

Frederico Afonso Izidoro



Professor. Autor por diversas editoras, destacando Saraiva, Forense e Método. Advogado. Coronel da reserva da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança (CAES) da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Mestre em Direitos Difusos pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale. Especialista em Direito Constitucional com ênfase em Direitos Fundamentais pela Faculdade CERS. Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Especialista em Direitos Humanos pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE). Especialista em Gestão de Políticas Preventivas da Violência, Direitos Humanos e Segurança Pública pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP). Especialista em Direito Processual pela Universidade Paulista (UNIP). Bacharel em Direito pela Universidade São Francisco (USF). Bacharel em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB). É professor de Direitos Humanos do Complexo Educacional Damásio de Jesus, da Escola Paulista de Direito, da Escola Mineira de Direito e da Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Foi professor do Curso FMB, do Federal Concursos, da Central de Concursos, do Instituto IOB, do Portal Jurisprudência & Concursos,

da Faculdade Zumbi dos Palmares (graduação e pós-graduação), da Anhanguera Educacional (graduação e pós-graduação), da Universidade São Francisco (graduação), da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (pós-graduação). No âmbito da Polícia Militar do Estado de São Paulo foi professor da Escola Superior de Soldados (ESSd), da Escola Superior de Sargentos (ESSgt) e do Centro de Altos Estudos de Segurança (CAES). Foi também chefe do Departamento de Direitos Humanos da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Redes sociais:

Instagram: @professorfredericoafonso

Facebook: Prof. Frederico Afonso

Twitter: @professorfredericoafonso

Site: www.professorfredericoDireitosHumanos.com

Linkedin: <https://www.linkedin.com/in/frederico-afonso-izidoro-29838824/>

Youtube: <https://www.youtube.com/channel/UCFt36CMj4yV4A-6peW45XWNg/videos>

E-mail: professor.frederico@uol.com.br

O indulto natalino e a questão dos direitos humanos dos condenados

Frederico Afonso Izidoro

Introdução

Em 22 de dezembro de 2022 foi publicado o Decreto n. 11.302, conhecido por “indulto natalino”.

Chamou a atenção da imprensa e do meio jurídico como um todo, em especial ao contexto do art. 6º e do § 3º do art. 7º do referido Decreto n. 11.302, os quais alcançariam os policiais militares condenados por suas ações no longínquo 02 de outubro de 1992. Do meio jurídico destacam-se o Procurador Geral da República, o Procurador Geral de Justiça do estado de São Paulo e destaco um artigo publicado na imprensa. Vejamos:

1.1. Na Petição Inicial AJCONST/PGR Nº 950171/2022 de 27 de dezembro de 2022 de autoria do Exmo. Sr. Augusto Aras – Procurador Geral da República (PGR), é proposta ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar contra os arts. 6º, *caput* e parágrafo único, e 7º, § 3º, do Decreto 11.302, de 22.12.2022, que concede indulto natalino a condenados por crimes diversos, especialmente os praticados por agentes de segurança pública, na qual descreve inúmeras vezes que o indulto violaria tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil seja signatário, sem, contudo, apontar especificamente qual tratado e em qual parte;

1.2. Na Representação do Exmo. Sr. Mário Luiz Sarrubbo – Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo (PGJSP), para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental em face do art. 6º e do § 3º do art. 7º do Decreto n. 11.302, de 22 de dezembro de 2022, de similaridade extremada aliás à petição do PGR, afirma-se que o referido indulto viola uma série de direitos humanos, e ao término aponta que haveria violação à “Convenção Americana de Direitos Humanos” (*sic*);

1.3. No artigo do professor de direito constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino Desenvolvimento e Pesquisa – (IDP) Ademar Borges juntamente com o professor de direito penal da Universidade de São Paulo (USP) Pierpaolo Cruz Bottini,

“Indulto no massacre do Carandiru é despropósito” na folha de São Paulo *on line* do dia 04 de junho¹ (edição impressa do dia 05 de junho, caderno Opinião, página A3), apontam que o indulto viola compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Análise e fundamentação:

Da petição de autoria do PGR:

Os dispositivos impugnados, conquanto inseridos em decreto editado pelo Presidente da República no uso de prerrogativa constitucional de conceder a indulgência estatal, afrontam limites materiais que condicionam e conformam a válida emanção da clemência soberana do Estado, previstos expressamente no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, ou como imanação direta dos limites constitucionais sistêmicos derivados do dever de observância dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte (arts. 1º, I e II, 4º, II e 5º, §§ 2º e 3º, da CF e art. 7º do ADCT à CF/1988). (g.n.)

Assim como um ato legislativo ou judicial, o decreto do Presidente da República concessivo de indulto traduz, no plano jurídico internacional, ato do Estado brasileiro sujeito às limitações impostas por tratados internacionais de direitos humanos que a República Federativa do Brasil seja signatária. (g.n.)

O adimplemento pelo Estado brasileiro dos compromissos assumidos no plano internacional, notadamente dos tratados de direitos humanos, decorre de expreso mandamento constitucional de proteção desses direitos e de integração ao sistema internacional de justiça que reclamam a mais plena eficácia, nos termos do art. 5º, §§ 1º e 2º; 4º, II, da Constituição Federal, e do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT à CF/1988. (g.n.)

O indulto, como ato soberano do Estado brasileiro, deve observar os tratados internacionais de direitos humanos, ainda que a adesão voluntária do Brasil a esses instrumentos também consubstancie manifestação soberana do Estado. Há de se partir da compreensão de compatibilidade das normas constitucionais com a normatividade internacional de proteção dos direitos humanos como uma presunção absoluta.

¹ <https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2023/01/indulto-no-massacre-do-carandiru-e-desprop0sito.shtml>. Acesso em 05 jan. 2023.

Segundo André de Carvalho Ramos²:

“A alternativa à teoria da compatibilidade como presunção absoluta é a aceitação da supremacia da Constituição sobre a norma internacional de direitos humanos ou a aceitação da revogação de norma constitucional por estar em contradição com a norma internacional, quando a contradição, se vislumbrada pelo intérprete, é meramente aparente. Fazendo o paralelo com possíveis choques entre normas constitucionais originárias, vê-se que é pacífica a necessidade de conciliação entre dois dispositivos constitucionais aparentemente opostos. O mesmo deve se dar com a aparente oposição entre a norma constitucional e a norma internacional, sob pena de, ao enfatizar a supremacia da Constituição, fixe-se uma interpretação constitucional contrária a proteção internacional de direitos humanos, o que certamente fere o espírito da própria Constituição. Assim, ironicamente, ao se afirmar a supremacia da Constituição, viola-se o seu caráter protetivo de direitos humanos.”

O reconhecimento da interpretação internacional dos tratados ratificados pelo Brasil é a consequência dos comandos constitucionais que impõem a proteção de direitos humanos, como os inscritos nos §§ 2º e 3º do art. 5º, no inciso II do art. 4º do texto permanente da Constituição Federal, e do art. 7º do ADCT à CF/1988.

Assim, no plano internacional, especialmente no sistema interamericano de direitos humanos e em razão das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro na Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados ou convenções regionais sobre a matéria, todo ato do Estado brasileiro, normativo ou material, de qualquer dos seus órgãos ou entes federativos, há de se sujeitar ao controle de convencionalidade exercido pela jurisdição internacional, sem que disso resulte superioridade dos tribunais internacionais em relação aos internos ou, de outro lado, a possibilidade de se negar força normativa à Convenção Americana.

2 RAMOS, André de Carvalho. **A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In: GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério. **Crimes da ditadura militar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.

A propósito, observa Antonio Augusto Cançado Trindade³: “É certo que os tribunais internacionais de direitos humanos – as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos – não “substituem” os tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos tribunais internos.

Os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais quando se tratar de verificar sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos. (...) Isso se aplica à legislação nacional assim como às decisões internas judiciais e administrativas. Por exemplo, uma decisão judicial interna pode dar uma interpretação incorreta de uma norma de um tratado de direitos humanos; ou qualquer outro órgão estatal pode deixar de cumprir uma obrigação internacional do Estado neste domínio. Em tais hipóteses pode-se configurar a responsabilidade internacional do Estado, porquanto seus tribunais ou órgãos não são os intérpretes finais de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos.”

Para evitar a responsabilização internacional do Estado brasileiro, expondo-o a sanções e alçando-o à posição de inadimplente perante o sistema interamericano de proteção a direitos humanos, é imprescindível que os órgãos nacionais compatibilizem o direito interno ao direito internacional.

O art. 6º, *caput* e parágrafo único, c/c art. 7º, § 3º, do Decreto 11.302/2022, ao permitir, especificamente no caso do Massacre do Carandiru, que os policiais militares condenados sejam beneficiados com o indulto natalino, afronta a dignidade humana e princípios basilares e comezinhos do direito internacional público, apresentando-se como afronta às decisões de órgãos de

3 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, vol. 1, p. 412.

monitoramento e de controle internacionais relativos a direitos humanos, sendo capaz de ocasionar a responsabilização do Brasil por violações a direitos humanos (g.n.)

Os órgãos do Sistema Interamericano de Proteção a Direitos Humanos estabeleceram que a concessão indevida de benefícios na execução da pena pode resultar em uma forma de impunidade, especialmente quando se trata de graves violações a direitos humanos. O direito internacional proíbe a aplicação de indulto ou outras excludentes de punibilidade a pessoas que foram declaradas culpadas pela prática de crimes de lesa-humanidade.

Na perspectiva do direito internacional, costumeiro ou convencional, consideram-se sinônimos os conceitos de “graves violações de direitos humanos” e “crimes de lesa-humanidade”. Instrumentos internacionais, doutrina e jurisprudência dos tribunais de direitos humanos e cortes constitucionais de numerosos países reconhecem que delitos perpetrados por agentes estatais com grave violação a direitos fundamentais constituem crimes de lesa-humanidade.

Vale lembrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Barrios Altos e La Cantuta vs. Peru*, no dia 7.4.2022, suspendeu, em sede cautelar, decisão do Tribunal Constitucional do Peru que, em conformidade com o anúncio oficial, restituiu os efeitos da Resolução Suprema de 24.12.2017, por meio do qual se concedeu um indulto humanitário ao ex-Presidente do país Alberto Fujimori, e se ordenou sua libertação, depois de ter sido condenado por crimes contra a humanidade.

Em relação ao caso do Massacre do Carandiru, Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA⁴ de-

⁴ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é órgão criado pela Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) para promover direitos substantivos reconhecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados internacionais de direitos humanos em todo o continente americano. Para realizar seu mandato a CIDH por realizar estudos sobre a situação de direitos humanos na região ou em países específicos e publicar relatórios contendo recomendações para a melhoria da situação, promover

clarou o Brasil responsável por graves violações a direitos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, expedindo recomendações para que o Estado brasileiro reparasse os danos causados e evitasse novas violações:

RELATÓRIO Nº 34/00 – Caso 11.291 (Carandiru), em 13.04.2000.

(...)

CONCLUSÕES

1. Tem competência para conhecer deste caso e que a petição é admissível, em conformidade com os artigos 46 e 47 da Convenção Americana.

2. A República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos citados artigos 4 (direito à vida) e 5 (direito à integridade pessoal), em virtude da morte de 111 pessoas e de um número indeterminado de feridos, todos eles detidos sob a custódia, na subjugação do motim de Carandiru em 2 de outubro de 1992, pela ação da Polícia Militar de São Paulo.

3. A República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos citados artigos da Convenção por motivo do descumprimento, no caso dos internos em Carandiru, das devidas condições de detenção e pela omissão em adotar estratégias e medidas adequadas para prevenir as situações de violência e para debelar possíveis motins. A Comissão reconhece que foram tomadas medidas para melhorar as condições carcerárias, em particular a construção de novas instalações penitenciárias, a fixação de novas normas de detenção e o estabelecimento no Estado de São Paulo de uma secretaria especial responsável pelo assunto.

4. A República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos artigos 8 e 25 (garantias e proteção judicial) em conformidade com o artigo 1(1) da Convenção, pela falta de investigação, processamento e punição séria e eficaz dos responsáveis e pela falta de indenização efetiva das vítimas dessas violações e seus familiares.

VII. RECOMENDAÇÕES

Com fundamento na análise e nas conclusões deste relatório, A Comissão de Direitos Humanos recomenda à República Federativa do Brasil o seguinte:

1. Realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva a fim de identificar e processar as pessoas e funcionários responsáveis pelas violações dos direitos humanos assinaladas nas conclusões deste relatório.

atividades de educação e conscientização em direitos humanos e receber denúncias individuais de violações dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção Americana e outros tratados internacionais.

2. Adotar as medidas necessárias para que as vítimas dessas violações que foram identificadas e suas famílias recebam adequada e oportuna indenização pelas violações definidas nas conclusões deste relatório, assim como para que sejam identificadas as demais vítimas.

3. Desenvolver políticas e estratégias destinadas a descongestionar a população das casas de detenção, estabelecer programas de reabilitação e reinserção social acordes com as normas nacionais e internacionais e prevenir surtos de violência nesses estabelecimentos. Desenvolver, ademais, para o pessoal carcerário e policial, políticas, estrangeiras e treinamento especial orientados para a negociação e a solução pacífica de conflitos, assim como técnicas de reinstauração da ordem que permitam a subjugação de eventuais motins com o mínimo risco para a vida e a integridade pessoal dos internos e das forças policiais.

4. Adotar as medidas necessárias para o cumprimento, no presente caso, das disposições do artigo 28 da Convenção (Cláusula federal) relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, neste caso o Estado de São Paulo.⁵

Especificamente sobre a obrigação do Estado brasileiro de investigar e punir efetivamente os responsáveis, dispôs o Relatório da CIDH:

102. A Comissão concluiu que o Estado não cumpriu sua obrigação de processar e punir os responsáveis. Como corolário do artigo 1(1) da Convenção, o Estado tem a obrigação de garantir o pleno exercício dos direitos nela reconhecidos e deve prevenir, investigar e punir qualquer violação. O Estado sustentou que haviam sido iniciados diferentes processos e que estes estavam sendo conduzidos de acordo com a legislação interna e em coerência com o respeito às garantias processuais. Contudo, da análise do decurso e resultados de tais processos, comprovou-se que sofreram atrasos injustificáveis e depararam com negligências e obstáculos de toda natureza, todos eles de fato ou intencionalmente destinados a assegurar a impunidade dos responsáveis. Sete anos depois [isso em 2000] das ocorrências, essa completa incapacidade de punir os responsáveis é uma manifestação definitiva do não-cumprimento da obrigação constante do artigo 1(1) da Convenção.

103. Essa obrigação é violada não só pela falta de condenação efetiva dos acusados, mas também por uma série de violações e delitos que ficaram sem punição: particularmente a incapacidade de tomar as necessárias medidas para preservar as provas, a incapacidade de intervenção do Poder Judiciário durante as ocorrências, a falta de ação firme e efetiva do Ministério Público para processamento dos implicados por responsabilidade individual ou conivência, a falta de medidas de direito interno para

⁵ Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99port/Brasil11291.htm>. Acesso: 26 dez. 2022.

ativar mecanismos federais com vistas a reforçar a incapacidade de Promotoria Pública do Estado federal quando essa se mostra incapaz de obedecer aos padrões mínimos de garantia de direitos reconhecidos e não-suspensão pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo da imunidade de um de seus membros, acusado de comandar uma operação que culminou na perpetração de homicídios dolosos e outros delitos atrozes.

O indulto natalino conferido pelo Presidente da República aos agentes estatais envolvidos no caso do Massacre do Carandiru representa reiteração do Estado brasileiro no descumprimento da obrigação assumida internacionalmente de processar e punir, de forma séria e eficaz, os responsáveis pelos crimes de lesa-humanidade cometidos na Casa de Detenção em 02.10.1992.

Indultar graves violações de direitos humanos consubstanciadas em crimes de lesa-humanidade significa ignorar direitos inerentes ao ser humano, como os direitos à vida e à integridade física, indo na contramão do processo evolutivo dos direitos fundamentais plasmados na ordem jurídica interna e internacional, com violação direta do dever constitucional de observância dos tratados internacionais de direitos humanos (CF, arts. 1º, I e II; 4º, II, e 5º, §§ 2º e 3º), e da cláusula de vinculação do Brasil a tribunais internacionais de direitos humanos (ADCT/CF-1988, art. 7º).

Essa compreensão se ajusta com fidelidade às considerações feitas pelo Ministro Alexandre de Moraes no voto-condutor proferido na ADI 5.874, no sentido de que crimes objeto de pedido extradicional e os crimes de lesa-humanidade não são passíveis de concessão de indulto em razão de limites sistêmicos imanescentes da Constituição da República. Veja-se:

Também o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já reconheceu como limitação constitucional implícita, no julgamento da EXT 1435/DF (2 T., j. 29/11/2016), de relatoria do Min. CELSO DE MELLO, a concessão de indulto a crimes objeto do pedido extradicional, salientando que: “O exercício da clemência soberana do Estado não se estende, em nosso direito positivo, aos processos de extradição, eis que o objeto da indulgentia principis restringe-se, exclusivamente, ao plano dos ilícitos penais sujeitos à competência jurisdicional do Estado brasileiro”.

Na doutrina constitucional argentina, BIDART CAMPOS E HELIO JUAN ZARINI consideram que não podem ser indultados os crimes previstos na própria Constituição, como o tráfico de pessoas ou delito de traição; o raciocínio é que os delitos sancionados pelo próprio constituinte não podem ser passíveis de modificação pelos poderes constituídos (ZARINI, Decreto Constitucional, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 689).

Na doutrina mais atual, HORACIO ROSATTI exclui da possibilidade de indulto também os crimes de “lesa humanidade”, cuja persecução o Estado obrigou-se por compromisso internacionais (Tratado de Derecho Constitucional, tomo II, 2. ed., Buenos Aires, 2017, Rubinzal-Culzoni, p. 393/394). (ADI 5.874/DF,

Rel. Min. Roberto Barroso, Red. p./ o acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJe de 05.11.2020).

Vale transcrever, aqui, a advertência feita por M. Cherif Bassiouni:

A virtude de perdoar um indivíduo é uma “generosidade de julgamento” que pode ser aplicada em casos individuais, mas não é virtude alguma perdoar uma categoria inteira de delinquentes que cometeram os piores crimes contra uma categoria inteira de vítimas.⁶

É, portanto, caso de declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 6º, *caput* e parágrafo único, c/c art. 7º, § 3º, do Decreto 11.302/2020, para excluir de sua incidência os crimes de lesa-humanidade, notadamente os cometidos no caso do Massacre do Carandiru, cuja persecução e responsabilização o Estado obrigou-se por compromisso internacional assumido voluntariamente pela República Federativa do Brasil.

PEDIDO CAUTELAR

[...]

O perigo na demora em se obter o provimento jurisdicional (*periculum in mora*) decorre da circunstância de, enquanto não for suspensa a eficácia dos dispositivos impugnados, haver o risco de extinção da punibilidade de inúmeras condenações, de modo contrário à Constituição, e de responsabilização do Estado brasileiro por violações de tratados internacionais de direitos humanos. (g.n.)

Da representação de autoria do PGJ/SP:

Entre outros pontos, o decreto renuncia o direito de o Estado punir policiais condenados, ainda que provisoriamente, por crime praticado há mais de 30 anos e que não era considerado hediondo à época, como consta de seu art. 6º ora transcrito:

[...]

A renúncia objeto deste dispositivo viola não apenas lei nacional, mas, em especial, comandos internacionais. (g.n.)

Não obstante esse vício, a concessão do indulto sucumbe ao controle de sua convencionalidade no Supremo Tribunal Federal.

É que a Organização dos Estados Americanos (OEA), por

⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Second Edition. Haia: Kluwer Law International, 1999.

intermédio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no Relatório 34/00, tendo como objeto do caso 11.291 (Caso Carandiru), em 13 de abril de 2000, assim se manifestou:

“VII. RECOMENDAÇÕES

Com fundamento na análise e nas conclusões deste relatório, A Comissão de Direitos Humanos recomenda à República Federativa do Brasil o seguinte:

1. Realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva a fim de identificar e processar as autoridades e funcionários responsáveis pelas violações dos direitos humanos assinaladas nas conclusões deste relatório. (grifamos)
2. Adotar as medidas necessárias para que as vítimas dessas violações que foram identificadas e suas famílias recebam adequada e oportuna indenização pelas violações definidas nas conclusões deste relatório, assim como para que sejam identificadas as demais vítimas.
3. Desenvolver políticas e estratégias destinadas a descongestionar a população das casas de detenção, estabelecer programas de reabilitação e reinserção social acordes com as normas nacionais e internacionais e prevenir surtos de violência nesses estabelecimentos. Desenvolver, ademais, para o pessoal carcerário e policial, políticas, estratégias e treinamento especial orientados para a negociação e a solução pacífica de conflitos, assim como técnicas de reinstauração da ordem que permitam a subjugação de eventuais motins com o mínimo de risco para a vida e a integridade pessoal dos internos e das forças policiais.
4. Adotar as medidas necessárias para o cumprimento, no presente caso, das disposições do artigo 28 da Convenção (Cláusula federal) relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, neste caso o Estado de São Paulo.”

É sabido que o total cumprimento das decisões da Comissão Interamericana constitui um elemento indispensável para assegurar a plena vigência dos direitos humanos nos Estados membros da OEA, bem como para contribuir para o fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. O indulto ora questionado ignora solenemente a recomendação acima destacada.

O indulto concedido pelo Presidente da República àqueles que foram anteriormente condenados por crimes contra os direitos humanos, cuja reprimenda é obrigação que

também decorre das normas e jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos, em especial das decisões contra o Brasil da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é inconvenção e, portanto, inválido do ponto de vista do direito internacional dos direitos humanos.

Na obra *Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional*, o Prof. Valerio de Oliveira Mazzuoli demonstra, com clareza solar, que “o Estado brasileiro reconheceu a ocorrência de violações ao direito à vida e à integridade pessoal dos detentos”, e que “o Estado afirmou ter tomado medidas sólidas e profundas para resolver a situação das prisões no Estado de São Paulo, além de garantir que os processos contra os agentes responsáveis, bem como as indenizações, haviam sido devidamente instaurados nos diferentes foros e prosseguiriam de acordo com as garantias processuais, motivo pelo qual não haviam sido esgotados os recursos internos”.⁷

O mesmo autor continua explicando que “após analisar assuntos como a situação carcerária e de segurança do centro penitenciário, o controle institucional da prisão, o padrão de violência da Polícia Militar paulista à época, a resposta do Estado à revolta, o motim em si e sua subjugação, a atuação das autoridades civis e dos magistrados durante a revolta, a ação policial imediata à rebelião, as ações destinadas a destruir a evidência e evitar a ação da imprensa, o tratamento dado aos feridos e às famílias, as investigações oficiais e as ações da justiça, bem como os procedimentos judiciais, a Comissão concluiu pela violação, por parte do Brasil, dos arts. 1º, 4º, 5º, 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, razão pela qual a mesma Comissão Interamericana “recomendou ao Estado brasileiro que realizasse uma investigação completa, imparcial e efetiva do caso, a fim de identificar e processar

⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. São Paulo: Método, 2019, p. 858.

os responsáveis pelas violações de direitos humanos constatadas, bem assim adotar as medidas necessárias para que as vítimas de tais violações fossem identificadas e suas famílias recebessem uma justa indenização”.⁸

O ato presidencial que indulta policiais que participaram do massacre está na contramão das decisões internacionais contra o Brasil e, portanto, não passa incólume ao devido controle de convencionalidade de atos normativos, que deve, também, ser exercido pelo Ministério Público na sua missão de defesa da ordem jurídica (*custos juris*).

O ato presidencial é atentatório à dignidade humana e aos princípios mais basilares e comezinhos do direito internacional público e se apresenta como uma afronta às decisões dos órgãos de monitoramento e controle internacionais relativos a direitos humanos, sendo capaz, portanto, de responsabilizar (mais uma vez) o Brasil por violação a direitos humanos.

Os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos estabeleceram que a concessão indevida de benefícios na execução da pena pode resultar em uma forma de impunidade, especialmente quando se trata de graves violações aos direitos humanos. O direito internacional proíbe a aplicação de anistias, indultos e outras excludentes de responsabilidade a pessoas que foram declaradas culpadas pela prática de crimes de lesa humanidade. (g.n.)

Vale lembrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Barrios Altos e La Cantuta vs. Peru*, no dia 07 de abril de 2002, em sede cautelar, suspendeu decisão do Tribunal Constitucional do Peru que, em conformidade com o anúncio oficial, restituiu os efeitos da Resolução Suprema de 24 de dezembro de 2017, por meio da qual se concedeu um indulto humanitário ao ex-presidente do país, Alberto Fujimori, e se ordenou sua libertação, depois de ter sido condenado por crimes contra a humanidade. A restituição do indulto, de acordo com a referida decisão internacional, viola os direitos das vítimas de crimes lesa humanidade, viola o seu acesso à justiça e fere sua dignidade, assim como gera obstáculos inadmissíveis para o cumprimento integral das sentenças da Corte. (g.n.)

No caso dos preceitos impugnados do decreto em foco, tem-se, como assentado pelo organismo internacional, que “a República Federativa do Brasil violou suas obrigações decorrentes dos artigos 4 (direito à vida) e 5 (direito à integridade pessoal), em virtude da morte de 111 pessoas e de um número indeterminado de feridos, todos eles detidos sob a sua custódia, na subjugação do motim de Carandiru em 2 de outubro de 1992, pela ação dos agentes da Polícia Militar de São Paulo”, sendo considerada

8 *Op. cit.*, p. 858

responsável “pela violação dos artigos 8 e 25 (garantias e proteção judicial) em conformidade com o artigo 1(1) da Convenção, pela falta de investigação, processamento e punição séria e eficaz dos responsáveis e pela falta de indenização efetiva das vítimas dessas violações e seus familiares”.

A concessão do indulto se incompatibiliza com esses dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos promulgada pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, razão pela qual requer a Vossa Excelência a tomada de providências urgentes em face dos preceitos impugnados por incompatibilidade com o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, e as normas acima indicadas da Convenção Americana de Direitos Humanos, por ação direta de inconstitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental. (g.n.)

Do artigo publicado na imprensa – jornal Folha de São Paulo:

Por sua vez, o professor de direito constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino Desenvolvimento e Pesquisa – (IDP) Ademar Borges juntamente com o professor de direito penal da Universidade de São Paulo (USP) Pierpaolo Cruz Bottini, publicaram o artigo “Indulto no massacre do Carandiru é despropósito” na folha de São Paulo *on line* do dia 04 de junho⁹ (edição impressa do dia 05 de junho, caderno Opinião, página A3) do qual, merece destaque ao nosso parecer:

Indultar é extinguir a pena aplicada a alguém em decorrência da prática de crimes, é declarar que o castigo não mais será executado. [...] O controle judicial sobre seu conteúdo é restrito e excepcional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal analisar — quando provocado — apenas sua constitucionalidade ou adequação a tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. [...] O objetivo foi impedir a responsabilização dos policiais envolvidos no massacre do Carandiru, ocorrido há 30 anos, sem julgamento definitivo. [...] Mas há uma terceira objeção: os delitos indultados constituem graves ofensas contra os direitos humanos — delitos de lesa-humanidade, que não podem ser objeto do benefício sob pena de violar compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos consideram inválidas

⁹ <https://www1.folha.uol.com.br/opinio/2023/01/indulto-no-massacre-do-carandiru-e-despropósito.shtml>. Acesso em 05.jan..2023.

anistias e indultos amplos, que impõem restrições ao dever de investigar, julgar e sancionar graves violações de direitos humanos (e. g. “Barrios Altos vs. Perú”). A Corte Interamericana apenas autoriza a renúncia de ações penais contra responsáveis pela grave violação de direitos humanos quando necessária para negociar o fim de uma guerra (“Masacres del Mozote vs. El Salvador”), não sendo esse o caso do massacre do Carandiru. Assim, são elevadas as chances de condenação internacional do Brasil pelo indulto em análise. (g.n.)

Da análise dos três documentos – petição, representação e o artigo publicado na imprensa:

Preliminarmente busca-se saber apenas e tão somente quatro questões:

1^a. Os fatos terem ocorrido antes do decreto executivo do principal documento que rege as relações de direitos humanos em nosso País – a Convenção Americana sobre Direitos Humanos –, bem como, antes do reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) têm relevância para a análise da inconvenção ou convencionalidade do decreto de indulto natalino?

2^a. Um indulto de atos violadores de direitos humanos automaticamente torna-se também violador destes?

3^a. Os crimes praticados foram considerados crimes de “lesa humanidade”? Se sim, por quem?

4^a. O indulto publicado vem apenas para impedir que os policiais sejam presos (já foram condenados, não se discute mais) ou veio (também?) para corrigir a própria omissão do Estado em puni-los?

Os três documentos acabam “batendo na mesma tecla”, que o “decreto natalino” afronta tratados internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil faça parte.

O Estado brasileiro é um dos fundadores do chamado Sistema Universal de Direitos Humanos (Nações Unidas – ONU),

tendo como base três tratados¹⁰ internacionais: a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e os Pactos Internacionais dos Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

O Brasil também faz parte do chamado Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos (Sistema da Organização dos Estados Americanos – OEA), tendo como base dois tratados: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (mais conhecida entre nós como Pacto de São José da Costa Rica - PSJCR). E sobre esta última pairam as atenções, afinal os três documentos a mencionam, inclusive um julgado de um dos seus órgãos de fiscalização, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Quanto ao PSJCR, foi publicado em São José (Costa Rica) em 22 de novembro de 1969, mas apenas em 06 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678, o então presidente da República Itamar Franco decidiu promulgá-lo internamente, dando de fato, a devida executabilidade para nós, ou seja, pouco mais de um mês após os fatos ocorridos em 02 de outubro na Casa de Detenção. Ainda, sobre a Corte IDH, cabe lembrar que o texto da Convenção exige uma ratificação expressa acerca da sua competência, em que pese o Estado brasileiro ter feito a adesão em 07 de setembro de 1992, somente em 12 de outubro de 1998 reconheceu sua competência, portanto, 06 anos após os fatos ocorridos.

Os documentos de um modo geral mencionam que três dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil (RFB): soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana (incisos I, II e III do art. 1º/CF), seriam ofendidos com tal intuito, bem como, a prevalência dos direitos humanos na órbita internacional, conforme o inciso II do art. 4º/CF (por paralelis-

10 A doutrina aceita o termo “tratado” de forma genérica para os documentos internacionais de um modo em geral.

mo, também temos por obrigação de ter a prevalência na órbita interna). Trazem ainda que há direitos individuais decorrentes dos tratados internacionais (§ 2º do art. 5º/CF), bem como, a nova regra de incorporação dos tratados internacionais, agora sim, apenas os de direitos humanos com a possibilidade de equivalência às emendas constitucionais (§ 3º do art. 5º/CF) e por fim mencionam, sem qualquer sentido, que o Brasil sustentará a criação de um tribunal internacional dos direitos humanos (art. 7º do ADCT). Questiono simplesmente, de trás pra frente:

1. O art. 7º do ADCT afirma que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Do magistério do professor José Afonso da Silva¹¹ temos “[...] no sentido de que o Brasil devesse trabalhar pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos, no âmbito da ONU, porque até então os Tribunais de proteção dos direitos humanos eram regionais, como ainda são: Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mas o texto não se satisfaz com isso. Quer um que seja internacional para todo mundo; não apenas para cada Continente. Em certo sentido, contudo, a criação do *Tribunal Penal Internacional* deu satisfação à intencionalidade do dispositivo”. Qual a relação do Tribunal Penal Internacional (interpretação ao art. 7º do ADCT) criado em 1998 (06 anos após os fatos portanto), por meio do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (nome oficial), do qual o Brasil, aliás, é signatário por meio do Decreto Executivo nº 4.388/02 (quase dez anos após os fatos ocorridos), por meio do Decreto Legislativo nº 112/02 (quase dez anos após os fatos ocorridos) e ainda por meio da cata de ratificação brasileira (também em 2002, quase dez anos após os fatos ocorridos) com o referido indulto natalino? A petição é confusa, “parece jogada”, ou seja, cada leitor que encaixe ao seu modo. Acredito que os três documentos eilecam os homicídios já julgados como “crimes de lesa humanidade”, ou seja, os cri-

11 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 918.

mes contra a humanidade tipificados no Estatuto de Roma, o qual criou o Tribunal Penal Internacional em 1998. Seu artigo 7º elenca os chamados crimes contra a humanidade. Vejamos:

Artigo 7º - Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

a) Por “ataque contra uma população civil” entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;

b) O “extermínio” compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;

c) Por “escravidão” entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

d) Por “deportação ou transferência à força de uma população” entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;

e) Por “tortura” entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente

causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;

f) Por “gravidez à força” entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;

g) Por “perseguição” entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;

h) Por “crime de apartheid” entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;

i) Por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo “gênero” abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

Diante do texto legal, fica fora do contexto *prima facie* as condutas de escravidão, deportação ou transferência à força de uma população, gravidez à força, perseguição, crime de *apartheid*, desaparecimento forçado de pessoas e tortura. Em que pese muito ter sido comentado acerca de um “extermínio”, não se coaduna tecnicamente com o descrito no referido estatuto. Com relação ao homicídio, ou pela letra da norma, “ataque contra uma população civil” não se pode afirmar que era uma “política de um Estado ou de uma organização” praticar tais condutas.

Outra questão importante de se ressaltar é o caráter subsidiário que o Estatuto de Roma possui frente às jurisdições penais internas. Destaco do seu Preâmbulo: “Sublinhando que

o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais,” (g.n.), bem como, do art. 1º: “É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (“o Tribunal”). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto”. (g.n.)

Valerio Mazzuoli¹² nos ensina sobre a expressão “crimes contra a humanidade” que

A expressão “crimes contra a humanidade” geralmente conota quaisquer atrocidades e violações de direitos humanos perpetrados no planeta em larga escala, para cuja punição é possível aplicar-se o princípio da jurisdição universal.¹³ Mas, a par desse entendimento comum, a expressão deve ser compreendida em seu significado histórico e técnico.

A origem histórica dos crimes contra a humanidade está intimamente ligada ao massacre provocado pelos turcos contra os armênios, na Primeira Guerra Mundial, tendo sido esta ocorrência qualificada pela Declaração do Império Otomano (feita pelos governos russo, francês e britânico, em maio de 1915, em Petrogrado) como um crime da Turquia contra a humanidade e a civilização.

Os crimes contra a humanidade possuem esse lastro com os crimes de guerra, que no caso em análise não se confirma.

Mais uma vez, do magistério de Mazzuoli¹⁴ sobre a competência material do Tribunal Penal Internacional temos:

[...] em relação aos referidos crimes, frise-se mais uma vez, só vigora em relação àquelas violações praticadas depois da entrada em vigor do Estatuto de Roma. Caso um Estado se torne parte no Estatuto depois de sua entrada em vigor, o TPI só poderá exercer a sua competência em relação aos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto nesse Estado. (g.n.)

12 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 906.

13 Sobre o reconhecimento da aplicação do princípio da jurisdição universal relativamente aos crimes contra a humanidade, v. Ian Brownlie, *Princípios de direito internacional público*, cit., pp. 325-326.

14 *Op. cit.*, p. 904.

2. Qual a relação das novas regras (desde 2004, portanto 12 anos após os fatos ocorridos) de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos (§ 3º do art. 5º/CF) com o referido indulto natalino? Nenhuma!

2.1. Qual o tratado internacional incorporado com o *status* da nova regra que tenha sido violado com o referido indulto natalino? Não existe.

3. Qual a relação sobre o *status* de norma materialmente constitucional apontada no § 2º do art. 5º/CF em decorrência de tratados internacionais de que o Brasil seja parte com o referido indulto natalino? Nenhuma!

4. Qual a relação da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais? Como inexistente a violação específica de algum tratado internacional com a produção do indulto natalino, não há relação.

5. Há as menções aos fundamentos republicanos da soberania e cidadania (incisos I e II do art. 1º/CF) que teriam sido violados pelo decreto natalino. Foram? Muito pelo contrário, foram preservados, como mais ao final trarei detalhes, entretanto, cabe destacar agora, da própria petição que

Constitui o indulto, portanto, manifestação da clemência soberana do Estado, que importa renúncia ao ‘jus puniendi’, por intermédio de medida coletiva e genérica – no que se diferencia da graça, que é medida de caráter individual –, objeto de ato do Presidente da República (CF, art. 84, XII), destinado a favorecer, pela extinção da punibilidade, todos os que, condenados, encontram-se na situação prevista no decreto presidencial de sua concessão (trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na ADI 5.874/DF, Red. p./acórdão Min. Alexandre de Moraes, *DJe* de 05.11.2020).” (g.n.).

5.1. Por fim, a menção ao terceiro fundamento republicano (inciso III do art. 1º/CF), a dignidade da pessoa humana. O indulto natalino afronta tal fundamento em que termos?

6. Ao mencionar o caso *Barrios Altos e La Cantuta vs. Peru*, induz que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) poderia suspender os efeitos de tal decreto, o que

não é verdade, aliás, cabe lembrar que a mesma Corte afirmou sobre a invalidade da Lei de Anistia brasileira (Lei n.º 6.683/1979) “Gomes Lund e outros *vs.* Brasil”, de 24 de novembro de 2010, entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) em 28 de abril de 2010, no julgamento da ADPF 153, proposta pelo Conselho Federal da OAB, declarou a validade da mesma Lei de Anistia, ou seja, a palavra final (ou entendimento final) será da Suprema Corte e não da Corte IDH.

Conclusão

Uma das características (aponta-se pelo menos dez) dos direitos humanos é a inerência, ou seja, basta a condição de ser humano para receber toda a proteção do Estado, ou, nos dizeres da Declaração Universal dos Direitos Humanos, basta “pertencer à família humana”, em que pese já falarmos de direitos humanos além dos humanos há uns 20 anos.

As vítimas, as famílias das vítimas, os operadores da justiça, todos deveriam estar protegidos de forma igualitária no tocante aos direitos humanos, mas a verdade passa longe disso. Muitos apontam que inexistem “direitos humanos dos policiais”, pois quando das suas ações, representariam o Estado, derivado da chamada “Teoria do Órgão”, ou seja, quem age é o Estado e não o agente público, entretanto, quem responderá será o agente público, o ser humano, o Estado “no máximo” condenado a indenizar de alguma forma com o dinheiro público portanto.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “pela **teoria do órgão**, a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse; substitui-se a ideia de representação pela de **imputação**”¹⁵.

Quando o cientista social Jorge da Silva afirma que “Os policiais militares não são vistos como pessoas. São vistos como

¹⁵ PIETRO, Maria Sylvia de. *Direito Administrativo*. 33. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1219.

o quê? É um uniforme e só”¹⁶, percebe-se que há uma espécie de “despersonalização da inerência”, como ocorre com a despersonalização da pessoa jurídica para atingir o patrimônio da pessoa física, aqui não é diferente, pois até aquele momento do dia 02 de outubro de 1992 era o Estado que agia, no dia seguinte, todos os 76 réus já deixaram de ter a “eventual proteção do Estado”.

O Estado brasileiro não teve êxito e fazer cumprir as respectivas penas passados mais de 30 anos, em que pese nossa Constituição afirmar:

Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (g.n.)

Todos, são todos, não precisa de hermenêutica para isso.

Cesare Bonesana, conhecido entre nós como Marquês de Beccaria já havia afirmado há tantos séculos que toda pena deve ser “[...] pública, rápida, necessária [...]”¹⁷, e ainda, “Toda pena, que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica [...]”¹⁸. (g.n.)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) afirma em seu art. 6º que “Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica”, ou seja, que todos têm o direito de ter direitos.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP - 1966), uma das pedras angulares da nossa base de direitos humanos, afirma no art. 14 nº 3 que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: c) De ser julgado sem dilações indevidas”.

Do mesmo PIDCP, temos o chamado “núcleo inderrogável” ou “núcleo duro dos direitos humanos”, o qual aponta um conteúdo no art. 4º, nº 2 que não existiria possibilidade jurídica

16 <https://theintercept.com/2017/02/10/o-estado-esta-negando-os-direitos-humanos-dos-policiais/>. Acesso em 09 jan. 2023.

17 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 11.

18 *Op. cit.*, p. 22.

para justificar o não cumprimento. Dentre eles, o já mencionado “Princípio da Personalidade Jurídica”, previsto no art. 16, ou seja, nem no caso de “ameaça de existência da Nação” (termos do art. 4º), tal conteúdo pode se desrespeitado, portanto, não há que se falar em inexistência de direitos humanos aos policiais!

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH - 1969), a qual teve fortíssima influência do PIDCP (1966) e é nosso principal diploma humanista afirma no art. 7º, nº 5 que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. (g.n.)

Quando se fala em contencioso internacional, ou seja, a busca do apoio extrajudicial ou judicial internacional, a CADH impõe as regras do art. 46 com três exceções, sendo que uma destas, prevista na alínea c do nº 2 afirma: “2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos”, portanto, a demora injustificada permite que excepcione as regras para alçar a jurisdição internacional. (g.n.)

Dos 76 réus, 11 já morreram, mais da metade dos que estão “vivos” já são idosos na forma do Estatuto da Pessoa Idosa (Art. 1º da Lei nº 10.741/03). Se não foram recolhidos ao cárcere, foram punidos de outra forma nesses mais de 30 anos, com efeitos colaterais à família, sem, contudo, esquecer, por óbvio, da família das 77 vítimas (número de vítimas atribuídas aos réus), mas há a chamada “vilanização do agente público” como bem mencionou o colega professor do Damásio, Pedro Horta¹⁹.

Caio Paiva e Thimotie Aragaon Heemann afirmam que “Tratando-se especificamente do Caso *Carandiru*, a impossibilidade de concessão de indulto decorre de dois obstáculos: a)

¹⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=evx3MV9hLI> – aos 2’40”. Acesso em 09 jan. 2023.

sendo o indulto uma causa extintiva da punibilidade (CP, art. 107, II), tradicionalmente exige-se o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, o que ainda está longe de ocorrer no massacre do Carandiru, em que, conforme vimos anteriormente, a condenação pelo tribunal do júri foi anulada pelo TJSP; e b) conforme a jurisprudência consolidada da Corte IDH, os Estados não podem alegar nenhum obstáculo de direito interno - a exemplo do indulto - para deixar de punir violações de direitos humanos”²⁰. Superada a primeira impossibilidade, já que houve o trânsito em julgado, vamos à segunda: o Estado não alega obstáculo, o Estado corrige um erro de si mesmo após a incompetência de três décadas para levar ao cárcere os réus.

Das lições do saudoso Celso Ribeiro Bastos, dentre os métodos de interpretação, temos o “Lógico ou teleológico”, ou seja, qual o espírito da lei. Assim afirma: “O método lógico também denominado por parte da doutrina como teleológico procura destacar a finalidade da lei (*mens legis*), ou ainda, como consideram alguns o seu espírito. Busca-se ressaltar, neste método, o bem jurídico tutelado pela lei, ou melhor dizendo, o valor nela versado”²¹. Qual foi o espírito do “legislador”? Impedir o cumprimento da pena ao cárcere ou corrigir os descumprimentos do próprio Estado no tocante à violação dos direitos humanos dos réus?

Enfim, faltam responder às quatro questões preliminares:

1^a. Os fatos terem ocorrido antes do decreto executivo do principal documento que rege as relações de direitos humanos em nosso País – a Convenção Americana sobre Direitos Humanos –, bem como, antes do reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) têm relevância para a análise da inconvenção ou convencionalidade do decreto de indulto natalino? Depende, os principais ordenamentos jurídicos humanistas ainda não estavam em vigor para o Estado brasileiro, portanto, “a ferro e fogo”, não

20 PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional dos direitos humanos*. 3. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 547.

21 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Celso Bastor Editor: São Paulo, 2002, p. 60.

existiam no âmbito interno. Se o tempo rege o ato, não haveria de ser falar em violação de determinado tratado se o mesmo não estava em vigor, em que pese o apontamento de violação do decreto em si

2ª. Um indulto de atos violadores de direitos humanos automaticamente torna-se também violador destes? Aparentemente sim, entretanto, se o indulto vier a corrigir a própria violação do Estado perante os réus, não, de forma alguma.

3ª. Os crimes praticados foram considerados crimes de “lesa humanidade”? Se sim, por quem? Quem poderia de ofício “enquadrar” os crimes como de “lesa humanidade” é o procurador internacional que atua na jurisdição do tribunal penal internacional, porém, o processo não é daquela jurisdição.

4ª. O indulto publicado vem apenas para impedir que os policiais sejam presos (já foram condenados, não se discute mais) ou veio (também?) para corrigir a própria omissão do Estado em puni-los? Aqui, teríamos que perguntar ao autor do decreto...

O Decreto nº 11.302 de 22 de dezembro de 2022 é convencional, ou seja, não ofende a nenhum tratado internacional de direitos humanos.

Referências

BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes Against Humanity in International Criminal Law**. Second Edition. Haia: Kluwer Law International, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Celso Bastor Editor: São Paulo, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional: sentenças, opiniões consultivas,**

decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Método, 2019.

_____. **Curso de direito internacional público.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MAZZUOLI, Valério. **Crimes da ditadura militar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional dos direitos humanos.** 3. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PIETRO, Maria Sylvia de. **Direito Administrativo.** 33. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio e

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 8. ed. Malheiros: São Paulo, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, vol. 1.