

EL BRASIL CONTRA LA PENA DE MUERTE

Antônio Augusto Cançado Trindade

*Director Ejecutivo del
Instituto Interamericano de Derechos Humanos*

El pasado 7 de junio, durante la XXIV Asamblea General de la OEA, el Gobierno del Brasil decidió firmar el [Segundo] Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Transcribimos, a seguir, el texto del dictamen que contiene los fundamentos jurídicos para la decisión tomada por el Brasil, de autoría del profesor Antônio A. Cançado Trindade, y el mensaje del Canciller del Brasil, embajador Celso Amorim, con ocasión de la firma del Protocolo. El referido dictamen fue presentado como Amicus Curiae ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Fundamentos jurídicos para a assinatura pelo Brasil do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à abolição da pena de morte de 1990

Direitos Humanos. Constituição Federal Brasileira de 1988 e Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte de 1990. Assinatura do Protocolo pelo Brasil: Fundamentos Jurídicos.

O Ministério das Relações Exteriores, por meio de sua Divisão da Organização dos Estados Americanos (DEA), solicita, por mensagem de fax de ontem, 15 de abril de 1994, meu parecer, como perito em matéria de direitos humanos, sobre a compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a fim de orientar e fundamentar uma tomada de posição do Brasil quanto à assinatura do referido Protocolo.

Este último encontra-se aberto à assinatura e ratificação ou adesão de todo Estado Parte na Convenção Americana (artigo 3).¹

2. O Brasil é Parte na Convenção Americana, cujo artigo 4 consagra o direito à vida como um direito fundamental e *inderrogável*. Como tal, este direito, e suas garantias, não admitem suspensão ou qualquer tipo de restrições (artigo 27(2) da Convenção). Enquanto o primeiro parágrafo do artigo 4 define o propósito geral de proteção ao direito à vida, os cinco parágrafos seguintes dedicam-se à questão da pena de morte; o artigo 4(3) é *peremptório* ao proibir o estabelecimento da pena de morte nos Estados Partes que já não a aplicam.

3. Não há mais possibilidade de reservas ou declarações interpretativas relativas a disposições da Convenção Americana, uma vez que o derradeiro momento para isto, o da manifestação do consentimento (ou seja, da adesão do Brasil à Convenção, em 25 de setembro de 1992), já passou.² Tampouco teriam qualquer sentido tais reservas ou declarações, porquanto há uma alentadora coincidência no propósito básico e último tanto do direito internacional como de nosso direito público interno no tocante à proteção do ser humano, de que dá testemunho o artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988, ao agregar, ao elenco dos direitos básicos constitucionalmente consagrados, os direitos e garantias expressos em tratados internacionais em que o Brasil é Parte.³ E o artigo 5 (1) da Constituição acrescenta que as normas

1. O Protocolo, adotado em Assunção em 08 de junho de 1990, no XX período ordinário de sessões da Assembleia Geral da OEA, já foi firmado pela Nicarágua (em 30.08.1990) e pelo Equador (em 27.08.1990). Cf. OEA, doc. OEA/Ser.A/48(SEPF) (Serie sobre Tratados n. 73, Documentos Oficiais), p. 17.
2. Diferentemente dos tratados clássicos que regulamentam interesses recíprocos entre as Partes, os tratados de caráter humanitário, dotados de mecanismos de supervisão próprios, consagram interesses comuns superiores, consubstanciados em última análise na proteção do ser humano: como tais, requerem interpretação e aplicação próprias, em nada surpreende que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, ao dispor sobre a extinção ou suspensão de um tratado em decorrência de sua violação, excetua expressamente as "disposições sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário" (artigo 60(5)). Trata-se de uma cláusula de salvaguarda ou defesa dos seres humanos. Ademais, a Convenção de Viena (de que é signatário o Brasil, com processo de ratificação em curso, e cujos preceitos têm de modo geral sido observados em nossa prática) proíbe que uma Parte invoque disposições de seu direito interno para tentar justificar o inadimplemento de um tratado (artigo 27).
3. Para minha proposta original, subseqüentemente aceita, de inserção desta cláusula na Constituição Brasileira de 1988, concomitantemente com a pronta adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, cf. A.A. Caçado Trindade, "Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional", in *Assembleia Nacional Constituinte - Atas das Comissões*, vol. 1, Brasília, n. 66 (supl.), 27.05.1987, p. 111, e cf. pp. 109-116.

definidoras dos direitos e garantias fundamentais (como a que consagra a inviolabilidade do direito à vida, no artigo 5) têm aplicação imediata.⁴ Assim, as disposições do artigo 4 da Convenção Americana, dentre outras, são diretamente aplicáveis (*self-executing*) no Brasil, por força inclusive de nossa Constituição.

4. Impõe-se uma interpretação do artigo 4 da Convenção Americana *em seu conjunto*, o qual revela uma inequívoca tendência restritiva do âmbito de aplicação da pena de morte mesmo nos países em que esta subsiste, de modo que continue se reduzindo até sua supressão final. Enquanto o artigo 4(4) da Convenção busca suprimir a pena de morte para determinados delitos (políticos e comuns conexos), o artigo 4(2) estabelece a proibição absoluta de estender no futuro a aplicação da pena de morte (para toda classe de delitos). Há, pois, como assinalou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (em parecer sobre *Restrições à Pena de Morte*, de 8 de setembro de 1983), uma proibição absoluta, *ipso jure*, não só de restabelecimento da pena capital (artigo 4(3)), como também da extensão de sua aplicação (ou de legislação *a posteriori* nesse propósito) a delitos para os quais não estava contemplada anteriormente pelo direito interno dos Estados Partes.⁵

5. Esta tendência internacional proibitiva da pena de morte não se limita a nosso continente, como o demonstra a adoção, nos últimos anos, a par do [Segundo] Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), do [Segundo] Protocolo Facultativo ao pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas sobre a Abolição da Pena de Morte (1989), e do Protocolo n.6 à Convenção Européia de Direitos Humanos sobre a Abolição da Pena de Morte (de 1983, em vigor desde março de 1985). No âmbito de aplicação da Convenção Européia, em importante sentença de 07 de julho de 1989 (caso *Soering*), a Corte Européia de Direitos Humanos decidiu que o próprio "risco real" de o reclamante (um nacional alemão) ser extraditado pela Grã-Bretanha (onde, detido em uma prisão, aguardava a decisão da extradição) aos Estados Unidos e ali (em Virgínia) ser julgado por homicídio e condenado à pena de morte, e ser submetido a um "sofrimento intenso e prolongado" aguardando a execução (o chamado "*death row phenomenon*"), impedia o

4. Para que uma norma convencional internacional possa ser diretamente aplicável, considera-se necessária a conjunção de dois elementos, quais sejam: primeiro, que a norma conceda ao indivíduo um direito claramente definido e exigível ante um juiz, e segundo, que seja ela suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente em um caso concreto, operando *per se* sem necessidade de um ato legislativo ou de medidas administrativas subseqüentes.

5. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Restricciones a la Pena de Muerte*, Opinión Consultiva OC-3/83, del 08 de setiembre de 1983, pp. 3-45.

Reino Unido de extraditá-lo aos Estados Unidos; caso contrário, agregou a Corte, estaria o Reino Unido incorrendo em violação do artigo 3 da Convenção Européia de Direitos Humanos (por tratamento desumano). Segundo a construção jurisprudencial sob o artigo 3 daquela Convenção, por "tratamento desumano" (aliás, também proibido pelo artigo 5 (III) da Constituição Federal brasileira) há de entender-se ao menos o tratamento que "deliberadamente cause sofrimento grave, mental ou físico".⁶

6. O artigo 5 (XLVII) (a) de nossa Constituição de 1988 proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. O Protocolo à Convenção Americana Referente à Abolição da Pena de Morte não admite reservas, salvo penas "em tempo de guerra, de acordo com o Direito Internacional, por delitos sumamente graves de caráter militar" (artigo 2). Ainda assim, não há de perder de vista que, até mesmo em situações de conflitos armados (internacionais e não-internacionais) e de "distúrbios e tensões" internos, próprias do direito internacional humanitário, tem-se manifestado a forte tendência restritiva e proibitiva da pena de morte.

7. O Brasil é Parte tanto nas quatro Convenções de Genebra de 1949 sobre Direito Internacional Humanitário como nos dois Protocolos Adicionais de 1977 àquelas Convenções. Assim, há que ter sempre em mente suas normas humanitárias que impõem proibições e restrições à pena de morte, particularmente as seguintes: Convenção III, artigo 101; Convenção IV, artigo 68(1) e (4), e artigo 75(1), (2) e (3); Protocolo I, artigo 77(5), e artigo 76(3); Protocolo II, artigo 6(2), (4) e (5); e artigo 3 (1)(1)(d) comum às quatro Convenções de Genebra, — disposições estas que abrigam o Brasil. A prática tem registrado intervenções do Comitê Internacional da Cruz Vermelha no propósito de impedir ou evitar execuções, em situações cobertas pelas disposições supracitadas.⁷

8. Do exposto, não pode restar qualquer dúvida quanto à clara e inexorável evolução limitativa e abolicionista da pena de morte sob o direito internacional contemporâneo dos direitos da pessoa humana. Tal tendência

6. Cf. European Court of Human Rights, *Soering Case (Judgment)*, Strasbourg, Council of Europe, 07 July 1989, pp. 1-42.

7. No âmbito do direito humanitário (*Le CICR et les condamnations à mort, 1982 rev. 1987*), o CIVI tem intervindo para impedir as execuções em massa, para evitar as execuções sumárias e as de determinadas categorias de pessoas (menores de 18 anos no momento do delito, mulheres grávidas, mães de crianças com pouca idade, condenados mediante flagrante denegação de justiça). O CICV tem também intervindo para assegurar as garantias de um julgamento justo (*fair trial, procès équitable*) e para evitar condenações, à morte por delitos que não sejam de "extrema gravidade"; tem, ademais, realizado visitas a condenados à morte (com o assentimento destes), essencialmente para examinar as condições de detenção.

abolicionista encontra-se indissolúvelmente ligada ao próprio movimento dos direitos humanos.⁸ Com efeito, as restrições à pena de morte têm alcançado até mesmo Estados que não ratificaram determinados tratados de direitos humanos. Ilustra-o um caso recente (n. 9647) relativo aos Estados Unidos, em que os petionários (J.T. Roach e J. Pinkerton) ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foram sentenciados e executados sob a pena de morte por delitos pelos quais haviam sido julgados e que haviam cometido antes de completar os dezoito anos de idade. A CIDH viu-se na posição de dirimir se, na legislação norte-americana, a ausência de uma proibição federal relativa à execução de delinquentes menores de idade constituía ou não uma violação das normas de direitos humanos aplicáveis. Não sendo os Estados Unidos Parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a CIDH examinou à questão à luz da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 e de seus próprios Estatuto e Regulamento.⁹

9. Ponderou a CIDH que a diversidade da prática nos Estados da União (alguns ainda aplicando a pena de morte e outros já a tendo abolido) levava à aplicação fortuita de "sentenças totalmente distintas" em decorrência do local de comissão de um mesmo delito; configurava-se assim, por esta "legislação arbitrária", uma "aplicação arbitrária da privação dos direitos à vida e à igualdade perante a lei". Por conseguinte, concluiu a CIDH, o Governo dos Estados Unidos violou o artigo I (direito à vida) e o artigo II (direito à igualdade perante a lei) da Declaração Americana ao executar os dois menores de dezoito anos de idade.¹⁰ O fato de não serem os Estados

-
8. Cf. Amnesty International, *When the State Kills... - The Death Penalty v. Human Rights*, London, Amnesty International, 1989, pp. 1-268. A par de situações específicas do direito humanitário (supra), impõem-se restrições e proibições à pena de morte em quaisquer circunstâncias, como revela um substancial relatório apresentado às Nações Unidas; Roger Hood, *The Death Penalty - A World-Wide Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989 (reprint 1990), pp. 1-167.
9. Isto porque, no entendimento da CIDH (em resolução sobre o caso adotada em 1987), em decorrência das obrigações internacionais contidas nos artigos 3(j), 16, 51, 112 e 50 da Carta da OEA, as disposições de "outros instrumentos da OEA sobre os direitos humanos" - no caso, a Declaração Americana e seus próprios Estatuto e Regulamento - "adquiriram força obrigatória". Mais recentemente, em parecer de 1989, a Corte Interamericana de Direitos Humanos sustentou que a Declaração Americana de 1948 contém e define os direitos humanos a que se refere a Carta da OEA, de modo que não se pode interpretar e aplicar esta última em matéria de direitos humanos sem integrar suas normas pertinentes com as disposições correspondentes da Declaração, como resulta da prática seguida pelos órgãos da OEA. Para um estudo, cf. A.A. Cançado Trindade, "Formación, Consolidación y Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", XVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano (1990), Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1991, pp. 18-19 e 28.

Unidos Parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos não os eximiu de responder, pela aplicação da pena de morte aos dois menores, perante a CIDH, e tampouco inibiu ou impediu esta última de responsabilizar o Governo dos Estados Unidos no presente caso por violação dos direitos humanos.

10. A luz da evolução acima referida, de restrições à pena de morte tendentes à sua supressão final, e sobretudo à luz das obrigações que vinculam o nosso país, o debate sobre a pena de morte reaberto no Brasil, nos termos em que se tem tentado conduzi-lo, afigura-se, como já tive ocasião de advertir publicamente, extemporâneo, retrógrado, ocioso e pernicioso, se não patético.¹¹ Trata-se de um falso tema: não há como conduzir com seriedade um debate como a atual em que se faz abstração das obrigações internacionais do Brasil. O não-estabelecimento da pena de morte é uma clara obrigação convencional contraída pelo Brasil (em virtude do artigo 4(3) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

11. O Protocolo à Convenção Americana Referente à Abolição da Pena de Morte dá um passo adiante, ao determinar que os Estados Partes "não aplicarão em seu território a pena de morte e nenhuma pessoa submetida a sua jurisdição" (artigo 1). O Protocolo dá novo ímpetu à tendência "favorável à abolição da pena de morte", expressamente reconhecida em seu preâmbulo. A obrigação convencional internacional soma-se a obrigação constitucional: a Constituição Federal de 1988 determina que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (artigo 5(XLVII)(a)). O direito internacional dos direitos humanos, que vincula a Brasil, e nosso direito público interno, apontam, pois, na mesma direção. Não vejo qualquer óbice constitucional à assinatura pelo Brasil do Protocolo à Convenção Americana Referente à Abolição da Pena de Morte; ao contrário, a pronta assinatura pelo Brasil do referido Protocolo tem o mérito de esclarecer de uma vez por todas a enfatizar nosso comprometimento irreversível como o dever de não-aplicação da pena de morte no Brasil. Com a referida assinatura, assume o Brasil o dever adicional de não frustrar o objeto e propósito do Protocolo antes de sua [futura] entrada em vigor.¹²

12. Resta-me um último aspecto a considerar, atinente ao atual processo de revisão constitucional em nosso país. Poder-se-ia perguntar se não seria conveniente aguardar a conclusão dos trabalhos correntes do Congresso

10. OEA, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987, pp. 158-187 (resolução n. 3/87 sobre o caso no. 9647).

11. A.A. Cançado Trindade, "A pena de Morte e o Brasil", Folha de São Paulo, S.P., 15 de março de 1993, p. 3.

12. Artigo 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

Revisor, estabelecido em virtude do artigo 3 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Constituição de 1988), antes de proceder à decisão quanto à assinatura do Protocolo. Tampouco vejo como este ponto poderia afetar ou prejudicar minha recomendação de pronta ou imediata assinatura pelo Brasil do supracitado Protocolo Referente à Abolição da Pena de Morte. O artigo 60(4) (IV) da Constituição Federal de 1988 determina que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais". Esta questão encontra-se, pois, fora de discussão, por determinação da própria Constituição. Entendo que o atual Congresso Revisor estabeleceu-se como poder constituinte *derivado*, desprovido por conseguinte da faculdade de impor restrições —por emendas ou por revisão— aos direitos individuais consagrados em nossa Constituição e nos tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte.

13. A matéria foi tratada de modo *definitivo* pelo poder constituinte *originário*. E vou mais além: a partir do momento em que o Brasil, pela adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, se comprometeu a não mais sequer cogitar da aplicação da pena de morte no país (*supra*), no futuro nenhum poder constituinte, nem mesmo originário, estaria facultado a proceder a uma revisão da posição tomada —exceto se ousasse cogitar de um denúncia bizarra da Convenção Americana,¹³ o que exporia o país ao opróbrio da comunidade internacional. Os direitos e garantias consagrados na Convenção Americana constituem, em última análise, uma conquista definitiva da civilização.

14. Como venho sustentando nos últimos 17 anos,¹⁴ no contexto da proteção dos direitos humanos a polêmica clássica entre monistas e dualistas revela-se baseada em falsas premissas e superada: verifica-se aqui uma *interação* dinâmica entre o direito internacional e o direito interno, e os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da *primazia da norma mais favorável* aos seres humanos protegidos,

13. A qual tampouco teria efeito imediato: expirado um prazo de 5 anos a partir da data da entrada em vigor da mesma, requeria um aviso prévio de um ano e não desvincularia o Estado em questão das obrigações convencionais no tocante a qualquer ato delas violatório cometido anteriormente à data na qual a denúncia produzisse efeito (cf. artigo 78 da Convenção Americana).

14. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 333-370; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-443; A.A. Cançado Trindade, "A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos", 46 *Arquivos do Ministério da Justiça* (1993) n. 182, pp. 27-54.

seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. No que diz respeito ao âmbito de ação precípua do Itamaraty, importa ter sempre presente que a violação da obrigação de não-aplicação da pena de morte no país configuraria a responsabilidade internacional do Brasil. Ao proceder à pronta assinatura do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, estará a Governo brasileiro não só fortalecendo os compromissos já assumidos, como também prestando um grande serviço ao país e aos brasileiros, em plena conformidade com a Constituição Federal vigente, ademais de contribuindo, como este novo passo, à causa da prevalência dos direitos humanos em nosso meio social.

E o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 16 de abril de 1994.

XXIV PERÍODO ORDINÁRIO DE SESSOES DA ASSEMBLÉIA GERAL DA OEA

*Discurso do senhor Ministro de Estado por ocasião da firma do protocolo
à Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativo à Abolição
da Pena de Morte*

Senhores Ministros das Relações Exteriores,
Senhores Chefes de Delegação,
Senhor Secretário-Geral,
Senhor Secretário-Geral Adjunto,
Senhoras e senhores,

E com grande satisfação que assino, em nome do governo brasileiro, o protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativo à Abolição da Pena de Morte, adotado em 8 de junho de 1990, em Assunção.

Com este ato, o Brasil une-se a seis outros Estados que assinaram o protocolo e, mais uma vez, afirma o seu compromisso com o Direito Internacional, através da sua participação crescente em instrumentos jurídicos internacionais que visam a assegurar a convivência pacífica entre os Estados, o respeito aos Direitos Humanos e o fortalecimento da democracia.

O Protocolo sobre Abolição da Pena de Morte constitui um instrumento de valor e significado muito especiais. Ele protege o direito mais fundamental: o direito à vida.

O Brasil tem uma tradição muito antiga em assegurar esse direito fundamental. A proscrição da pena de morte teve origem em decisão do imperador D. Pedro II, ainda no século passado. Essa regra do direito interno brasileiro atravessou o tempo, resistiu às reformas constitucionais e, hoje, é um dos preceitos básicos da constituição de 1988, que dispõe que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada. A legislação brasileira está, assim, afinada com os mais elevados preceitos de respeito à vida e aos direitos humanos.

Senhor Secretário-Geral,

Encerro estas rápidas palavras com uma reflexão que me dá muita satisfação. A gestão Baena Soares à frente da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos ficará marcada de forma indelével na história deste hemisfério pelo êxito das iniciativas de vossa excelência na promoção da democracia e na proteção dos Direitos Humanos. E significativo, pois, que o Brasil tenha assinado este importante instrumento normativo de proteção aos Direitos Humanos nesta histórica e bela cidade de Belém do Pará, sua terra natal.

Muito obrigado.