,<sup>33</sup> o sistema penal pode ser entendido tanto em sentido mais estrito, como o *controle social punitivo institucionalizado* (que abarca desde quando se supõe detectar a prática de um delito até a execução da pena), ou em sentido mais amplo, abarcando as ações supostamente terapêuticas ou assistenciais (instituição psiquiátrica, asilos, etc.).

O sistema penal não pode estar alheio aos direitos fundamentais. Estes devem exercer diversas funções no sistema penal, para que sua configuração se aproxime maximamente de um ótimo sistema democrático.

Falar *prima facie* em direito de punir do Estado ou *jus puniendi*, como latinizam alguns doutrinadores, é fechar os olhos para o fato de que o Estado detém *a priori* o poder, e não o direito, de punir. Essa não é uma mera retórica linguística, mas tem um significado político, antes de jurídico (com reflexos inexoráveis no Direito, todavia), que implica em trazer ao debate uma diferença pouco discutida entre aquilo que deve ser atribuído e o que deve ser limitado.

Os processos legislativos que politicamente estabelecem os direitos fundamentais do cidadão atribuem concessões que, em condições não democráticas (ou até mesmo democráticas, como abordado a seguir), não seriam necessariamente garantidas pelos Estados, ao passo que, ao regularem o exercício do poder de punir, não estão outorgando direito algum ao Estado, mas lhe estabelecendo limites ao uso desmesurado desse poder.

408

Sem limites que se possam estabelecer ao poder punitivo do Estado, a democracia resta trôpega, e o totalitarismo passa à regra, mesmo sem declarar-se tal, como que sorrateiramente utilizando-se de um estado de exceção para estabelecer uma ditadura democrática.

Em que pese se compreender a origem da positivação dos direitos humanos como resultado do conflito político que subjaz das relações sociais, da relação entre Estados e da contenção dos perigos do avanço de ideologia que se oponha aos grupos de Estados que se criaram sobretudo após a Segunda Guerra, os direitos fundamentais e sua introdução da ordem internacional para o ordenamento interno de cada país têm papel determinante na limitação do (ab)uso do poder de punir.

Todavia, a História mostra que os soberanos usaram subterfúgios políticos para o afastamento da aplicação dos direitos humanos da ordem jurídica e a institucionalização de um sistema penal autoritário.

Agamben aborda a questão do estado de exceção e o debate sobre sua posição política ou jurídica, que terá importância decisiva para a configuração do sistema penal estatal.

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, Parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 70.

### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

Esclarece que a “contiguidade essencial entre estado de exceção e soberania foi estabelecida por Carl Schmitt em seu livro *Politische Theologie (...)*”<sup>34</sup>, escrito em 1922, para quem o soberano é “aquele que decide sobre o estado de exceção”<sup>35</sup> assumindo que o problema pertence ao âmbito político, mas tratando o jurídico de forma mais complexa, pois o “que está em questão [é] o próprio limite do ordenamento jurídico”<sup>36</sup>.

Como bem coloca Zaffaroni,<sup>37</sup> esse poder político de decisão sobre o estado de exceção e sobre o que deve estar dentro da ordem jurídica ou fora levou ao “poder de definição do *hostis*”<sup>38</sup> ou *Fremde* (estranho) e inspirou Mezger a participar da elaboração do projeto sobre os *Gemeinschaftsfremde* (estranhos à comunidade), que possibilitou juridicamente o envio de judeus aos campos de concentração. Como coloca Zaffaroni, “são várias as observações reveladoras para um direito penal do inimigo a partir de Schmitt”<sup>39</sup>.

É sabido que Jakobs, identificando que em cada país existem normas chamadas por ele de legislação de luta e concluindo que “quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal (...) por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo”, propôs um direito penal do inimigo não autoritário, asseverando que “um direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaça *todo* o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do inimigo”<sup>40</sup>.

Em comparação entre o direito penal do inimigo defendido por Jakobs e o pensamento de Schmitt, Zaffaroni deixa claro que a pretensão de polarizar o direito penal (inimigo *versus* cidadão) encontra óbice na determinação de sua extensão. Afinal “quem decide quem são os inimigos”? E completa: “a resposta não parece ser muito diferente à de Schmitt, salvo que este último o postula como função própria e exclusiva da política e Jakobs limita-se a constatá-la como dado da realidade [*guerra ou luta contra o crime organizado, delitos graves, criminalidade sexual, corrupção, droga, criminalidade econômica, terrorismo, etc.*]<sup>41</sup>. Esta possibilidade de ilimitada definição política do inimigo elimina toda garantia de que esta não chegue aos extremos que racionalizou Mezger<sup>42</sup>”.

409

<sup>34</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 11.

<sup>35</sup> SCHMITT, Carl. *Politische theologie*, apud AGAMBEN, op. cit., p. 11.

<sup>36</sup> AGAMBEN, op. cit., p. 39.

<sup>37</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; OLIVEIRA, Raimundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 131.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>40</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manoel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 49-50.

<sup>41</sup> Explicação do autor.

<sup>42</sup> ZAFFARONI; OLIVEIRA, op. cit., p. 125.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

A posição de Schmitt sustentada no *Politische Theologie* é, na visão de Agamben, uma resposta a Benjamim, que, em seu texto de 1921 “Crítica da violência: crítica do poder”, defendia que a violência pura está fora do direito, ao passo que Schmitt defende que não há violência fora do direito, porque no estado de exceção ela está incluída no direito pela sua própria exclusão.

Para Schmitt “o soberano (...) é identificado com Deus e ocupa no Estado exatamente a mesma posição que, no mundo, cabe a Deus no sistema cartesiano<sup>43</sup>”, ao passo que para Benjamin o soberano “fica fechado no âmbito da criação, é senhor das criaturas, mas permanece criatura<sup>44</sup>”. Não há qualquer coincidência entre o pensamento de Schmitt, que postula um poder soberano total (totalitarismo) criador e sobreposto às leis, definidor de quem se submete ao seu próprio ordenamento, e o de Benjamim, que pugna pela submissão do soberano às suas próprias leis (Estado de direito).

Essa comparação com Deus, leva o pensamento de Schmitt a situar o soberano não mais como o limiar que garante a articulação entre “um dentro” e “um fora” do contexto jurídico, mas uma “zona absoluta de indeterminação entre anomia e direito, em que a esfera da criação e a ordem jurídica são arrastadas em uma mesma catástrofe<sup>45</sup>”.

Marcadamente Schmitt ainda não havia se filiado ao partido nazista quando publicou *Politische Theologie* (Teologia Política<sup>46</sup>), mas deve se acrescentar que o Terceiro Reich era, tecnicamente na teoria schmittiana, uma ditadura soberana,<sup>47</sup> que deveria levar à abolição definitiva da Constituição de Weimar e à instauração de uma nova ordem constitucional. No entanto, o que ocorreu na prática foi a proclamação de um estado de exceção em 1933, que nunca foi revogado. Isso colocava sua teoria em xeque na medida em que a exceção e a regra não se podiam mais separar.

Infelizmente, a utilização do estado de exceção não foi uma prática isolada no tempo, ao contrário, a partir da Segunda Guerra, “a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos<sup>48</sup>”.

E isso não foi um fenômeno político apenas do imediato pós-guerra, tampouco restrito aos Estados vinculados à determinada ideologia.

<sup>43</sup> SCHMITT apud AGAMBEN, op. cit., p. 89.

<sup>44</sup> BENJAMIN apud AGAMBEN, op. cit., p. 89.

<sup>45</sup> AGAMBEN, op. cit., p. 89.

<sup>46</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>47</sup> Para Schmitt (no livro *Die Diktatur*, de 1921, e não no *Politische Theologie*, de 1922), ditadura soberana deveria levar a uma nova ordem constitucional, ao passo que ditadura comissária visava manter aquela ordem.

<sup>48</sup> AGAMBEN, op. cit., p. 13.

### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

É absolutamente inegável que a URSS stalinista estabeleceu um estado permanente de exceção, mas essa também foi a prática nos Estados latino-americanos que, em nome da luta contra o comunismo e a subversão, instauraram ditaduras militares supostamente para “restaurar a democracia”.

No particular caso do Brasil, o controle social estabelecido pelo governo militar pelos Atos Institucionais (em especial o AI5) é revelador de um estado de exceção, porquanto “(...) é determinante que, em sentido técnico, o sintagma ‘força de lei’ se refira, tanto na doutrina moderna quanto na antiga, não à lei, mas àqueles decretos – que têm justamente, como se diz, força de lei – que o poder executivo pode, em alguns casos – particularmente, no estado de exceção – promulgar<sup>49</sup>”.

Todavia, é falacioso ignorar, como ressaltou Agamben, que as próprias democracias adotam modelos de exceção, escolhendo seus inimigos e criando campos de não aplicação de normas ou de criação de normas especialmente mais rígidas para determinados grupos de pessoas.

É exatamente o que aconteceu nos Estados Unidos após os ataques de 11 de setembro de 2001, com a criação de exclusões da ordem jurídica para grupos de pessoas, de forma não muito diversa do que ocorreu na Alemanha de 1933:

O significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente na “military order”, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001, e que autoriza a “indefinite detention” e o processo perante as “military commissions” (não confundir com os tribunais militares previstos pelo direito da guerra) dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas.

Já o *USA Patriotic Act*, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, permite ao *Attorney general* “manter preso” o estrangeiro (*alien*) suspeito de atividades que ponham em perigo “a segurança nacional dos Estados Unidos”; mas, no prazo de sete dias, o estrangeiro deve ser expulso ou acusado de violação da lei sobre imigração ou de algum outro delito. A novidade da “ordem” do presidente Bush está em anular radicalmente todo o estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável. Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de POW [prisioneiros de guerra] de acordo com a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado segundo as leis norte-americanas. Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas *detainees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário. A única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus nos

<sup>49</sup> Ibid., p. 60.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

*Lager nazistas: juntamente com a cidadania, haviam perdido toda identidade jurídica, mas conservavam pelo menos a identidade de judeus. Como Judith Butler mostrou claramente no *detainee* de Guantánamo, a vida nua atinge sua máxima indeterminação*<sup>50</sup>.

Embora se possa situar no tempo essa nova ordem de exceção pós-ataque às Torres Gêmeas como o período que se seguiu ao fatídico 11 de setembro de 2001, a verdade é que um estado interno de exceção já se criava com a política nova-iorquina de tolerância zero (*zero tolerance*), com base na qual Rudolph Giuliani (que foi promotor da cidade) se elegeu prefeito.

De acordo com a política de tolerância zero, Rudolph Giuliani comandou institucionalmente um empreendimento racista que teria levado Nova Iorque à diminuição da criminalidade.

Firme na teoria da janela quebrada, segundo a qual alguém que hoje quebra uma janela (pratica um desvio menor), amanhã irá roubar e matar (praticará crimes graves), o departamento de polícia de Nova Iorque realizou (e ainda realiza) permanente assédio aos pobres em espaços públicos, praticando detenções arbitrárias na suposta luta contra a “criminalidade futura”, promovendo prisões para averiguações de antecedentes pessoais e da própria família como forma de encontrar indícios de que alguém já foi um “quebrador de janelas” e, portanto, um criminoso em potencial.

412

Porém, essa vinculação entre a teoria criminológica da janela quebrada e a repressão policial aos pobres, que naturalmente era feita a negros e latinos, denotando uma seleção criminalizante primária racial, não tinha gênese na referida teoria criminológica, serviu apenas para um discurso oficial *a posteriori* a fim de legitimar a já conhecida violência policial, como bem observa Wacquant:

Jack Maple – “o gênio da guerra contra o crime”, braço direito de Bratton e introdutor do “policimento de qualidade de vida” no metrô, antes de estendê-lo às ruas afirma com todas as letras, em sua autobiografia, publicada em 1999 com o título “tipo caubói” de *Crime Fighter*: “As ‘janelas quebradas’ não passam de uma extensão daquilo que nós costumávamos chamar de teoria dos ‘quebra-culhões’, produzida pela sabedoria policial comum (...)”<sup>51</sup>.

Criando um estado de exceção policialesco em Nova Iorque, Giuliani arregimentou número suficiente de votos para se eleger e reeleger prefeito. Mas também para angariar protestos entre os “inimigos” escolhidos a dedo, a saber, pobres, latinos e negros, que de uma maneira geral se confundem no olhar pequeno burguês da sociedade americana.

<sup>50</sup> Ibid., p. 14-15.

<sup>51</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* [a onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 437-438.



### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

A queda da criminalidade em Nova Iorque, propagandisticamente atribuída à política de tolerância zero, encontrava outras explicações diversas como a (também questionável sob o ponto de vista do preconceito) permissão do aborto anos antes<sup>52</sup> ou a decrescente criminalidade em todo os EUA em razão do progresso econômico que viveu na década de 1990<sup>53</sup>.

A popularidade de Giuliani começou a cair, na medida em que o fundamento do seu empreendimento ficou abalado quando se descobriu que sua obsessiva valorização da honestidade era uma farsa, já que o seu pai tinha cumprido pena por 16 meses por um “assalto a mão armada” praticado em 1934.

O ataque às Torres Gêmeas em 11 de setembro de 2001 o fez ressurgir como herói nacional e sua política de tolerância zero, verdadeiro sistema penal do inimigo, e a própria teoria de Jakobs influenciaram a nova política criminal mundial americana, escolhidos que estavam os inimigos: estrangeiros, em especial os de origem muçulmana.

Na “guerra contra o terror”, os EUA não apenas moveram o mundo, provocando duas guerras não autorizadas pelo Conselho de Segurança da ONU (Afganistão – 2001, e Iraque – 2003), com o apoio da OTAN (vale lembrar que os EUA buscaram apoio dos países latino-americanos invocando o TIAR<sup>54</sup>), como criaram regimes de exceção (*military order* e *USA Patriotic Act*), que violaram os direitos humanos no mundo todo.

Basta verificar que, em junho de 2013, o funcionário da CIA Edward Snowden revelou detalhes de um amplo esquema de monitoramento de informações pessoais e de comunicações por dados e telefone mantido pelo governo americano em quase todo o mundo, violando a soberania dos Estados, por exemplo, com a manutenção de um escritório em Brasília da National Security Agency – NSA, Agência Nacional de Segurança dos EUA para isso, bem como a utilização de uma rede de informações de empresas americanas que atuam em território estrangeiro como Google, Microsoft, Facebook, Yahoo, Skype e Apple<sup>55</sup>.

Em vez de haver uma comoção mundial contra a ingerência dos EUA na soberania dos Estados e a grave violação dos direitos humanos do mundo inteiro, as únicas atitudes práticas sobre o caso revelaram uma “solidariedade” com o Departamento de Justiça dos EUA, que iniciou uma procura a Snowden, acusado de traição à pátria (conferindo clara natureza política à perseguição empreendida), com a ameaça de sérios reflexos nas relações dos países que

413

<sup>52</sup> LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen. J. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. Tradução de Regina Lyra. 7. ed. São Paulo: Campus Elsevier, 2005.

<sup>53</sup> BATISTA, Vera Malaguti. Intolerância dez, ou a propaganda é a alma do negócio. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, n. 4, 1997.

<sup>54</sup> Tratado Interamericano de Assistência Recíproca.

<sup>55</sup> Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130610\\_snowden\\_perfil\\_cc.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130610_snowden_perfil_cc.shtml)>. Acesso em: 11 ago. 2013.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

resolvessem dar asilo político a um funcionário da CIA que contribuiu com o *status libertatis*, garantido por todos os tratados internacionais de direitos humanos, aos quais convenientemente os EUA não se submetem.

A Espanha chegou a impedir que o avião em que se encontrava o presidente da Bolívia, Evo Morales, saindo da Rússia, lugar em que supostamente se encontrava Snowden, sobrevoasse seu território<sup>56</sup>, por acreditar que esse avião transportava o ex-funcionário norte-americano, o que não era verdade, e os países latino-americanos exigiram desculpas públicas dos países europeus por terem impedido que o avião presidencial boliviano sobrevoasse seu espaço aéreo.

Os EUA disseram que a responsabilidade pelo incômodo causado a Evo Morales era de Portugal, Espanha, França e Itália<sup>57</sup>. Todavia, como a Rússia resolveu conceder asilo temporário a Snowden, o presidente dos EUA, Barack Obama, resolveu cancelar no dia 08 de agosto de 2013 o encontro bilateral que teria com o presidente russo Vladimir Putin<sup>58</sup>, revelando a verdadeira posição estadunidense quanto ao tema e, sobretudo, quanto ao (des)respeito aos direitos humanos.

Mas a criação de estados de exceção em democracias (ou pelo menos aquilo que se apresenta como uma democracia) e a escolha política dos inimigos não são exclusividade americana. Como bem adverte Anyar de Castro<sup>59</sup>, a Venezuela de Hugo Chavez também criou seus inimigos políticos com claras consequências no sistema penal.

414

Em discurso presidencial de 3 de julho de 2007, Chávez advertiu que “dizer que a Força Armada está politizada é o discurso do *inimigo*<sup>60</sup>”. Definindo com clareza o inimigo, o então presidente afirmou que “ser rico é mau”, “os ricos são maus<sup>61</sup>”.

Com isso, Chávez incitava o ódio, a violência e o desprezo pelos direitos humanos, convocando as tropas de soldados ao absurdo: “Os senhores saberão para onde apontar os fuzis: se para o peito da burguesia traidora ou contra o peito da população<sup>62</sup>”. Cria-se, assim, dois polos de amigos (povo) e inimigos (burguesia), e dizendo “socialismo ou morte” e “quem não é como você [povo] deve morrer<sup>63</sup>”, resta estabelecida a base para a determinação política do inimigo

<sup>56</sup> Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/espanha-recebeu-informacoes-de-que-snowden-estava-no-aviao-de-evo-morales-1599389>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

<sup>57</sup> Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/eua-atiram-responsabilidades-sobre-voos-de-morales-para-portugal-espanha-franca-e-italia-1599224>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

<sup>58</sup> Disponível em: <<http://www.portugues.rfi.fr/geral/20130808-caso-snowden-revela-clima-de-guerra-fria-entre-eua-e-russia>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

<sup>59</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia de los derechos humanos*: criminologia axiológica como política criminal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010. p. 287 e ss.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 287 (tradução livre).

<sup>61</sup> *Id.*, (tradução livre).

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 288 (tradução livre).

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 289 (tradução livre).

### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

do povo e o fundamento para um sistema penal do inimigo, autoritário e discriminatório que não pretende respeitar direitos humanos, justificando a desinstitucionalização e a castração do Poder Judiciário e de outras instituições de controle social e penal, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, os quais são utilizados “como instrumento de vingança política mais que como ferramenta para fazer valer o Estado de direito (imputações agressivas e sem fundamento, juízos inacabados para os inimigos, impunidades de suspeitos afins aos governo, não investigação de denúncias de corrupção, etc.)<sup>64</sup>”.

Entretanto, deve se pontuar que o estado de exceção e a criação do inimigo não é apenas uma realidade de governos totalitários. Mesmo em países democráticos, por assim dizer, como o Brasil, não raro encontram-se atos que demonstram opções político-criminais nada ajustadas a um ambiente democrático constitucional.

Veja-se, por exemplo, o que ocorreu no mês de junho de 2013 no Brasil, em especial no Rio de Janeiro. Uma onda de protestos sem liderança aparente, organizados pelas redes sociais na rede mundial (*internet*), tomou o país por um pleito aparentemente simples: a diminuição do preço das passagens de ônibus.

Como as manifestações foram violentamente rechaçadas pelo Poder Público, cujos governos ironicamente hoje são ocupados em sua grande maioria por opositoristas do governo militar das décadas de 1960, 1970 e 1980 que saíram às ruas contra o regime naquela ocasião, os movimentos foram tomando vulto e encampando uma série de pautas absolutamente ligadas à situação em que se encontra o país, a começar pela obscura relação entre empresas privadas e governantes, que, de um olhar geral, estava sendo protegida dos manifestantes pelo Poder Público. A corrupção e os gastos públicos desnecessários passaram a tema da hora e motivaram os protestos em larga escala, desvelando uma juventude sadiamente politizada, que até este momento histórico não se havia feito ouvir.

Alguns protestos reuniram milhares de pessoas na Avenida Rio Branco (mais de 100 mil pessoas em 17 de junho de 2013) e na Avenida Presidente Vargas (mais de 300 mil pessoas em 20 de junho de 2013) no Centro da cidade do Rio de Janeiro, tamanho engajamento da população carioca com as causas difusas e sem líderes políticos conhecidos dos protestos.

A violência, todavia, instalou-se nas ruas como uma via de mão dupla. De um lado, praticada pela polícia militar, acostumada a lidar com “bandidos” de acordo com a teoria dos “quebra-culhões”, produzida pela sabedoria policial comum a que se referiu Wacquant<sup>65</sup>. De outro, praticada por grupos de manifestantes exaltados que constituíram uma minoria numericamente insignificante diante da massa que se mobilizava pacificamente para manifestar-se. Essa violência foi se

<sup>64</sup> Ibid., p. 289-290 (tradução livre).

<sup>65</sup> WACQUANT, op. cit. p. 437-438.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

retroalimentando entre os grupos e produziu violência pura (no sentido referido por Benjamin, a que fez referência Agamben), em uma espiral sem controle.

Muitos movimentos foram realizados pelos manifestantes no sentido de demonstrar que o objetivo não era o conflito, mas a gestão da violência pelo governo do Estado do Rio de Janeiro já havia criado a “guerra ao inimigo” e confiscou para si o conflito que *a priori* era com o município (pleito pela redução das tarifas do transporte público) e o governo federal (pleitos contra corrupção, contra a falta de representatividade popular na democracia representativa em crise institucional, contra os gastos públicos desmesurados e em áreas alheias ao interesse primordial da população, contra as escusas relações entre grandes corporações privadas parasitárias do poder público, que participam diretamente com verbas para campanhas políticas, entre outros), demonstrando que estava em jogo, na realidade, a própria estrutura de manutenção de poder.

Após protestos realizados no Leblon, bairro de alto poder aquisitivo da cidade do Rio de Janeiro, onde mora o governador, e por ter ocorrido um grande tumulto, Sérgio Cabral convocou uma reunião de emergência com a “cúpula da segurança” do Estado<sup>66</sup> e no dia seguinte editou o Decreto n. 44.302, de 19 de julho de 2013, no qual estabeleceu as premissas do que seria uma clara tentativa de formar um estado de exceção, ultrapassando os limites que o próprio Carl Schmitt estabeleceu (dado que para ele o estado de exceção decorre do poder do soberano, e não do administrador público comum), pois que além de escolher os inimigos, o fez sem a detenção de qualquer poder de soberania.

416

Nesse Decreto, o governador do Rio de Janeiro escolheu expressamente o inimigo em seu preâmbulo, qual seja, “grupos organizados” que perpetraram “atos de vandalismo”. Os “vândalos” são os inimigos escolhidos. Uma alcunha indefinida, que permite seja aplicada contra qualquer manifestante e, portanto, serve ao propósito de escolher não apenas politicamente aquele a quem a ordem jurídica deixará de render sua proteção, mas sobretudo permite uma escolha circunstanciada e arbitrária.

Para tanto, criou uma “Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo em Manifestações Públicas – CEIV”, composta pelo Ministério Público, pela Secretaria de Segurança Pública, pela Polícia Civil e pela Polícia Militar (nenhuma participação dos setores da sociedade!), com poderes inclusive de quebrar sigilos que a Constituição Federal considera invioláveis. A ordem constitucional reconhece o sigilo das comunicações e permite, em casos especificados em lei e mediante prévia autorização judicial, seu afastamento por tempo limitado. O referido Decreto vulnerou os direitos fundamentais, afastou as garantias constitucionais e atribuiu a esta Comissão poderes de, sem ordem judicial e com prioridade, obter diretamente das Operadoras de Telefonia, informações para investigar os atos de “vandalismo”.

<sup>66</sup> Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/apos-quebra-quebra-no-leblon-cabral-convoca-reuniao-de-emergencia-com-cupula-de-seguranca-18072013>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

Diante da manifestação de diversas entidades de direitos humanos e órgãos preocupados com a gravidade de estabelecimento de um estado de exceção sem qualquer fundamento constitucional e sem poderes de soberania, o decreto foi revogado em 24 de julho de 2013.

Todavia, a definição de uma política de enfrentamento do inimigo e eliminação das garantias do cidadão, plasmadas na Constituição, é sentida na admissão institucional da violência ao cidadão e ao Direito.

Isso ficou muito claro quando em 30 de setembro de 2013 foi divulgado pelas redes sociais e na imprensa<sup>67</sup> um vídeo em que um policial forjou que um menor estivesse portando morteiros e o deteve, algemando-o e conduzindo-o para delegacia. Embora o vídeo tenha tido ampla divulgação e dispusesse de dispositivo de som em que se podia ouvir o menor dizer “eu não fiz nada” e o policial militar responder “está preso, está com três morteiros”, desvelando a orientação da corporação de como seus comandados deveriam lidar com o público que protestava por um plano de cargos para professores da rede municipal, a Polícia Militar do Rio de Janeiro divulgou uma nota oficial em seu sítio na internet rechaçando a acusação e alegando que o adolescente teria sido abordado por “conduta atípica<sup>68</sup>”. Posteriormente, em razão da pressão social pela imensa divulgação do vídeo, o Ministério Público pediu a identificação dos policiais que forjaram o flagrante, e a Polícia Militar abriu sindicância para apurar as imagens.

Pior que a conduta do policial é a postura da Polícia Militar, que justifica prisões arbitrárias como se não fosse ilegal algemar alguém por “conduta atípica” e conduzi-lo à delegacia. Isso é o reflexo da política criminal de combate ao inimigo estabelecida pela própria cúpula de segurança do Estado, sendo claro que a violação dos direitos humanos se revela em cada atuação policial, e quem eventualmente responderá será a população (porquanto é evidente que este menor não foi objeto do sistema penal, porque a arbitrariedade foi amplamente divulgada; caso contrário, seria preso e responderia à acusação de ato infracional análogo ao um inexistente tipo de “vandalismo”) ou o próprio policial militar, pois que, uma vez identificada a violação dos direitos do cidadão, é ele quem responderá com seu cargo ou sua liberdade por estar dando cumprimento à perversa política repressiva estabelecida pelo governo, como ocorreu no caso concreto.

417

### CONCLUSÃO

Todos esses casos brevemente relatados são apenas exemplos de estados de exceção que se instalaram, pretenderam se instalar ou estão em vias de serem instalados. O grande problema é que as medidas excepcionais demandam melhor

<sup>67</sup> Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/video-jovem-detido-apos-policial-forjar-possede-morteiro-em-protesto-no-centro-10232090>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

<sup>68</sup> Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/pm-nega-acusacao-de-forjar-flagrante-e-abre-sindicancia-sobre-video,c1e306ccf6b71410VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

compreensão das possibilidades jurídicas de sua realização, por meio do estado de exceção, sob pena de instalarem um direito penal do inimigo no seio do Estado que se pretenda democrático. No dizer de Agamben, “as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas pelo direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal<sup>69</sup>”.

Não se quer dizer que o estado de direito não possa admitir o reconhecimento da possibilidade de uma eventual necessidade de exercício de poder de contenção, mas é exatamente por isso que o estado de exceção deve estar pautado em uma teoria que o legitime e fixe rigorosamente seus requisitos de existência e validade, vez que “se a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão, uma teoria do estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito<sup>70</sup>”.

O estado de exceção deve ter previsão na ordem jurídica e estar limitado pelo tempo, sob pena de deixar de ser exceção e passar à regra, pois, como bem observa Zaffaroni, “historicamente o direito penal autoritário sempre instalou-se como exceção, e logo *ordinarizou-se*”<sup>71</sup> e, na sentença definitiva de Agamben, “quando o estado de exceção em que eles [a vida e o direito] se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal<sup>72</sup>”.

418

O estado de exceção que se admite em um estado de direito é sempre excepcional e emergencial, limitado pelas previsões constitucionais<sup>73</sup>.

A positivação dos direitos humanos e sua constitucionalização desempenham papel fundamental na democratização do sistema penal. É precisamente a compreensão de que a definição das regras do estado de exceção, figurando como um direito fundamental limitador do poder punitivo, que pode impedir a utilização totalitária e repressiva do sistema penal, o que permite concluir não haver espaço democrático dentro de um estado de direito para um direito penal do inimigo.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010.

<sup>69</sup> AGAMBEN, op. cit., p. 12.

<sup>70</sup> Id.

<sup>71</sup> ZAFFARONI; OLIVEIRA, op. cit., p. 131.

<sup>72</sup> AGAMBEN, op. cit., p. 130-131.

<sup>73</sup> Estado de Defesa (artigo 136 da CF/88), Estado de Sítio (artigo 137 da CF/88) e Intervenção (artigo 34 a 36 da CF/88).

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 389-420, jul./dez. 2013*

### Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

APÓS quebra-quebra no Leblon, Cabral convoca reunião de emergência com cúpula de segurança. R7. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/apos-quebra-quebra-no-leblon-cabral-convoca-reuniao-de-emergencia-com-cupula-de-seguranca-18072013>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BATISTA, Vera Malaguti. Intolerância dez, ou a propaganda é a alma do negócio. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, n. 4, 1997.

BRANDÃO, Adriana. Caso Snowden revela clima de Guerra Fria entre EUA e Rússia. *RFi Português*. Disponível em: <<http://www.portugues.rfi.fr/geral/20130808-caso-snowden-revela-clima-de-guerra-fria-entre-eua-e-russia>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte (Atas das Comissões)*, v. 1-C. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em: 08 ago. 2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso em Habeas Corpus 18.799. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=rhc+18799&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 72.131. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=146&dataPublicacaoDj=01/08/2003&incidente=1603947&codCapitulo=5&numMateria=21&codMateria=1>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 96.772. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=96772&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 274.183. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=226&dataPublicacaoDj=24/11/2000&incidente=1826937&codCapitulo=5&numMateria=37&codMateria=3>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79.785. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=225&dataPublicacaoDj=22/11/2002&incidente=1791517&codCapitulo=5&numMateria=38&codMateria=1>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Proceso penal e derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. 2. ed. atualizada por Santiago Martínez. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Ex-funcionário da CIA diz que revelou segredos dos EUA para “defender liberdade”. *BBC Brasil*. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130610\\_snowden\\_perfil\\_cc.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130610_snowden_perfil_cc.shtml)>. Acesso em: 11 ago. 2013.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manoel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

JOVENS se refugiam em universidade por temer prisões; PM nega cerco. *GI*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/06/jovens-se-refugiam-em-universidade-por-temer-prisoas-no-rio.html>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen. J. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. Tradução de Regina Lyra. 7. ed. São Paulo: Campus Elsevier, 2005.

MARTINS, Alexandre. Espanha informada de que Snowden seguia no avião de Morales, Portugal mantém “considerações técnicas”. *Público*. Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/espanha-recebeu-informacoes-de-que-snowden-estava-no-aviao-de-evo-morales-1599389>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

MARTINS, Alexandre. EUA atiram responsabilidade sobre voo de Morales para Portugal, Espanha, França e Itália. *Público*. Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/eua-atiram-responsabilidades-sobre-voe-de-morales-para-portugal-espanha-franca-e-italia-1599224>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v. 4.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flavia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas Essenciais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. VI, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

420

PM nega acusação de forjar flagrante e abre sindicância sobre vídeo. *Terra*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/pm-nega-acusacao-de-forjar-flagrante-e-abre-sindicancia-sobre-video,c1e306ccf6b71410VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SPINELLO, Evandro; SOARES, Pedro. Dilma pede, e SP e Rio congelam a tarifa de ônibus para conter inflação. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1214940-dilma-pede-e-sp-e-rio-congelam-a-tarifa-de-onibus-para-conter-inflacao.shtml>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. Tradução de Sergio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; OLIVEIRA, Raimundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, Parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Data de recebimento: 26/12/2013

Data de aprovação: 07/05/2014

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 389-420, jul./dez. 2013*