

6

DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A HORA DA TRANSIÇÃO

Francisco Rezek

Há certa ambiguidade, a vários títulos, no uso contemporâneo da expressão “direitos humanos”. Acompanhando o noticiário político internacional pode-se ver em nome de que causas e de que propósitos o argumento dos direitos humanos foi usado nos últimos anos. Ademais da ambiguidade da política dos direitos humanos na cena internacional existe dúvida quanto à própria substância, ao conteúdo científico da expressão “direitos humanos”, não só no Brasil, mas também lá fora.

Faz algum tempo, pelo ano de 2004, a Corte Internacional de Justiça – que eu integrava na época – discutia na Haia a questão de saber se determinado direito subjetivo deveria ou não ser qualificado como direito humano. Cuidava-se do caso *Avena*, um processo ajuizado pelo México contra os Estados Unidos da América, onde a pena de morte existe em várias das unidades federadas, e onde a presença de grande número de cidadãos mexicanos na expectativa da execução, no chamado “corredor da morte”, veio a suscitar esse litígio internacional.

Uma Convenção de Viena de 1963 sobre relações consulares, que vincula hoje todos os países do mundo, manda que em qualquer deles, quando um juiz criminal tem diante de si um réu estrangeiro, sujeito a processo de que possa resultar condenação a pena grave, ele, juiz, tem o dever de prevenir o cônsul do respectivo país, de modo que este

possa dar algum apoio a seu compatriota, verificando se ele entende a acusação que lhe é feita, se está adequadamente assistido por advogado, se está podendo se defender corretamente.

Em diversos estados norte-americanos os juízes não cumpriam essa regra, menos por má fé que pela histórica falta de visão do mundo e da ordem jurídica internacional que permeia aquele país, e que contamina mesmo os operadores do direito. O resultado disso foi que a Alemanha ajuizou um processo contra os EUA, quando da execução de dois jovens alemães em certo estado do oeste do país, e pouco depois o México fez o mesmo, no caso de algumas dezenas de mexicanos condenados à pena de morte. A Corte condenou os EUA a não mais proceder assim, e a rever os processos já findos e maculados pela irregularidade. No curso dos debates a Corte enfrentou a singular questão de saber se o direito subjetivo criado pela Convenção em favor do réu era ou não de ser qualificado como um “direito humano”.

Ficou assentado que havia, sim, um “direito subjetivo”. Quando os Estados partes na Convenção de Viena se prometeram reciprocamente essa providência – a de o juízo criminal prevenir o cônsul – eles não estavam apenas criando uma obrigação para autoridades perante autoridades, mas estavam também criando para o indivíduo, para o ser humano que é réu no processo penal, o direito subjetivo de ter seu respectivo cônsul avisado para dar-lhe eventual assistência. É um direito subjetivo como aqueles que os tratados de extradição criam para a pessoa do extraditando. O tratado de extradição, ao estabelecer inúmeras regras que os Estados obedecem reciprocamente – sobre quando não é possível a extradição, por exemplo, por crime político, por crime prescrito, por ato atípico –, cria ao mesmo tempo para o extraditando o direito subjetivo de não ser extraditado quando não se reúnam todas as condições cumulativas alistadas no texto.

Começou certa manhã de segunda-feira, na primavera de 2004, o debate sobre a questão de saber se esse direito subjetivo era um direito humano ou não era um direito humano. A Corte mergulhou na tormentosa questão de saber “o que é, exatamente, hoje, um direito humano”, sob o crivo do rigor científico que uma decisão daquela casa impõe. A discussão durou toda a semana e, quando caiu a noite da sexta-feira, ainda não se havia chegado a conclusão nenhuma. Enten-

deu-se que era melhor não falar nisso, e o acórdão acabou-se referindo a um direito subjetivo do réu, sem dizer se aquilo se inscrevia ou não na categoria dos direitos humanos.

Para quem lê a Constituição do Brasil essa dúvida é bem mais tormentosa, porque a carta de 1988 lida com uma categoria histórica em nosso constitucionalismo, tendo raízes na Carta Imperial de 25 de março de 1824: o *rol de direitos*, algo exemplarmente precoce no Brasil, e algo que ocupa, hoje mais que nunca, um grande espaço na lei fundamental. Essa categoria chamou-se no passado “direitos e garantias individuais”. Na versão contemporânea o adjetivo “individuais”, define parte de um conjunto mais amplo, o dos “direitos e garantias fundamentais”. A leitura da longa lista do art. 5º faz ver que nem todos aqueles direitos dizem respeito ao ser humano em sua individualidade; diversos são coletivos, ou são direitos que se consagram em favor de pessoas jurídicas, de empresas, de outras comunidades possíveis dentro de uma sociedade aberta.

O que são, então, os direitos humanos sob a ótica do analista da Constituição brasileira, quando ele se defronta com algo que tem alcance bem maior que aquilo que se poderia entender como “a estrita categoria dos direitos humanos”? Talvez o melhor seja simplesmente abandonar essa discussão, que se processa em termos quase sempre teóricos, e considerar que a nossa Constituição arrola um número expressivo de direitos e garantias que não são necessariamente direitos humanos elementares, que vão além daqueles direitos básicos sempre atinentes à pessoa natural, ao ser humano, e que não poderiam ser compartilhados por associações, por empresas e outras coletividades.

Ocorre que, mesmo no domínio do *básico*, está havendo uma evolução. Pelos meados dos anos 90, quando eu ainda fazia parte da composição do Supremo, o tribunal veio a tomar, por maioria difícil, uma das mais infelizes decisões de toda sua história. Errar é humano, é próprio das instituições humanas, e os tribunais o são. Os erros do Supremo foram poucos desde que ele existe, datando dos alvares do Primeiro Império. Foram às vezes erros técnicos conscientes, mas justificados por alguma razão política ou social – como quando o tribunal, voltando atrás, deu satisfação ao governo que ameaçava quebrar se a previdência social não recolhesse contribuições previdenciárias também dos aposentados. O argumento da corte foi, no

fundo, o da solidariedade social, em nome da qual os aposentados mais eirados devem, ainda que isso contrarie a lógica do sistema, contribuir também com a previdência, para melhor trato e neutralização de nossas desigualdades. Mas é um tribunal que errou pouco. Tanto quanto eu recorde, esse deve ter sido o único erro clamoroso dos tempos modernos. Foi quando o tribunal se viu chamado a decidir sobre a aparente concorrência entre a Constituição, no seu art. 5º, LXVII, e o art. 7º de um tratado internacional que nos vincula, o Pacto de São José da Costa Rica sobre direitos humanos. A Constituição diz que ninguém pode ser preso por dívida neste país. Nada mais salutar. Todos os países arejados e democráticos adotam regra semelhante: não se prende ninguém por dever dinheiro, a prisão é própria dos procedimentos penais. Mas o constituinte abre duas exceções, o caso do alimentante omissor e o caso do depositário infiel. Ao abrir essas duas exceções, depois de afirmar com gravidade que “não haverá prisão civil na República”, o constituinte deixou para o legislador ordinário a possibilidade de conservar a hipótese da prisão por dívida no caso daquele que é devedor de alimentos a uma família, em geral abandonada, e que, devendo por decisão judicial pagar alimentos, e podendo pagá-los, omite-se deliberadamente de fazê-lo.

O outro caso é o do depositário infiel. Quando a Constituição do Brasil fala no “depositário infiel”, todos entendemos, com a boa-fé que o culto do direito nos exige, que ela se refere ao depositário infiel propriamente dito, àquele indivíduo em geral bem posto na vida a quem o juiz confia os bens do órfão, da viúva, e que os dilapida, e que no momento de restituí-los, a mando do juiz, não mais dispõe deles e não quer compensar isso de outro modo. Esse, não outro, é o depositário infiel de que fala a Constituição.

Vivemos, entretanto, em um país onde o legislador ordinário, por mais de uma vez, para atender a determinados interesses, boicotou sua própria Constituição. Neste caso específico, o que o legislador ordinário fez por mais de uma vez, do caso do penhor agrícola ao caso da alienação fiduciária em garantia, foi inventar falsas situações de depósito, foi definir como depositário infiel aquele que não o é, aquele que é um devedor simples, numa típica, histórica, quase bíblica situação de dívida. Aquele agricultor que pediu dinheiro emprestado ao banco e, com os azares que a atividade agrícola comporta em toda

parte, um dia se viu sem ter como pagar o empréstimo ao banco e sem ter como dar-lhe o produto da colheita – que às vezes nem se tirou do solo, ou que pereceu de outro modo. Isso não é um depositário infiel, mas apenas um devedor de dinheiro ao banco, a quem, contudo, o legislador ordinário brasileiro permitiu que se prendesse por dívida, apesar da firme proibição constitucional.

A situação do devedor fiduciário é outra de dívida simples. É comum, em todos os países e em todas as épocas, que aconteça de alguém que compra algo não ter um dia como continuar pagando as respectivas prestações e não ter o produto para devolver. Existem meios pelos quais o credor pode acionar o devedor à luz da lei brasileira. Mas o que se quis foi dar ao credor um instrumento mais dramático de exigência daquilo que ele deve receber, permitindo-lhe que consiga da autoridade pública a prisão do devedor inadimplente.

Era esse o pano de fundo no caso posto ante o Supremo, no qual a corte seguramente se enganou no desfecho que lhe deu por maioria. E o pano de fundo não poderia ser mais sórdido: estávamos cuidando de *falsas situações de depósito*, inventadas pelo legislador ordinário para burlar o comando constitucional de que “não haverá prisão por dívida”. Mas ainda que assim não fosse, ainda que cuidássemos de verdadeiras situações de depósito e infidelidade, ainda assim subsistia o contraste. A Constituição da República diz que não haverá prisão por dívida, e abre duas exceções, o alimentante omissivo e o depositário infiel. A Convenção de São José da Costa Rica, a que o Brasil aderiu depois da Carta de 88, também diz que não haverá prisão por dívida, e vê nisso “um direito humano elementar”, abrindo *uma única* exceção, no caso do devedor de alimentos que, podendo pagá-los, não os paga. Desse modo, o texto de São José da Costa Rica elimina a possibilidade de que também o depositário infiel, mesmo que rigorosamente verdadeiro, seja alcançado pela prisão civil. A Constituição do Brasil não diz: prenda-se o depositário infiel em qualquer circunstância! Não. Ela abre a possibilidade de o legislador ordinário facultar essa medida. Ora, o legislador ordinário brasileiro, quando aprovou a Convenção de São José da Costa Rica, cortando essa possibilidade, aceitou a ideia de que o depositário infiel não mais deve ser preso no Brasil.

Não obstante, o que o Supremo disse por maioria, em 1995, foi que o texto de São José da Costa Rica “tira do legislador ordinário a liberdade constitucional que ele deveria ter de continuar mandando prender o depositário infiel...”

O que mais vexou, neste caso, a minoria vencida, foi a percepção de que a maioria parecia raciocinar como se o tratado internacional fosse um produto alienígena que desabou covardemente sobre nossas cabeças patrióticas. Essa é uma equação primitiva, rupestre, de todo incorreta. O tratado internacional simplesmente não existe para nós se ele não nos vincula, e se ele nos vincula é porque nossa vontade soberana ajudou a produzi-lo. Aquele texto é produto *nosso*, é a nossa voz associada a outras não menos soberanas. Não faz nenhum sentido proceder-se frente ao tratado internacional que vincula o Brasil como se ele fosse algo que, por não ter sido redigido originalmente em Brasília, mas em outro centro, com a colaboração de nossos agentes, não devesse integrar a ordem jurídica brasileira, ou não devesse ser encarado pelos tribunais como produto autêntico do legislador idôneo.

A minoria disse na ocasião isso, e disse também que não é possível ignorar o preceito do tratado sem violá-lo. Ao produzir aquele resultado, o tribunal estava lançando a República numa situação internacionalmente ilícita. Por quê? Porque estamos comprometidos pela regra de São José; porque os outros países vinculados por esse tratado acreditam que nós o cumprimos fielmente, como eles o cumprem. E cá dentro, pela voz autorizada do mais alto tribunal da República, não estávamos cumprindo coisa alguma, porque a maioria resolveu dizer que aquilo “tirava a liberdade do legislador ordinário para continuar consagrando a possibilidade da prisão do depositário infiel”.

Não sou, entretanto, o único a acreditar que aquele augusto tribunal, mesmo quando erra, prepara o caminho de sua própria penitência, abre as veredas da sua própria redenção, em médio ou em curto prazo, como aconteceu agora. Por decisão unânime, arrematada no início de 2009, o tribunal voltou atrás sobre aquele acórdão e reconheceu que estamos vinculados pelo texto de São José da Costa Rica, e que a referida possibilidade de prisão por dívida desapareceu.

Para reparar o erro do passado, para assumir o correto entendimento da Constituição e dos compromissos externos da República,

nem teria sido preciso que o tribunal enfrentasse a questão de saber se os tratados internacionais relativos a direitos humanos têm ou não têm nível constitucional. Essa questão não foi resolvida pelo Supremo à luz do segundo parágrafo do art. 5º, e a esta altura já o será em face do novo parágrafo que a reforma de dezembro de 2004 aditou àquele mesmo artigo da Constituição.

O que se discutia antes da reforma era o exato significado do parágrafo segundo o qual a longa lista do art. 5º “não exclui outros eventuais direitos que, por tratado internacional, o Brasil tenha consagrado”. A primeira perplexidade do leitor diante deste parágrafo, logo que promulgado na carta de 1988, resultava da questão: falta no texto alguma coisa? Ter-se-á o constituinte omitido de incluir em seu produto tão extenso, e exemplarmente rico em direitos e garantias, alguma coisa que no passado o Brasil tenha coproduzido no cenário internacional?

Não era essa, de todo modo, a questão mais importante que se propunha aos analistas da Constituição, mas a de saber se com aquilo, como queriam alguns, dava-se estatura constitucional aos tratados sobre *direitos e garantias*, não necessariamente *humanos*. Não é preciso lembrar que o Supremo da época jamais abonaria essa tese. Como quer que seja, a discussão, acalorada que foi durante poucos anos, terminou com a reforma de dezembro de 2004, com o acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 5º, que garante estatura constitucional ao tratado sobre direitos humanos aprovado no Congresso segundo a liturgia das emendas à própria carta. É uma espécie de *cláusula holandesa*, por analogia com regras constitucionais dos Países Baixos, onde se conhece de longa data essa prática: sempre que um tratado internacional modifica de algum modo a Constituição, ou lhe acrescenta algo, o parlamento holandês pode aprovar o tratado, desde que pela maioria necessária e no rito próprio à emenda constitucional.

Diante dessa realidade nova algo parece ter ficado claro, ao menos no que concerne ao entendimento do próprio Congresso constituinte: antes de dezembro de 2004 os tratados internacionais sobre direitos humanos não tinham estatura constitucional. Creio que isso não deixa numa espécie de limbo o chamado *produto do intervalo*, ou seja, algum direito humano que tenha sido consagrado em tratado

incorporado à ordem jurídica do Brasil entre outubro de 1988, data da Constituição, e dezembro de 2004, data da emenda; assim a norma restritiva da prisão civil na Convenção de São José, e assim também a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, que protege o trabalhador contra a despedida sem justa causa. Esses tratados sobre direitos humanos anteriores à emenda poderiam ser entendidos pelo Supremo como agregados à carta – e, portanto, irreversíveis *ratione materiae* – mediante uma espécie de *upgrading*: ao criar a nova disciplina sem dizer nada sobre o produto do intervalo, o Congresso teria promovido este último à dignidade constitucional, como aconteceu outrora com o Código Tributário.

Nosso problema, entretanto, não é o da falta de direitos e garantias no plano da lei fundamental. Nosso problema é nas mais das vezes a falta de leitura da própria Constituição pela autoridade pública, a falta de conhecimento ou o desprezo, pelo Estado, daquilo que a Constituição quer ver garantido à sociedade como direito, e que o Estado enquanto administrador, enquanto legislador ordinário, enquanto policial, enquanto fiscal, enquanto empregador, nem sempre se empenha em fazer valer.

Vivemos, não obstante, um momento singular: o primado do direito no Brasil de nossos dias é uma realidade mais transparente que no cenário internacional. Ali, nos últimos anos, o direito foi ignorado como nunca o fora antes. A Organização das Nações Unidas foi humilhada ao extremo, e uma política de poder conduzida por estadistas da pior qualidade dominou a cena internacional, com o barateamento e o sacrifício de vidas humanas em grande escala. Nunca se vira antes o argumento dos direitos humanos ser tão cinicamente utilizado para justificar a ocupação de território alheio e a ofensa grosseira aos próprios direitos humanos no que estes têm de mais rudimentar. Isso pesa sobre a consciência da sociedade internacional contemporânea, porque não foi obra de ditadores, mas de governantes consagrados pelo voto. As grandes democracias do ocidente tomam hoje assento no banco dos réus, e os próprios inventores da política e do discurso dos direitos humanos sentem que devem contas por aquilo que fizeram.